

¿EXISTE EL DERECHO A NO NACER?

Simón Echeverri Arboleda¹

1. Introducción.

Hace un tiempo se viralizó la historia de un hombre llamado Raphael Samuel, quien demandó a sus padres por haber nacido sin su consentimiento. Uno de sus argumentos era que “un buen padre pone al niño por encima de sus deseos y necesidades... pero el niño mismo es un deseo del padre”. Amén de los diversos comentarios que tales hechos han suscitado, ya sea como apoyo a su derrotero, ora como burla a sus ideales, surge la inquietud sobre si tales eventos, es decir, los nacimientos no consentidos, pueden constituir un daño indemnizable para quien ha nacido.

Antes de entrar en el desarrollo de esta pregunta, conviene hacer una aclaración previa: Para tal efecto, se debe diferenciar el régimen especial de daño por “anticoncepción fallida” de lo que se tratará en este escrito (el derecho a no nacer) pues, aunque el primero comporta la materialización del daño para los progenitores, esto es, quienes deciden no concebir en razón a su proyecto de vida, este trabajo se hace con miras al daño del nacido, o séase, desde una óptica opuesta. Aclárese, asimismo, que a lo largo

¹ Abogado, egresado del programa de Derecho de la Universidad de Medellín. Énfasis en Responsabilidad Civil y Seguros en la misma Institución. Derecho de Daños, Responsabilidad Civil y del Estado en el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericano (CESJUL). Abogado de la firma AGUIRRE & LLANO ABOGADOS.

de este ensayo se tratarán como equivalentes los conceptos de daño y perjuicio, así como los conceptos de falta y culpa.

2. ¿Puede indemnizarse el hecho de haber nacido?

Cuando lo dañado es la integridad física de la persona, no hay duda alguna de que los perjuicios que de allí se deriven deben ser indemnizados, al igual que las consecuencias que se deriven de la muerte, pero cuando se pretende que se indemnicen los perjuicios que se derivan del hecho de vivir, la cuestión no es tan clara².

Con todo, la doctrina civil, permeada por la evolución del derecho francés, ha optado por considerar un tipo especial de daño, el cual sería el afamado derecho a no nacer, que entrañaría otorgar indemnizaciones a quienes han nacido en circunstancias adversas, cuando a tal nacimiento le es imputable una negligencia médica, por errores de diagnóstico o por abortos mal practicados o, en otros casos, cuando se constata la existencia de enfermedades genéticas degenerativas que han sido transmitidas por el ejercicio del derecho a procrear de los padres.

Bajo tal derrotero fue que el Tribunal de Casación, el más alto tribunal civil de Francia, decidió ordenar la indemnización de un joven por haber nacido minusválido. La sentencia consideró que Nicolás Perruche, de 17 años para ese entonces, sordo, casi ciego y con graves deficiencias mentales, tenía derecho a ser compensado para reparar el error cometido por el médico que atendió a su madre y que les hizo descartar el

² GAVIRIA CARDONA, Alejandro. *¿Genera obligación indemnizatoria la afectación del derecho a no tener hijos, a no nacer y de no seguir viviendo?* Responsabilidad Civil y del Estado. Núm. 40, julio de 2017.

aborto terapéutico. Así, el tribunal francés planteó la idea de que la vida era un perjuicio reparable³.

Tal premisa entró en contraposición con la llamada teoría de la autodeterminación, desarrollada por los tribunales españoles y replicada por los tribunales ingleses⁴ en los eventos de anticoncepción fallida, en donde se manifestaba que la vida humana, en sí misma, no podía considerarse como un daño que comportara el deber de ser indemnizado.

Sobre los presupuestos en que el Tribunal francés basa su decisión, creemos que aquellos descansan en un sofisma, tanto de carácter jurídico como lógico. En efecto, no cabe ninguna duda que los progenitores que vean frustrado su proyecto de vida por la *mala praxis* en un proceso de esterilización o por ausencia de consentimiento informado puedan obtener la reparación de las garantías constitucionales lesionadas; pero no sucede lo mismo cuando se trata del nacido.

En primera medida, desde los presupuestos procesales, debe entreverse las implicaciones del derecho de acción. Si bien el derecho de acción, entonces, se traduce como el derecho público y fundamental, subjetivo que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión mediante un proceso⁵, conviene conciliar que el objeto de aquel, en los eventos donde se configuraría el “derecho a no nacer” sería la inexistencia misma de la persona, ello es, la resolución favorable implicaría, por antonomasia, interrumpirla, lo que (i) o violaría el presupuesto de la responsabilidad civil de no usarla como fuente de enriquecimiento,

³ Para un mejor entendimiento de la sentencia comentada, véase: BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial jurídica de Chile, 2006.

⁴ Caso MacFarlane and Another v. Tayside Health Board (Escocia), 25 de noviembre de 1999.

⁵ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Código General del Proceso, Parte General*. Bogotá, 2016.

o (ii) entraría en una diáspora de conceptos como la eutanasia que, amén de importantes, no son objeto de este escrito.

En cuanto al estudio de la responsabilidad civil, pertinente es repetir que su elemento esencial es el daño, por lo que resulta imperioso establecer si de este elemento puede dilucidarse una lesión al “derecho a no nacer”.

En ese orden de ideas, aunque cabe suponer la posibilidad de un curso causal dañoso que incida sobre una persona antes del inicio de su existencia, determinando un resultado desfavorable que se producirá necesariamente *a posteriori*, de todos modos, no es concebible que un hecho que es el que da origen a la persona misma, le ocasione a la vez un detrimento⁶. Por contera, digamos que aun cuando se causare un daño, es necesario recordar que la génesis de la responsabilidad civil se halla en el hecho ilícito, lo que implica la ausencia de reparación de cualquier evento dañoso cuando aquel no haya sido cometido por una conducta esencialmente culposa.

Pero si se tiene en cuenta que el daño lo constituye el menoscabo y la alteración a los intereses lícitos de los que goza una persona, en gracia de discusión, no resulta entonces lógico, desde el entendimiento humano, que exista tal daño, en la medida en que el hecho del nacimiento de un hijo con discapacidades (o la transmisión de enfermedades o deficiencias) se identifica con el acto de generación que constituye el origen mismo de la vida, y no es posible detectar que haya producido una alteración en una situación preexistente más favorable al damnificado⁷.

Así las cosas, la ontología de la reparación en materia de responsabilidad civil bebe del presupuesto de devolver a la víctima al estado anterior a la causación del daño. Ahora

⁶ TRIGO REPRESAS, Félix A. & Marcelo López Mesa. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Tomo IV, 2004.

⁷ *Ibidem*.

bien, si el daño en tales casos sería la vida y la existencia misma, sería imposible constatar ese estado anterior pues, sencillamente, no existe.

Y es que, si el daño se produjese por la transmisión de enfermedades, alejados ya del tema de los errores de diagnóstico como en el caso Perruche, es importante esclarecer que las acciones u omisiones que causan daños son antijurídicas en el momento en que no estén justificadas. La justificación en este caso se deriva del ejercicio regular de un derecho, es decir, el derecho de procrear⁸.

Es entonces que consideramos que no puede ordenarse indemnización alguna por el llamado derecho a no nacer, toda vez que, aun cuando algunos autores y tribunales han teorizado al respecto, sus planteamientos encuentran caída al ser analizados bajo los presupuestos de la responsabilidad civil, la reparación y en el ejercicio del derecho de acción. En ese sentido, como se dijo, no puede devolverse a la víctima a un estado anterior al daño, cuando tal estado es vano o nulo.

⁸ En ese sentido, léase: EMIL JALIL, Julián. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Bogotá, 2019.