

Míguez Núñez, Rodrigo

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA COMENTADA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 17\*, diciembre, 2011, pp. 227-238

Universidad Diego Portales

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838881007>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

# JURISPRUDENCIA EXTRANJERA COMENTADA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

*Rodrigo Míguez Núñez*  
Investigador en Derecho Privado  
Universidad de Turín

DAÑO PRENATAL  
Y EL DERECHO A NACER SANO  
(CORTE SUPREMA DE CASACIÓN  
ITALIANA 11 DE MAYO DE 2009  
Nº 10741)

En relación con una acción de resarcimiento de perjuicios deducida contra una institución sanitaria y los médicos tratantes, en nombre propio y en la calidad de ejercitantes de la patria potestad de un menor nacido con graves malformaciones, causalmente colegadas a la suministración a la madre, a fin de ovulación, de un fármaco con propiedades teratogénicas, sin el respeto de la obligación de una correcta información para consentir en relación con los riesgos de la terapia adoptada, la Corte de Casación italiana, con la sentencia Nº 10741/09, sobre la base de una interpretación apoyada sobre la pluralidad de fuentes en el ordenamiento civilístico y sobre la cláusula general de la centralidad de la persona, considera al concebido como sujeto jurídico titular del “derecho a nacer sano”, precisando que dicha subjetividad comprende una noción

más amplia que la de “capacidad” y de “personalidad jurídica”, adquiriéndose el derecho a accionar con el evento del nacimiento. La Corte ha sentenciado que los daños del tratamiento sanitario pueden derivar al concebido sea por vía del principio de la violación del consentimiento informado, que por la prescripción de fármacos dañinos y ello porque la relación contractual de la madre gestante con la estructura sanitaria, o con el médico, produce, además de efectos entre las partes, efectos protectivos en relación con el *nasciturus* y al otro parente como terceros. La Casación ha, además, reafirmado que no son configurables en el ordenamiento jurídico italiano el aborto eugenésico y el derecho “a no nacer sino sano”.

## I. EL CASO

Por su novedad y variedad de argumentos que plantea merece ser señalado al lector chileno un reciente pronunciamiento de la Corte de Casación italiana. El caso es de extraordinaria sencillez:

Una mujer, luego de haber sido tratada por infertilidad en una clínica privada, dio a luz en 1987 a un niño con serias malformaciones (ectrodactilia del tipo monodalictus en las extremidades superiores, lobster olge en las extremidades inferiores, hipopatia y atresia anal). Los exámenes llevados a cabo durante el embarazo, para constatar el estado de salud del feto, no evidenciaron anomalías. Sin embargo, el tratamiento médico suministrado a la mujer para estimular la fertilidad incluía el uso de un fármaco (Clomid) con propiedades teratogénicas capaz de provocar malformaciones. A pesar de ello, la mujer no fue informada por los facultativos sobre dichos riesgos. Los padres, actuando por sí y como representantes legales del menor, deducen en 1992 acción de responsabilidad civil en el Tribunal de Nápoles contra la clínica donde el tratamiento tuvo lugar y contra los dos facultativos que prescribieron la terapia sin informar a la madre sobre los riesgos teratogénicos asociados a la cura. Solicitan los actores compensación por los daños propios y por los sufridos por su hijo. Con sentencia de 25 mayo de 2001, el tribunal de Nápoles declaró la responsabilidad exclusiva del titular del centro médico, condenándolo al pago de €1,111,621,83 a favor de los cónyuges, en calidad de representantes legales del menor y de las sumas de €40,302,75 por el daño sufrido por la madre y de €21,437,09 por el padecido por el padre. Con sentencia N° 995 de 19 de marzo de 2004, la Corte de Apelaciones, acogiendo par-

cialmente la apelación principal y el recurso incidental interpuesto por los padres, juzgó, además, responsables a los médicos que habían suministrado la terapia, condenándolos, *in solido*, al pago de las sumas ya liquidadas por el tribunal de primera instancia. Los facultativos deducen recurso de casación. Con fecha 11 de mayo de 2009, la Corte Suprema rechaza los recursos, confirmando la condena de indemnización de perjuicios a favor de los padres, sea *iure proprio*, como en su calidad de representantes legales del menor.

## II. LA DECISIÓN<sup>1</sup>

Para la Casación italiana el eje de la responsabilidad civil de los facultativos respecto al menor nacido con malformaciones gira en torno a la lesión de su “derecho a nacer sano”. Tal derecho, señala la Corte, ha sido menoscabado

“por el suministro de fármacos practicado por los médicos y por la falta de información a la madre sobre los riesgos del tratamiento destinado a tratar la esterilidad”.

<sup>1</sup> Cass. civ., Sez. III, 11 de mayo de 2009, N° 10741, presidente Michele Varrone, relator Bruno Spagna Musso. Fuentes: *Responsabilità Civile e Previdenza*, N° 10, Milano, 2009, p. 2.063 e ss., con nota de Marinela Gorgoni; *Diritto e giurisprudenza*, N° 125, Napoli, 2010, p. 91 e ss., con nota di Maria Feola; *Giustizia civile*, 2009, N° 5, Milano, p. 748 e ss.; *Guida al diritto*, N° 31, Roma, 2009, p. 49 e ss.

La violación de la obligación de informar a la mujer sobre los riesgos asociados al suministro del medicamento Clomid, puede ser invocado por el menor, pues

“el objetivo de la protección de tal obligación se extiende a él”.

En otras palabras, el contrato entre la mujer-gestante y los médicos ha de ser considerado con efectos protectivos respecto al *conceptus*.

Con la decisión en comento, la Corte Suprema abraza la delicada temática de la posición jurídica del concebido al interno del ordenamiento italiano y, desde allí, la cuestión relativa a la admisibilidad de las acciones de *wrongful life*<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Expresión referida a las pretensiones de indemnización deducidas en juicio por sujetos afectados por malformaciones genéticas contra servicios sanitarios o contra los mismos padres, retenidos culpables por haber inferido en ellos el peso de una vida discapacitada. Para más antecedentes en reciente doctrina italiana cfr. Guido ALPA, “*Wrongful life: soluzioni controverse*”, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, N° 2, Padova, 2006, pp. 65-72; Giovanni FACCI, “*Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno*”, in *Famiglia e diritto*, N° vi, Padova, 2004, p. 561-568; Raffaella DE MATTEIS, “*Wrongful Life: problemi e falsi dilemmi*”, in Alexandra BRAUN (coord.), *Dalla disgrazia al danno*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 455-488. Un interesante análisis comparativo puede consultarse en Géraldine DEMME et Romain LORENTZ, “*Responsabilité et naissance d'un enfant: aperçu comparatif*”, dans *Revue Internationale de Droit Comparé*, N° 1, Paris, 2005, pp. 103-139. Véase también, Andrea MACÍA MORILLO, “*Panorama de la responsabilidad civil*

### 1. Subjetividad jurídica y el derecho a nacer sano

El fallo sostiene la responsabilidad médica sobre la base de dos pilares argumentativos bien definidos: el reconocimiento de la “subjetividad jurídica” del concebido y la afirmación del nexo de causalidad entre el comportamiento de los médicos (por haber omitido la información y haber prescrito fármacos dañinos) y la malformación del recién nacido, quien, con el evento del nacimiento, adquiere el derecho al resarcimiento.

De cara a ellos, un primer escollo que enfrenta la Casación es la falta de normativa expresa relativa a la condición jurídica del no nacido. Pues bien, a fin de construir la subjetividad jurídica del *conceptus*, la Corte hace hincapié en dos premisas introductorias concernientes a su función normativa:

“el actual modo de ser y de estructurarse de nuestro ordenamiento, en particular civilístico, basado sobre una pluralidad de fuentes, con la consiguiente actuación de los llamados principios de *decodificación* y *depatrimonialización* y la función interpretativa del juez que permite la formación de la llamada jurisprudencia-normativa como fuente autónoma del derecho”<sup>3</sup>.

de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, Santiago, julio 2009, pp. 167-206.

<sup>3</sup> El análisis crítico del papel normativo adoptado por la Casación ha sido consignado

En dicho ámbito, la tarea de la Corte de Casación en el cumplimiento de la función de uniformizar la interpretación de las leyes,

“asume cada vez mayor relevancia en el sistema de las fuentes en línea con el convencimiento de los jueces de operar en un sistema que, aun siendo de civil law, y por ello no basado sobre principios generales del derecho como ocurre en los países de common law, se configura como un sistema semi-abierto, porque se funda no sólo sobre disposiciones legales relativas a sectoriales y detalladas disciplinas, sino que también sobre cláusulas generales, esto es, sobre indicaciones de ‘valores’ expresados con fórmulas genéricas (buena fe, solidaridad, función social de la propiedad, útil social de la empresa, centralidad de la persona), que concientemente el legislador transmite al intérprete para consentirle, en el ámbito de una amplia discrecionalidad, actualizar el derecho, incluso mediante la individualización (allí donde le es permitido,

en las páginas de Francesco DI CIOMMO, “Giurisprudenza-normativa’ e ruolo del giudice nell’ordinamento italiano”, in *Foro Italiano*, N° 1, Bologna, 2010, pp. 157-164; Francesco DI CIOMMO, “Giurisprudenza normativa e ‘diritto a non nascere se no sano’. La Corte di Cassazione in vena di revirement?”, in *Danno e responsabilità*, N° 2, Milano, 2010, pp. 144-153.

como en el caso de los derechos personales, no taxativos) de nuevas áreas de protección de intereses”.

De este modo, la facultad concedida por el ordenamiento jurídico italiano al sistema jurisdiccional, basada sobre la pluralidad de fuentes y sobre la cláusula general de la centralidad de la persona, permite a la Casación considerar al *nasciturus* como un “auténtico sujeto de derecho”.

Ahora bien, dicha autonomía, aun cuando explícitamente omitida, encuentra asidero en disposiciones dispersas y en precedentes jurisprudenciales de la Corte de Casación y Constitucional.

El art. 1 de la ley N° 40 del 19 de febrero de 2004, sobre procreación médica asistida, estatuye la tutela de los derechos de todos los sujetos comprometidos en una intervención, “incluido el concebido”. El art. 1 de la ley N° 194 del 22 de mayo de 1978, sobre tutela social de la maternidad e interrupción voluntaria de la gravidez, declara que el Estado reconoce la maternidad como un valor social, protegiendo la vida humana “desde su inicio”. Se declara, asimismo, la capacidad limitada del embrión en diversas normas del *Código Civil*: el art. 254 prevé que el reconocimiento del hijo natural pueda efectuarse no sólo a favor de quien ha ya nacido sino, también, luego de la sola concepción. Por su parte, los arts. 462 y 784 reconocen el derecho del *conceptus* a heredar y recibir donaciones, supeditándolo al

evento del nacimiento. En la esfera penal, la protección del no nacido se anida en las disposiciones del delito de infanticidio/feticidio, regulado en el art. 578 del *CP* y en el art. 17 y ss. de la ley N° 194/1978, que disciplinan el llamado “aborto clandestino”. En el ámbito supranacional y constitucional, el derecho del concebido es protegido por vía de la consagración del derecho a la vida estatuido en el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el art. 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, texto incluido en la Constitución Europea a la cual el reciente tratado de Lisboa ha reconocido eficacia en los ordenamientos de los Estados miembros. En el orden constitucional los arts. 2 y 32 de la Constitución italiana, refiriéndose a la inviolabilidad de los derechos humanos y al derecho a la salud, contemplan implícitamente la protección del que está por nacer.

En sede jurisprudencial, la Corte Constitucional, con la sentencia N° 35/1997, ha reconocido el derecho a la vida del concebido, basándose en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, cuyo preámbulo declara:

“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Frente al reconocimiento general implícito de la subjetividad jurídica del no nacido, la Corte entiende

dicha noción como un concepto más amplio que el de la capacidad jurídica de las personas físicas (que se adquiere con el nacimiento), pues para ella son “sujetos jurídicos” todos los “titulares de intereses protegidos”. En dicho contexto, el *nasciturus* resulta dotado de autónoma subjetividad jurídica (específica, especial, atenuada, provisoria o parcial, como se quiera), en cuanto titular

“de algunos intereses personales en vía directa, como el derecho a la vida, a la salud o integridad psicofísica, al honor o reputación, a la identidad personal, respecto a los cuales el cumplimiento de la *condicio iuris* del nacimiento es requisito imprescindible para accionar en juicio a fin resarcitorio”.

La subjetividad jurídica del que está por nacer encuentra también sostén en diversos pronunciamientos de la misma Corte de Casación<sup>4</sup>. En ellos, y sobre la base de una interpretación extensiva del art. 32 de la Constitución, la Corte ha sostenido que el derecho a la salud debe considerarse comprensivo

“del deber de asegurar las condiciones favorables para la integridad del concebido en el período que precede al nacimiento”.

<sup>4</sup> Cass. civ., Sez. III, 22 de noviembre de 1993, N° 11503; Cass. Civ., Sez. III, 29 de julio de 2004, N° 14488.

Y ha sido, además, clara al establecer que:

“a través de dichas normas no se le confiere al concebido personalidad jurídica, pero de las mismas se evidencia que el legislador ha intentado tutelar al individuo desde su concepción, garantizando si no un verdadero derecho al nacimiento, que se haga lo posible para favorecer el nacimiento y la salud del concebido”.

En fin, basada en la subjetividad jurídica del *nasciturus*, la Casación adscribe al *conceptus* la titularidad del “derecho a nacer sano”, apelando a los arts. 2 y 32 de la Constitución y al art. 3 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce el derecho de toda persona a la integridad sicofísica.

## 2. *Efecto protectivo respecto a terceros*

En el criterio de la Corte, la lesión al derecho del concebido declarada por los tribunales de instancia resulta correctamente afirmada y motivada sobre la base del incumplimiento de la obligación (sea del centro asistencial que de los facultativos) de no suministrar medicamentos potencialmente dañinos como, asimismo, por la falta de una correcta información, en relación con la madre, sobre los efectos de la terapia.

Resalta, en consecuencia, un interesante argumento tendiente a sustentar la solicitud indemnizatoria a

nombre del padre y del concebido. La Corte sostiene que sea el contrato que la paciente celebra con la estructura sanitaria, que aquél contraído por la misma con el médico, resultan generadores de efectos respecto al concebido y al padre como terceros. Dichos efectos, se afirma, han de calificarse como “protectivos” y recabarse, más allá que en específicas disposiciones del *Código Civil* (arts. 1372, 1411),

“en virtud de la lectura constitucional de la entera normativa del Código en materia de eficacia e interpretación del contrato, según la cual dicho instrumento no puede ser considerado fuera de la visión social de nuestro ordenamiento, caracterizado por la centralidad de la persona”<sup>5</sup>.

En este sentido, siendo la causa del contrato la síntesis de los intereses de los sujetos contratantes, cual fuente de los llamados efectos esenciales del contrato,

“no puede negarse al acuerdo entre la paciente-gestante, una estructura sanitaria y los médicos, la idoneidad a dar lugar a consecuencias jurídicas respecto al concebido y al otro parente, en la calidad de componente familiar; dicho acuer-

<sup>5</sup> Sobre los efectos protectivos la Casación se ha pronunciado en diversas ocasiones: cfr. Cass. civ., Sez. III, N° 14488/2004; N° 698/2006; N° 13953/2007; N° 20320/2005.

do ‘se proyecta’, de hecho, en relación al destinatario ‘final’ del negocio (el concebido que luego vendrá a existir), como además en relación a quien (el padre) junto a la madre, tiene derechos y deberes respecto a los hijos”.

### 3. Consentimiento informado

Se afirma que el derecho a ser informado sobre tratamiento médico tiene como presupuesto la actividad de correcta información

“sea en la fase de formación del consenso, sea en la fase antecedente, como en la de ejecución del contrato”,

sobre la base de la cláusula general de buena fe del ordenamiento civil establecida por los arts. 1175, 1337 y 1375 del *CC*. La infracción de dicha obligación, lejos de comportar un vicio de nulidad, conlleva, como ha sido declarado por las secciones unidas de la Casación en la sentencia N° 26724/2007, al resarcimiento del daño.

Es necesario enfatizar que la omisión de la observancia del consentimiento informado concierne exclusivamente,

“la suministración a fines terapéuticos de medicamentos revelados con posterioridad como dañinos para el concebido, y no el eventual ejercicio del derecho a la interrupción de la gravidez”,

ya que para la Corte la falta del consentimiento informado con respecto a la interrupción voluntaria de la gravidez no puede dar lugar a indemnización, sea en relación con el concebido, que nace con posterioridad con malformaciones, sea en relación con la madre-gestante; todo ello porque no es configurable en el ordenamiento italiano un derecho “a no nacer sino sano”<sup>6</sup>.

Con dicho pronunciamiento, la Casación confirma la tendencia de rechazo de las acciones de *wrongful life* por “daño de vida no deseada”<sup>7</sup>, ratificando el principio según el cual

“el concebido, una vez nacido, no podrá valerse del resarcimiento del daño toda vez que la madre no haya sido puesta en la condición de practicar el aborto”<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Como ha insistido la misma Corte: véase Cass. civ., Sez. III, N° 14488/2004; N° 6735/2002; N° 16123/2006.

<sup>7</sup> Tema que ha generado un fuerte debate en Italia. Cfr. Facci (n. 2); Anna Maria PRINCIGALLI, “Nascere malfermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato?”, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, N° 4, Napoli, 2001, p. 675 e ss.

<sup>8</sup> El ordenamiento italiano excluye la posibilidad del aborto eugenésico. La ley N° 194/1978, sobre tutela social de la maternidad e interrupción voluntaria de la gravidez, prevé la posibilidad de interrumpir el embarazo sólo en casos en que su prosecución, o el mismo parto, comporten grave peligro para la salud o la vida de la mujer. Sobre la base de tal argumento, resulta claro que el concebido, una vez nacido, no podrá valerse del resarcimiento de los perjuicios dado que

Por consiguiente, el sujeto nacido con malformaciones no tendrá derecho a la indemnización cuando el consentimiento informado se necesitase para la interrupción de la gravidez (y no para la mera prescripción de fármacos).

#### *4. Responsabilidad de los médicos y nexo de causalidad*

Dos eventos justifican la responsabilidad contractual de los médicos tratantes: no haber informado íntegramente a la madre sobre el peligro de los fármacos suministrados y haber cumplido “inexactamente”, en modo no diligente, la prestación que les correspondía al prescribir un fármaco dañino para el no nacido, contraviniendo el inc. 2º del art. 1176 del *CC*.

En ambas hipótesis resulta indiscutible para la Corte la existencia del nexo de causalidad: el comportamiento omisivo ha impedido a la madre-gestante consentir o negar el tratamiento suministrado. Por otro lado, la prescripción de Clomid, sobre la base de una evidente y grave negligencia médica, ha generado las lesiones y malformaciones del recién nacido.

En suma, y considerando la subjetividad jurídica del concebido, su derecho a nacer sano y la infracción de las obligaciones indicadas, la Corte declara la correspondiente obligación de los facultativos a resarcir al *nasciturus* (derecho condicionado, en

---

la madre no ha sido puesta en la condición de optar por el aborto.

cuanto a su titularidad, al evento del nacimiento, según lo prescribe el inc. 2º del art. 1 del *CC*. y deducible por los titulares de la patria potestad) por falta de observancia, sea del deber de una correcta información, sea del deber de suministrar fármacos no dañinos al no nacido<sup>9</sup>.

### III. COMENTARIOS

Antes de la presente sentencia, el nacimiento de un niño con malformaciones habría originado acción por parte de los padres en cuerda separada por negligencia médica o por falta de consentimiento informado. El niño, por su parte, no era considerado titular de un derecho a nacer sano<sup>10</sup>. Por su parte, la Corte de Casación, siguiendo el debate abierto en la doctrina francesa a raíz del polémico *arrêt Perruche*<sup>11</sup>, había

<sup>9</sup> Con respecto a la pretensión de resarcimiento del padre, la Corte ha decretado que resulta también fundada en virtud de lo previsto por los arts. 1218 y 1176 inc. 2º del *CC*.

<sup>10</sup> Cass. civ., Sez. III, 29 de julio de 2004, N° 14488, en *Foro Italiano*, 2004, parte I, p. 328.

<sup>11</sup> Pronunciamiento de la Assemblée plénier de la Cour de Cassation, referido al caso de una mujer embarazada (*Mme. Perruche*) que, presentando los síntomas de la rubeola, manifestó al médico la voluntad de abortar en el caso de resultado positivo del examen de diagnóstico. El análisis del laboratorio certificó –erróneamente– la no existencia del virus, por lo que la mujer decidió llevar a fin el embarazo. Nace un niño afecto a graves problemas neurológicos y malformaciones, evidentemente causadas

ya negado en 2004, y sucesivamente en 2006, en presencia de un daño prenatal sufrido por el menor a causa de un error de diagnóstico de una enfermedad genética de los padres, el derecho del recién nacido invalido al resarcimiento del daño biológico

por la enfermedad contraída por la mujer durante la gravidez. Se da inicio a un juicio civil que concluye con el pronunciamiento de la suprema magistratura francesa, en asamblea plenaria de 17 de noviembre de 2000. Se resuelve que “la persona nacida con graves malformaciones como consecuencia de errores de diagnóstico del médico que hayan impedido a la madre de ejercitar la elección de interrumpir la gravidez, tiene derecho al resarcimiento del daño resultante por el peso de una vida discapacitada”. En breve, la Casación francesa considera al facultativo y el centro médico responsables por el hecho de haber impedido, con su conducta culpable, a la madre de optar sobre la muerte del concebido. Al fallo sigue una inmediata polémica en la doctrina francesa: sobre la base de consideraciones de orden más bien ético que jurídico, la solución adoptada es objeto de fuertes críticas por un sector de la doctrina que ve en ella la consagración de un real “deber” al aborto, fundado sobre el eugenismo y la eutanasia prenatal. El *affaire Perruche* se sellará, en definitiva, con la ley N° 303 de 4 marzo de 2002 (Loi relative aux droit de malades et à la qualité du système de santé), la cual prevé expresamente que: “Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance”. Para un primer acercamiento al caso y sus múltiples alcances cfr.: François CHABAS, *Note à Cass.*, Ass. plén., 17 des noviembre des 2000, dans *La Semaine Juridique*, II, Paris, 2000, 10438, p. 2.309 et ss.; Muriel FABRE-MAGNAN, “Avortement et responsabilité médicale”, dans *RTD civ.*, N° 2, Paris, 2001, pp. 285-318; Basil MARKESINIS, “Réflexions d'un comparatiste anglais sue et à partir de l'arrêt Perruche”, dans *RTD civ.*, N° 1, Paris, 2001, pp. 77-102.

sufrido *iure proprio* sobre la base de la inexistencia en el ordenamiento jurídico italiano del derecho “a no nacer si no sano”<sup>12</sup>.

Los progresos realizados en el campo médico han permitido revelar la mayor parte de los misterios relativos a la formación y gestación del ser humano antes de su separación del cuerpo materno. Ello, en substancia, ha conferido al feto una individualidad distinta de aquélla de la madre, con la consecuencia natural de reconocer al concebido sujeto merecedor de tutela aun antes de que el evento del nacimiento lo connote a todos los efectos como persona en sentido jurídico<sup>13</sup>. De esta forma, se ha afirmado el principio de la admisibilidad de la acción ejercitada por los padres a nombre del hijo al fin de obtener el resarcimiento del daño derivado de la lesión del llamado “derecho a nacer sano”, sufrido en fase prenatal.

A dicha solución se ha llegado luego de un camino vacilante. En un primer momento, como fundamento de la tutela en juicio del “derecho a la salud” del concebido se acudía a las reglas de responsabilidad extracontractual (art. 2043 y ss. del *CC*). En dicho escenario, el problema relativo a la falta formal de capacidad jurídica del *nasciturus* se resolvía a través del recurso al principio de

<sup>12</sup> Cass. civ., Sez. III, 29 de julio de 2006, N° 14488; Cass. civ., Sez. III, 14 de julio de 2006, N° 16123.

<sup>13</sup> Caterina SIANO, “Medical malpractice e tutela del nascituro”, in *La Responsabilità Civile*, N° 10, Torino, 2009, p. 918.

la no necesaria contemporaneidad entre el comportamiento lesivo y el evento dañoso<sup>14</sup>. En tiempos más recientes, y compatible con la evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad médica, se ha replanteado el problema de la naturaleza de la relación jurídica entre paciente y médico, reconduciéndose toda la temática del “daño a la salud” al área del incumplimiento contractual. En este ámbito, el desarrollo de la llamada teoría del “contrato social” ha permitido materializar una relación contractual de hecho, incluso, allí donde no ha existido una formal subscripción de contrato, permitiendo, como en el caso en estudio, extender su efecto al no nacido<sup>15</sup>.

La fuente de tal razonamiento se enmarca en la figura del contrato con efectos a favor del tercero, teoría desarrollada a partir de la experiencia alemana que, a diferencia de la figura codificada del contrato a favor del tercero, consiente resolver la cuestión relativa a la tutela del *nasciturus* sin deber encuadrar al mismo como directo acreedor de la obligación contractual del médico. Ello, a la vez, se relaciona con la teoría de las “obligaciones de protección” según

la cual la principal obligación que deriva de un acuerdo contractual es sólo el núcleo fundamental de una estructura integrada por múltiples obligaciones accesorias que, en razón del principio general de buen comportamiento y buena fe en el cumplimiento, empeñan al deudor no sólo en relación con el acreedor sino, también, con terceros que ocupan una particular posición respecto a una determinada prestación contractual<sup>16</sup>. Así, y en virtud de una interpretación de la norma general sobre los efectos de los contratos en el sistema italiano (art. 1372 del *CC*), se retiene que la tutela contractual se extiende a terceros que, a causa de una estrecha relación con el acreedor o por las mismas características de la prestación, ocupan una posición relevante en el contrato, como lo es la calidad de “destinatario final” del menor lesionado en el caso objeto del presente análisis<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Cass. civ., Sez. III, 22 de noviembre de 1993, N° 11503, in *Foro Italiano*, 1994, parte I, p. 2.479; Cass. civ., Sez. III, 21 de junio de 2000, N° 11625, in *Giustizia civile*, 2001, parte I, p. 711.

<sup>15</sup> La consagración jurisprudencial de la figura del “contrato social” en Italia se contiene en la sentencia de la Cass. civ., de 22 de enero de 1999, N° 589.

<sup>16</sup> SIANO (n. 13), p. 819. Sobre el punto, véase Carlo CASTRONOVO, “Obblighi di protezione”, en *Enc. giur.*, tomo XXI, Roma, 1990, pp. 1-7.

<sup>17</sup> El lector interesado en profundizar en los diversos alcances doctrinarios del fallo reseñado consultará además: Francesco GALGANO, “Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino”, in *Contratto e impressa*, N° 3, Padova, 2009, pp. 537-540; Simona CACACE, “Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale”, in *Danno e responsabilità*, N° 12, Milano, 2009, pp. 1.167-1.195; Anna Lisa BITETTO, “Fecondazione assistita, malformazioni fetali e ristoro del ‘bebé prejudice’”, en *Foro Italiano*, N° 1, Bologna, 2010, pp. 155-157; Antonio LISERRE, “In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro”, in *Il corriere giuridico*,

## BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, Guido, "Wrongful life: soluzioni controverse", in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, N° 2, Padova, 2006.
- BITETTO, Anna Lisa, "Fecondazione assistita, malformazioni fetali e ristoro del 'bebé prejudice'", in *Foro Italiano*, N° 1, Bologna, 2010.
- CACACE, Simona, "Figli indesiderati nascono. Il medico in tribunale", in *Danno e responsabilità*, N° 12, Milano, 2009.
- CASTRONOVO, Carlo, "Obblighi di protezione", in *Enc. giur.*, tomo xxi, Roma, 1990.
- CRICENTI, Giuseppe, "Il concepito soggetto di diritto e i limiti dell'interpretazione", in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, N° 12, Padova, 2009.
- DE MATTEIS, Raffaella, "Wrongful Life: problemi e falsi dilemmi", in Alexandra BRAUN (coord.), *Dalla disgrazia al danno*, Milano, Giuffrè, 2002.
- DEMME, Géraldine et Romain LORENTZ, "Responsabilité et naissance d'un enfant: aperçu comparatif", dans *Revue International de Droit Comparé*, N° 1, Paris, 2005.
- DI CIOMMO, Francesco, "Giurisprudenza-normativa' e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano", in *Foro Italiano*, N° 1, Bologna, 2010.
- N° 3, Milano, 2010, pp. 365-371; Giuseppe CRICENTI, "Il concepito soggetto di diritto e i limiti dell'interpretazione", in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, N° 12, Padova, 2009, pp. 1.268-1.275; Luigi VIOLA, "Il nascituro ha diritto di nascere sano, ma non quello di non nascere", in *La Responsabilità Civile*, N° 8-9, Torino, 2009, p. 714 ss.
- DI CIOMMO, Francesco, "Giurisprudenza normativa e "diritto a non nascere se non sano". La Corte di Cassazione in vena di revirement?", in *Danno e responsabilità*, N° 2, Milano, 2010.
- FABRE-MAGNAN, Muriel, "Avortement et responsabilité médicale", en *RTD civ.*, N° 2, Paris, 2001.
- FACCI, Giovanni, "Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno", in *Famiglia e diritto*, N° vi, Padova, 2004.
- FEOLA, Maria, "La responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall'inadempimento delle obbligazioni d'informazione (il diritto a nascere sano)", in *Diritto e giurisprudenza*, N° 125, Napoli, 2010.
- GALGANO, Francesco, "Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino", in *Contratto e impressa*, N° 3, Padova, 2009.
- LISERRE, Antonio, "In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro", in *Il corriere giuridico*, N° 3, Milano, 2010.
- MACÍA MORILLO, Andrea, "Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, Santiago, julio 2009.
- MARKESINIS, Basil, "Réflexions d'un comparatiste anglais sue et à partir de l'arrêt Perruche", dans *RTD civ.*, N° 1, Paris, 2001.
- PRINCIGALLI, Anna Maria, "Nascere malfermo o non nascere: quale tutela per il nuovo nato?", in *Rivista Critica di Diritto Privato*, N° 4, Napoli, 2001.
- SIANO, Caterina, "Medical malpractice e tutela del nascituro", in *La Responsabilità Civile*, N° 10, Torino, 2009.

VIOLA, Luigi, “Il nascituro ha diritto di nascere sano, ma non quello di non

nascere”, in *La Responsabilità Civile*, N° 8-9, Torino, 2009.