



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA ARGENTINA
SANTA MARIA DE LOS BUENOS AIRES**

Facultad de Derecho

Departamento de Posgrado

Maestría en Derecho Civil Patrimonial

“Daño por nacer

Las acciones de wrongful birth y wrongful life ¿es posible su introducción en el derecho argentino?”

ZABALETA, Daniela Beatriz
Buenos Aires, Octubre de 2019.-

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1.- El fundamento de la obra.....	3
2.- Precisiones terminológicas.....	5
3.- Contenido de la obra.....	7

CAPÍTULO I

LAS ACCIONES RELACIONADAS CON EL INICIO DE LA VIDA

1.1.- Las reclamaciones de responsabilidad civil relacionadas con el inicio de la vida: distintos supuestos.....	8
1.1.1.- Las acciones <i>wrongful conception</i> o <i>wrongful pregnancy</i>	9
1.1.2.- <i>Disadvantaged o dissatisfied life actions</i>	16
1.1.3.- Las acciones por procreación irresponsable.....	17
1.1.4.- Las acciones por causación directa o indirecta de lesiones prenatales.....	25
1.1.5.- Las acciones de <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i>	32

CAPÍTULO II

EL ESTUDIO EN PARTICULAR DE LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE

2. 1.- Concepto.....	35
2.2.- La legitimación.....	39
2.2.1.- La legitimación activa en las acciones de <i>wrongful birth</i> y de <i>wrongful life</i>	40
2.2.1.1.- ¿Quién puede entablar una acción por <i>wrongful birth</i> ?	40
2.2.1.2.- ¿Quién puede entablar una acción por <i>wrongful life</i> ?.....	42
2.2.1.3.- La legitimación pasiva en las acciones de <i>wrongful birth</i> y de <i>wrongful life</i>	42
2.3.- Los presupuestos de hecho de las acciones de <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i>	43
2.3.1.- Las acciones de <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i> y la falta de detección indirecta de una enfermedad o discapacidad en fase preconceptiva o prenatal	44
2.3.2.- Las acciones de <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i> y los diagnósticos preconceptivos.....	48

2.3.2.1.- Excurso: Especial mención a los diagnósticos genéticos realizados a los gametos antes de un tratamiento de fecundación asistida.....	54
2.3.3- Los diagnósticos preimplantatorios y las acciones de <i>wrongful birth</i> y <i>life</i>	57
2.3.4.- La estrecha vinculación de las acciones de <i>wrongful birth</i> y <i>life</i> , los diagnósticos prenatales y la interrupción voluntaria del embarazo (aborto).....	61

CAPÍTULO III

LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH Y DE WRONGFUL LIFE

3.1.- La antijuridicidad.....	65
3.2.-El factor de atribución de la responsabilidad.....	72
3.2.1.- El factor de atribución subjetivo: el caso de los profesionales Sanitarios.....	72
3.2.2.- El factor de atribución objetivo: el caso de las instituciones sanitarias, obras sociales, prepagas, centros de fecundación artificial y bancos de gametos.....	82
3.3.- El daño resarcible.....	87
3.3.1.- El daño en las acciones de <i>wrongful birth</i>	88
3.3.2.- El daño en las acciones de <i>wrongful life</i>	98
3.4.- La relación de causalidad	105
3.4.1.- La teoría de la de la equivalencia de condiciones o <i>conditio sine qua non</i>	106
3.4.2.- La teoría de la causa próxima.....	108
3.4.3.- La teoría de la causa eficiente.....	109
3.4.4.- La teoría de la causalidad adecuada.....	109

CONCLUSIONES

.....	117
-------	-----

INTRODUCCIÓN

1.- El fundamento de la obra

Los cambios experimentados en la responsabilidad civil a partir de la Revolución Industrial, sumado a los avances acaecidos en el campo sanitario durante el siglo pasado¹, llevaron a un notable incremento de las reclamaciones por responsabilidad médica, las que encuentran su máxima expresión en las demandas de responsabilidad civil relacionadas con el comienzo de la vida.

Si bien tradicionalmente los tribunales consideraron a la vida humana como un bien jurídicamente protegible y el nacimiento de una persona como un acontecimiento bendito, el siglo XX fue testigo de los primeros casos en los que se puso en tela de juicio tal razonamiento.

El origen de las reclamaciones de responsabilidad civil relacionadas con el inicio de la vida encuentra sus primeros antecedentes en las demandas interpuestas contra aquellas terceras personas que por su actuación negligente causaban la muerte del por nacer. Tómese como ejemplo aquellos casos en los que una mujer embarazada sufría un siniestro vial y que, como resultado, moría el hijo que lleva en su vientre; o los casos en que el galeno prescribía a la madre un medicamento que resultaba perjudicial para el feto, o utiliza un método inapropiado para que aquella diera a luz. El interrogante a resolver, entonces, radicaba en saber si la madre podía, en representación de su hijo premuerto, accionar contra quien había causado el daño; o lo que es lo mismo, si el feto que había sufrido un daño prenatal se encontraba legitimado para demandar al autor de dicho daño².

Inicialmente, las reclamaciones de este tipo fueron rechazadas por los tribunales en la inteligencia de que el feto era parte de la madre. Empero, una vez resuelto el tema de la personalidad jurídica del *nasciturus*, por aplicación de las reglas generales sobre

¹ El siglo XX fue testigo de la insulina como tratamiento contra la diabetes, de las vacunas y antibióticos, del diagnóstico y avances en enfermedades cardiovasculares, mentales, congénitas y hereditarias, de los rayos gamas, de las vitaminas y de las hormonas, de la reproducción humana asistida, del genoma humano, de la clonación, de las neurociencias, de los trasplantes. Asimismo, los cambios culturales, sociales y demográficos experimentados en este siglo, especialmente a partir de la segunda guerra mundial, llevaron a que el uso de los métodos anticonceptivos se extienda entre la población para dar respuesta a la creciente demanda de las parejas con respecto al control de su natalidad, recurriéndose comúnmente al aborto cuando ellos fallaban.

² En este sentido, el caso *Peter Dietrich v. Inhabitants of Northampton*, resuelto en 1884 por la Suprema Corte de Massachusetts es recordado en la jurisprudencia norteamericana como el pionero en esta materia. En *Dietrich*, el juez *Oliver Wendell Holmes* sostuvo que el *common law* no reconocía acción alguna por daños prenatales a un feto. Concretamente, denegó la acción por entender que el feto era parte de la madre al tiempo de sufrir el daño y que éstos, en última instancia, podían ser reclamados por aquella, quien sí se encontraba legitimada. Este fue el criterio que primó en Estados Unidos hasta 1946, cuando la viabilidad y no el nacimiento comenzó a ser sostenida como pauta para admitir la indemnización por los daños infringidos al feto. Inclusive, en 1977, en *Renslow v. Mennonite Hospital*, la Suprema Corte de Illinois llegó más lejos, al admitir la reparaciones por los daños prenatales derivados de conductas negligentes realizadas por terceras personas a la madre antes de la concepción del por nacer. SUPREMA CORTE DE MASSACHUSETTS *in re* Peter Dietrich, Administrator vs. Inhabitants of Northampton, 27/10/1884 [Ref. 138 Mass. 14] [consultado el 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://masscases.com/cases/sjc/138/138mass14.html> ; CORTE SUPREMA DE ILLINOIS *in re* Renslow v. Mennonite Hospital, 8/8/1977 (Ref. 67 Ill. 2d 348 (1977) 367 N.E.2d 1250) [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1977/48782-6.html>

responsabilidad civil –específicamente, el principio *alterum non laedere*–, los jueces comenzaron a hacer lugar a estas pretensiones.

Una nueva etapa en las acciones de responsabilidad civil relacionadas con el inicio de la vida se inauguró a partir de las demandas entabladas por los progenitores en contra de los médicos por el nacimiento no deseado de un hijo. Si bien el daño en estas pretensiones conocidas bajo el rótulo de acciones de *wrongful pregnancy* o *conception* no se identificó con el nacimiento del hijo sino más bien con la afectación a la libertad de procreación o los gastos de crianza que acarrea el *nasciturus*³, la importancia de las mismas se centró en el hecho de que por primera vez comenzó a vincularse la noción del nacimiento con la idea de daño resarcible circunstancia, hasta ese entonces, impensable.

Paralelamente, también empezaron a articularse acciones en las que el actor nacía sin problemas de salud destacables pero en un “entorno poco apropiado, bien por condiciones raciales, bien económicas o políticas⁴”. En tal sentido, la demanda entablada por el niño *Zepeda* contra su padre biológico (*Zepeda*) por los perjuicios que le acarrió el haber sido concebido fuera de una unión matrimonial, resuelta en 1963 por la negativa por la Corte Suprema de Illinois, suele citarse como el *leading case* en esta materia⁵. Nacían, de este modo, las acciones que luego adoptarían el nombre de *disadvantaged* o *dissatisfied life actions*, cuyo objeto radica en demostrar que el contexto familiar o social pernicioso en el cual la persona nace puede ser considerado como una fuente de daños.

No obstante el rechazo primigenio que recibieron este tipo de pretensiones relacionadas con el inicio de la vida, su evolución no se detuvo allí. Muy por el contrario, las tendencias iniciadas por las acciones de *wrongful conception* y *disadvantaged* o *dissatisfied life actions*, allanaron el camino para que otros tipos de pretensiones se articulen. De hecho, y tal como remarca la autora española Macía Morillo⁶, el ámbito de los nuevos tipos de daños relacionados con la vida se siguió ampliando con la entrada de un nuevo factor: la vida enferma que no fue impedida.

De este modo, surgieron las llamadas “acciones por procreación irresponsable” intentadas por los hijos enfermos contra sus padres con el objeto de reparar pecuniariamente al hijo por el hecho de haber nacido cuando su existencia enferma derivó de que sus “progenitores decidieron llevar a término un embarazo o concebir, pese a ser conscientes del riesgo que amenazaba a su descendencia futura⁷”.

En cambio, cuando ese mismo nacimiento era “imputable” a la intervención negligente de un profesional sanitario, aparecieron en escena las acciones que constituyen el objeto de nuestra investigación.

A grandes rasgos, podemos decir que en las acciones de *wrongful birth* los legitimados activos son los padres quienes demandan al profesional sanitario interviniente

³ Ver MORILLO MACÍA, Andrea, *La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Barranquillas, Revista de derecho N° 27, 2007, p. 9 y ss.

⁴ VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu, *El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente*, Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), ISSN-e 2340-4647, N°. 3, 2013, p. 40-59 disponible on line en: <file:///C:/Users/Daniela/Downloads/Dialnet-ElConceptoDeWrongfulBirthYSuInherenteProblematicaU-4764224.pdf>

⁵ CORTE DE APELACIONES DE ILLINOIS, Primer Distrito, Tercera División, *in re Zepeda v. Zepeda*, 3/4/1963 (Ref. 41 Ill. App.2d 240 (1963)) [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://www.legale.com/decision/196328141illapp2d2401238>

⁶ MORILLO MACÍA, Andrea, *La responsabilidad civil médica*, op. cit. p. 10

⁷ *Ibidem* p. 11.

frente a la negligencia médica a la hora de brindar información acerca de los riesgos de engendrar un hijo o, habiéndolo ya concebido, de las enfermedades que este presenta, impidiéndoles, de este modo, optar por no concebir o bien por terminar con el embarazo.

Por el contrario, en las acciones de *wrongful life* el legitimado activo es el hijo quien “nacido con malformaciones o con una seria afectación de su salud y/o calidad de vida, reclama al médico no haber detectado e informado a sus progenitores sobre el riesgo y / o causación de enfermedades, acerca de las taras o enfermedades que lo afectaban una vez concebido, no pudiendo entonces éstos decidir libremente por procrear o interrumpir el embarazo⁸”.

Más allá de las consideraciones éticas y filosóficas que merecen estas acciones⁹, urge conocer si es factible su introducción en nuestro derecho. Es que si bien resulta cierto que las mismas generalmente exigen como presupuesto la legalización del aborto, al menos con fines eugenésicos – el cual, como es sabido, se encuentra penado por nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad–, no menos cierto es el hecho de que las demandas de este tipo pueden prosperar dentro del marco de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), las cuales sí se encuentran permitidas por nuestra legislación.

He aquí entonces el tema objeto del presente trabajo: estudiar la responsabilidad civil de los profesionales de la salud por los daños sufridos por el nacimiento de una persona con una grave discapacidad o enfermedad. Específicamente, habremos de indagar acerca de la posible introducción de las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth* en nuestro derecho, fundamentalmente a raíz del reconocimiento positivo que las TRHA han tenido en la República Argentina.

2.- Precisiones terminológicas

Hasta hace tan sólo algunas décadas, el misterio de la sexualidad humana estuvo siempre estrechamente conectado con el misterio de la transmisión de la vida. Así, para que un nuevo ser humano deviniera a la existencia, era necesario que un hombre mantuviera relaciones íntimas con una mujer.

El desarrollo de la ciencia acaecido en la última centuria permitió quebrantar el binomio procreación- sexualidad, pudiendo verificarse en la actualidad tanto situaciones en las que podemos hablar de una relación sexual sin procreación como de procreación sin relación sexual. El primero de estos fenómenos fue posible gracias a los métodos anticonceptivos, los cuales han evolucionado de forma tal que permiten llevar a cabo una relación íntima entre una mujer y un hombre con escasa probabilidad de un embarazo ulterior¹⁰. El segundo escenario, en cambio, se verificó a partir del desarrollo de las TRHA,

⁸ MEDINA, Graciela y HOOFT, Irene, *Responsabilidad por daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida* en MEDINA, Graciela, *Daños en el Derecho de Familia*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2002.

⁹ Cabe aclarar que por ser una tesis magistral la presente ponencia no tiene por objeto realizar un análisis antropológico, filosófico y/o ético de estas acciones. No obstante, ha de conocer el lector que quien escribe estas páginas adhiere al iusnaturalismo como doctrina jurídica. Por consiguiente, en muchos pasajes encontrará crítica fundada a normas positivas actualmente vigentes, muchas de ellas basadas en principios del derecho natural.

¹⁰ Es que en razón de verdad, no existe un método anticonceptivo que posea un 100% de eficacia para prevenir un embarazo. La propia OMS (Organización Mundial de la Salud) así lo reconoce en su sitio web dedicado al tema de “Planificación familiar”. Allí se puede apreciar en un cuadro explicativo que inclusive la esterilización masculina (vasectomía) y la esterilización femenina (ligadura de las trompas; salpingectomía) que son definidas

donde la intervención científica resulta determinante para la concepción de un nuevo ser humano.

Estrictamente hablando, dos grandes grupos pueden diferenciarse en las TRHA: un primero, que se compone por la denominadas “técnicas de inseminación artificial” mediante las cuales se introducen espermatozoides en el cuerpo de la mujer para lograr un embarazo, reemplazándose de este modo la cópula natural; y un segundo, que suele conocerse bajo el rótulo de “técnica de reproducción artificial”, “asistida” o “extracorpórea”, en el cual la concepción del embrión humano se realiza en un laboratorio para luego ser implantado en el útero femenino. Y si bien la expresión TRHA comprende tanto uno como otro, debemos aclarar que en el presente trabajo utilizaremos esta expresión para referirnos a todas aquellas técnicas que conciben seres humanos fuera del útero materno puesto que la ventana de tiempo que se verifica entre la concepción del embrión y su implantación permite realizar estudios diagnósticos tales como los diagnósticos genéticos preimplantatorios (en adelante, DGP) que serán fundamentales a la hora de meritar la posible responsabilidad civil que corresponde atribuirle a los profesionales de la salud que intervienen en la realización de una TRHA a los efectos de las acciones que aquí estudiamos.

Asimismo, los términos “fecundación” y “concepción” serán utilizados en este trabajo como sinónimos, a pesar de la distinción semántica efectuada en el fallo “*Artavia Murillo*” dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en noviembre de 2012¹¹. Es que si bien compartimos las reflexiones de la Corte Interamericana en el sentido de que la implantación del embrión en el útero materno permite que el embrión se desarrolle y que el embarazo llegue a su término, no consideramos que la implantación modifique ontológicamente al embrión, el cual es tal a partir de la unión del óvulo con el espermatozoide. De allí que entendamos que la palabra “concepción” es sinónimo de “fecundación” y no de “implantación”, por lo que así la usaremos.

Por último, a lo largo de la obra los términos “facultativo”, “profesional sanitario”, “profesional de la salud”, “médicos” y “galenos” son utilizados como sinónimos a pesar de que en razón de estricta verdad no lo son. Es que si bien el profesional sanitario es cualquier profesional de la salud (por ejemplo, un médico, una enfermera, un farmacéutico o un psicólogo) que posee la necesaria titulación oficial; el médico o galeno es el profesional que, tras cursar los estudios necesarios y obtener el título correspondiente, cuenta con una autorización legal para ejercer la medicina¹².

como anticonceptivos permanentes por los cuales se bloquean o cortan los tubos (conductos deferentes) que transportan los espermatozoides desde los testículos o desde las trompas de Falopio, respectivamente, tienen una eficacia para prevenir el embarazo 99%, descendiendo la misma, en el caso de la vasectomía, a un 97% o a un 98% si no se evalúa el semen. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs351/es/>

¹¹ En el *sub lite*, la Corte Interamericana, determinó entre otras cosas, que la palabra concepción es sinónimo de implantación y no de fecundación. Para así decidir la Corte dispuso que científicamente pueden diferenciarse dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El primero inicia el ciclo y el segundo lo concluye. Por lo tanto, sólo al cumplirse este último momento (la implantación), “se cierra el ciclo que permite entender que existe concepción”. De allí que el término concepción “no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede”. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *in re Artavia Murillo y otros (“fecundación artificial”) vs. Costa Rica*, 28/11/12 (CIDH, 28 de noviembre de 2012). [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, pág. 186 y 187.

¹² Así, la RAE define al médico, en su segunda acepción, como la “persona legalmente autorizada para profesar y ejercer la medicina”.

3.- Contenido de la obra

El presente trabajo se divide en tres capítulos. En el capítulo I, se describirán cuáles son las acciones de responsabilidad civil relacionados con el inicio de la vida, las que cómo se verá, calificamos en dos grupos sobre la base de si el niño nace sano o con alguna patología o discapacidad.

En el capítulo II, abordaremos el concepto de las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth* y el tema de la legitimación necesaria para su promoción. Asimismo, indagaremos acerca de la vinculación que ellas presentan con los diagnósticos preconceptivos, preimplantatorios y prenatales, entre otros, e investigaremos, a la par, cuál es el estado de tales estudios y técnicas en el derecho argentino.

Las conclusiones de dicho apartado servirán de antesala para la lectura del capítulo III donde estudiaremos en profundidad cómo se configuran los presupuestos de la responsabilidad civil a los fines de la procedencia de las acciones objeto del presente trabajo. Así, valiéndonos del estudio de la jurisprudencia imperante en algunos de los países que permiten estas reclamaciones, tales como España, Estados Unidos, Reino Unido y Australia, dedicaremos distintas secciones al estudio de los cuatro elementos esenciales constitutivos de la responsabilidad civil (antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad) y analizaremos cómo los mismos se encuentran regulados en nuestra legislación.

Finalmente, en un apartado especial, expondremos las conclusiones arribadas. Esperamos así contribuir con este trabajo a dar luz a la cuestión.

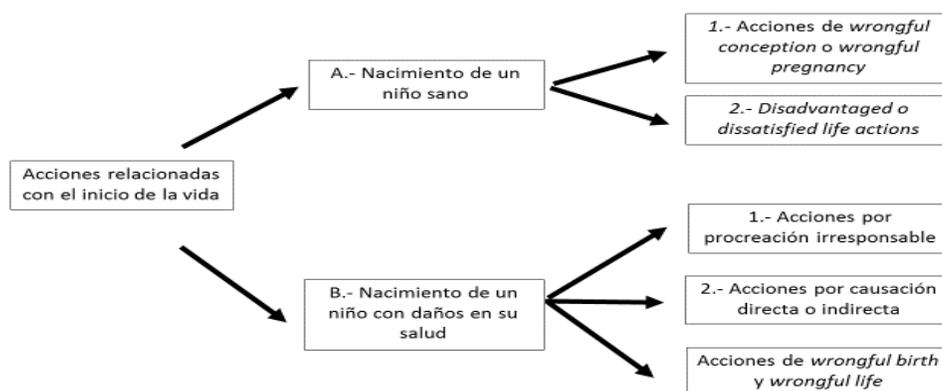
CAPÍTULO I

LAS ACCIONES RELACIONADAS CON EL INICIO DE LA VIDA

Reflexionaremos en el presente capítulo sobre el concepto de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Para ello, principiaremos por un primer apartado donde estudiaremos las distintas reclamaciones de responsabilidad civil relacionadas con el inicio de la vida. Luego, en el segundo apartado, y tras brindar una definición de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, dedicaremos algunas palabras a considerar lo atinente a su legitimación, por ser éste uno de los rasgos característico que permite diferenciarlas. También, consideraremos por separado cada uno de los presupuestos de hechos necesarios para su articulación. Así, desarrollaremos la estrecha conexión que existe entre éstas pretensiones y los diagnósticos indirectos, preconceptivos, preimplantatorios y prenatales e indagaremos acerca de su legalidad a la luz de nuestro ordenamiento jurídico. Todo ello, claro está, con una constante remisión al derecho comparado.

1.1.- Las reclamaciones de responsabilidad civil relacionadas con el inicio de la vida: distintos supuestos.

De conformidad con el estado de la cuestión, en la actualidad, cinco son los tipos de acciones relacionadas con el inicio de la vida que se pueden mencionar, los que, a su vez, pueden agruparse en dos grandes grupos, sobre la base de si el niño nace sano o con algún daño en su salud. El recuadro que a continuación se presenta servirá al lector para identificar dichas acciones con claridad:



Como puede apreciarse, mientras que el grupo “A” engloba dos tipos de reclamaciones de responsabilidad civil relacionadas con el nacimiento de un niño sano, el grupo “B” tiene tres tipos de reclamaciones distintas relacionadas entre sí por el nacimiento de un niño con daños o problemas en su salud, ya sea por una enfermedad o discapacidad¹³.

¹³ La RAE define al discapacitado como aquella “persona que padece una disminución física, sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida”. No obstante, las normas legales que se refieren al tema en nuestro derecho, no circunscriben el concepto de discapacidad al plano de la salud física, sino que pregonan una mirada más amplia de la cuestión. Así, el Código

Pese a que todas estas acciones comparten un sustrato común – el nacimiento¹⁴ –, su tratamiento por separado nos parece la mejor opción para identificar las particularidades que cada una de ellas presentan.

1.1.1.- Las acciones *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*

En primer lugar, nos encontramos con las acciones *wrongful conception* o *wrongful pregnancy* en las que el nacimiento no deseado de un hijo constituye el objeto de la pretensión. Aquí, la demanda es interpuesta por ambos progenitores o por alguno de ellos en atención a los perjuicios patrimoniales y, en algunos casos, también morales, que tal nacimiento acarrea.

Por su parte, el sujeto pasivo de la pretensión será el profesional de la salud que por su intervención negligente llevó a que los padres tuvieran un hijo que no hubieran tenido de no ser por esa actuación deficiente.

En base a tales postulados, entre los escenarios que conllevan a la articulación de estas acciones, se pueden individualizar los siguientes:

a.- El fracaso de un procedimiento de esterilización voluntaria que conduce al varón que se sometió a una vasectomía o a la mujer que decidió intervenirse quirúrgicamente para ligar sus trompas de Falopio, a ser padres. La negligencia médica puede versar bien en la práctica misma de la operación, o bien en no advertir a los futuros padres que la esterilización realizada puede revertirse o fallar, de modo tal que los pacientes que no conocen este riesgo, dejan de tomar otros recaudos anticonceptivos y, en consecuencia, conciben a un hijo que no estaba dentro de sus planes concebir.

b.- La prescripción de un método anticonceptivo inadecuado. La responsabilidad del profesional sanitario puede surgir ya sea porque prescribió un método anticonceptivo que no era apto para ese paciente; porque no prescribió ningún método anticonceptivo por considerarlo innecesario; o bien porque indicó un medicamento que no tenía tal virtud¹⁵. En

Civil y Comercial, haciendo eco de lo normado por el art. 2º de la ley 22.431 y el artículo 9 de la ley 24.901, dispone que “se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral” (cfr. art. 48), repitiéndose idénticas palabras en el artículo 2448 CCC al referirse a la mejora a favor del heredero con discapacidad. Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por ley 26378) con jerarquía constitucional (cfr. ley 27.044) establece que “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (cfr. art. 1).

¹⁴ Sobre el particular, Macía Morillo enseña que “el nacimiento aparece como presupuesto, pues se presenta como elemento en el cual se concreta el daño cuyo riesgo fue iniciado con la actuación del sujeto cuya responsabilidad se reclama, o con un evento producido en su ámbito de control. Por ello, cuando en cualquiera de estos supuestos el niño no llegue a nacer, no será posible una reclamación por la responsabilidad correspondiente, surgiendo en su lugar, si acaso, otro tipo de acciones, sean de tipo contractual, por el incumplimiento de los deberes asumidos por el profesional sanitario cuando éste se vea involucrado, sea por el hecho de la muerte del niño”. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)* Tesis Doctoral, Madrid, España, Editor Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho, septiembre 2003, p. 24.

¹⁵ *Troppi v. Scarf* es un ejemplo de ello. Sentenciado el 26 de febrero de 1971 por la Corte de Apelaciones Michigan, sus antecedentes se remontan años atrás cuando, *John y Dorothy Troppi*, padres de siete hijos, acudieron a un médico para limitar el tamaño de su familia. El mencionado, le prescribió a la Sra. *Troppi* un

todos los casos el mal asesoramiento del profesional sanitario conducirá a que los pacientes conciban un hijo que no era su intención concebir¹⁶.

c.- La negligente interrupción de un embarazo. En los ordenamientos jurídicos que prevén esta prerrogativa puede suceder que el procedimiento utilizado para realizar el aborto en la madre que así lo desea fracase, por lo que igualmente nace el hijo cuyo nacimiento se intentó impedir. En tal caso, los padres pueden reclamar por vía de estas acciones.

El primer precedente jurisprudencial que suele citarse al hacer referencia a estas pretensiones tuvo lugar en 1934 en Estados Unidos en los autos *Christensen vs. Thornby* y se relacionó con una demanda entablada por un padre (*Clarence Christensen*) por el nacimiento de su hijo tras someterse a una vasectomía por recomendación médica en virtud de que un futuro embarazo de su mujer podía poner en riesgo su salud¹⁷. No obstante, como aquí el actor no reclamó por el nacimiento no deseado de un hijo –o, por las consecuencias económicas o morales derivadas de su alumbramiento– sino por el engaño o fraude supuestamente perpetrado por el galeno y el sufrimiento causado por el miedo por la salud de su esposa a raíz del embarazo, entendemos que en este caso no se articuló una verdadera acción de *wrongful pregnancy*, al menos en los términos antes descritos¹⁸.

Igualmente, y más allá de esta disquisición, cabe destacar que el fundamento de que la vida era una bendición fue el principal que prosperó por más de treinta años en Estados Unidos para denegar la indemnización pretendida en las demandas que siguieron a este precedente¹⁹.

anticonceptivo oral llamado *Norinyl* por considerarlo el mejor método para que los cónyuges no tuvieran más descendencia y, en lugar de llenar la receta, llamó por teléfono al farmacéuta *Frank H. Scarf* con la prescripción médica. No obstante, *Scarf*, no le vendió a la Sra. *Tropi* la droga anticonceptiva prescrita sino que le suministró un tranquilizante llamado *Nardil* y, en la creencia de que estas eran las píldoras recetadas, *Dorothy* las tomó a diario hasta que en diciembre de 1964 quedó embarazada, dando a luz a un niño sin problemas de salud el 12 de agosto de 1965. En virtud de la negligencia incurrida, los cónyuges interpusieron una demanda por responsabilidad civil contra el farmacéuta y reclamaron los salarios no percibidos por *Dorothy*, los gastos médicos y hospitalarios, el sufrimiento causado por el embarazo y nacimiento (daño moral) y los daños económicos derivados de la crianza de su octavo hijo. En primera instancia, la demanda fue rechazada sobre la base de que cualquiera fuera el daño experimentado por los reclamantes, éste no era mayor que los beneficios que traía aparejada la paternidad de un hijo sano. Apelada la sentencia, el fallo fue revocado. Cabe destacar que esta fue la primera oportunidad en que un tribunal se expidió sobre la responsabilidad civil de un farmacéuta por la negligencia incurrida en el suministro de un anticonceptivo. CORTE DE APELACIONES MICHIGAN *in re Tropi v. Scarf*, 26/2/1971 (31 Mich. App. 240 (1971)) [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: http://www.legaleagle.com/decision/197127131MichApp240_1213/TROPPI%20v.%20SCARF

¹⁶ Cabe hacer la salvedad de que si el método anticonceptivo prescrito tenía un defecto en su elaboración, no podrá imputarse responsabilidad civil por medio de estas acciones al profesional de la salud que lo prescribió, sino que la acción deberá ser entablada en contra del fabricante o de algunas de las personas que intervinieron en la cadena de comercialización de dicho método. Asimismo, se excluirá de responsabilidad civil al médico si el nacimiento del niño deriva de un comportamiento negligente de quien debía utilizar el método anticonceptivo prescrito.

¹⁷ CORTE SUPREMA DE MINNESOTA *in re Christensen vs. Thornby*, 22/6/1934 (192 Minn. 123 (Minn. 1934)) [consultado 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://casetext.com/case/christensen-v-thornby>

¹⁸ En efecto, la Corte Suprema de Minnesota rechazó la demanda sobre la base de que no se había probado el fraude alegado ni el supuesto sufrimiento dado que en vez de perder a su esposa, el reclamante fue bendecido con la paternidad de otro hijo. *Ibidem*.

¹⁹ También se utilizaron otros argumentos, entre los que cabe destacar (1) El daño moral que le puede generar al niño el conocer algún día que su nacimiento no fue querido; (2) La reparación es contraria a la histórica finalidad del matrimonio (v. gr. *Shaheen v. Knight*, 1957). Sobre el particular recomiendo la lectura del trabajo del Philip Braverman titulado “*Wrongful Conception: Who Pays for Bringing Up Baby?*”. Cit. BRAVERMAN,

El estado de la cuestión, sin embargo, cambió en 1967 cuando la Corte de Apelaciones de California concluyó que el nacimiento de un niño no es siempre un acontecimiento bendito y, por lo tanto, hizo lugar a la acción entablada por los padres de un noveno hijo sin problemas de salud por el procedimiento fallido de esterilización practicado a la mujer luego de su octavo embarazo²⁰. Desde entonces, los tribunales norteamericanos suelen admitir estas pretensiones.

En el Reino Unido, el planteamiento de este tipo de demandas fue más tardío²¹ pero, a diferencia de lo que ocurrió en Estados Unidos, desde un principio la jurisprudencia inglesa admitió la reparación de los gastos generados por el embarazo y, a partir de 1993, aplicando los principios generales de la responsabilidad civil, hizo lugar al resarcimiento integral de los daños causados por la negligencia médica ya sea que el hijo naciera sano (v. gr. *Thake v*

Philip, *Wrongful Conception: Who Pays for Bringing Up Baby?*, Fordham Law Review, Vol. 47, 3º ed., 1978, disponible en: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2346&context=flr>

²⁰ El precedente al que hacemos referencia es *Custodio v. Bauer*. Específicamente el Tribunal californiano dijo que: “*Where the mother survives without casualty there is still some loss. She must spread her society, comfort, care, protection and support over a larger group. If this change in the family status can be measured economically it should be as compensable as the former losses*” [Aunque la madre sobreviva sin sufrir daños, igualmente existe cierta pérdida. Ella debe distribuir su mundo, confort, cuidado, protección y apoyo sobre un grupo mayor. Si ese cambio en el estatus familiar puede ser económicamente medido, debe ser compensado como las otras pérdidas, (la traducción me pertenece)]. CORTE DE APELACION DE CALIFORNIA *in re Custodio v. Bauer*, 24/5/1977 (Civ. No. 23003. First Dist., Div. One. May 24, 1967) [consultado el 17 de junio de 2017]. Disponible en: http://www.leagle.com/decision/1967554251CalApp2d303_1522/CUSTODIO%20v.%20BAUER. Sobre el particular, Medina y Winograd señalan que “la lógica de *Custodio* yacía en cuestiones de equidad: un nuevo miembro privaría a los otros de los ingresos que hubieran podido disfrutar de no ser por la procreación”. Cfr. MEDINA, Graciela, WINOGRAD, Carolina, *Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy. Análisis de la Jurisprudencia norteamericana. Reseña de la jurisprudencia francesa*, Buenos Aires, La Ley, cit. online: AR/DOC/4595/2001.

²¹ De hecho, el primer caso tuvo lugar recién en 1979 en los autos *Sciuriaga v. Powell*. QUEEN'S BENCH DIVISION *in re Sciuriaga v. Powell*, 18/05/1979 (Ref. (1979) 123 Solicitors Journal 406). [consultado el 26 de septiembre de 2019]. Resumen disponible en: <https://swarb.co.uk/sciuriaga-v-powell-1979/>

*Maurice*²² o *Allen v. Bloomsbury Health Authority*²³) o con alguna patología o discapacidad (v gr. *Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority*²⁴)²⁵.

Tal situación se mantuvo incólume hasta que en 1999 la Cámara de Los Lores se pronunció en los autos *McFarlane v Tayside Health Board*²⁶. En dicha oportunidad, la institución que en ese entonces era el máximo tribunal inglés, limitó la indemnización de las acciones de *wrongful pregnancy* al establecer que si bien los daños infringidos a la madre como consecuencia del embarazo debían ser indemnizados²⁷, el nacimiento de un hijo sano fruto de una negligencia médica –en el caso, una fallida vasectomía– no podía dar lugar al resarcimiento patrimonial de los daños emergentes de su crianza; decisión que ha sido seguida por los posteriores pronunciamientos ingleses en virtud del sistema jurídico que rige en este país²⁸.

²² La negligente vasectomía realizada al Sr. *Thake* seguido del inapropiado consejo médico de que ningún otro cuidado anticonceptivo era necesario, llevó a que nazca la hija de los actores (el Sr. y la Sra. *Thake*) sin ningún problema de salud, y que esto reclamasen por los daños causados. El Juez de Primera Instancia hizo lugar a la demanda e indemnizó a los demandantes por los daños patrimoniales del nacimiento, la pérdida del salario sufrida por la madre y los gastos de crianza de la menor hasta que alcanzara la mayoría de edad. No obstante, rechazó el reclamo por el daño moral sufrido por ser éste compensable con los beneficios de la paternidad. Apelada que fue la sentencia, la Alzada sostuvo que el daño moral sufrido por la madre durante el embarazo debía ser indemnizado. Cfr. QUEEN'S BENCH DIVISION *in re* *Thake v. Maurice* (Ref. [1986] Q.B. 644, 633). Cabe destacar que el fallo completo no se encuentra *on line* pero sí resúmenes del mismo pueden consultarse en: <https://swarb.co.uk/thake-v-maurice-ca-1986/> y <https://www.coursehero.com/file/p6qdl9e/Thake-v-Maurice-1986-QB-644-Facts-The-plaintiff-Thake-and-wife-had-a/>

²³ Se realizó una ligadura de trompas en una mujer que se encontraba embarazada de cuatro semanas pero que por una negligencia médica se había omitido diagnosticar. La mujer alegó que de haber conocido su estado de gravidez, habría abortado el niño que llevaba en su vientre. Por ello, reclamó los daños y perjuicios derivados de la manutención del niño que sin problemas considerables de salud tuvo. Los juzgadores hicieron lugar a la demanda. Cfr. QUEEN'S BENCH DIVISION *in re* *Allen v. Bloomsbury Health Authority*, 1993 (Ref. [1993] 1 All E.R. 651), [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Igual como sucede con *Thake*, el fallo completo no se encuentra *on line* pero sí un resumen del mismo puede consultarse en: <https://swarb.co.uk/allen-v-bloomsbury-health-authority-1993/> [consultado el 25 de septiembre de 2018]

²⁴ Una esterilización falló y como resultado de ella, nació un niño con daños en su salud. La Corte de Apelaciones sostuvo que no mediaban razones de política pública para impedir el resarcimiento por el daño moral experimentado por los progenitores y los gastos de manutención del menor. Cfr. QUEEN'S BENCH DIVISION *in re* *Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority* (Ref. [1985] 1 QB 1012, [1984] 3 All ER 1044). [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Resumen disponible en: <https://swarb.co.uk/emeh-v-kensington-and-chelsea-and-westminster-area-health-authority-ca-1-jul-1984/>

²⁵ No obstante, cabe destacar que, en razón de verdad, en los primeros pronunciamientos sobre la materia no se admitía el resarcimiento de los gastos de crianza del niño. Sobre el tema, recomiendo la lectura del caso QUEEN'S BENCH DIVISION *in re* *Udale v. Bloomsbury Health Authority* de 1983 (Ref. [1983] 1 WLR 1098, [1983] 3 All ER 522 (1983)) [consultado 17 de junio de 2017]. Resumen del caso disponible en: <http://swarb.co.uk/udale-v-bloomsbury-area-health-authority-qbd-1983/>

²⁶ HOUSE OF LORDS *in re* *Macfarlane and another v. Tayside Health Board*, 25/11/1999. (Ref. Times 26-Nov-1999, [2000] 2 AC 59, [1999] UKHL 50, [1999] 4 All ER 961). [consultado el 25 de septiembre de 2018] Disponible en: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>

²⁷ Se indemnizó a la madre por el daño moral y los daños patrimoniales resultantes del nacimiento.

²⁸ Sobre el tema, recomiendo al lector consultar LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César (h.) *Naturaleza y dimensiones del "stare decisis"*, Buenos Aires, La Ley, cit. online: AR/DOC/2629/2005. De hecho la decisión se mantuvo en *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*. HOUSE OF LORDS *in re* *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* (Ref. 2003) 3 FCR 289), [consultado el 31 de agosto de 2019] Resumen disponible en: <https://swarb.co.uk/rees-v-darlington-memorial-hospital-nhs-trust-hl-16-oct-2003/>

Por su parte, el caso australiano *Cattanach v. Melchior*, suele ser citado como uno de los precedentes jurisprudenciales más significativos de aquel país²⁹. Sus antecedentes se remontan al año 1992 cuando *Kerry Anne Melchoir* acudió ante el Dr. *Stephen Alfred Cattanach* –quien se desempeñaba como ginecólogo y obstetra en un hospital público del estado de *Queensland*– para ligarse sus trompas de Falopio. No obstante, antes de realizarse la intervención quirúrgica, la nombrada le comentó al Dr. *Cattanach* que a los 15 años su ovario y trompa de Falopio derecha habían sido removidos, relato que el médico asumió como cierto cuando, al ejecutar la operación, no observó indicios de una segunda trompa de Falopio. Así las cosas, el procedimiento realizado por el facultativo sólo consistió en ligar la trompa de Falopio izquierda, pero, tiempo después –más precisamente, en 1996–, a los 44 años de edad, la Sra. *Melchior* quedó embarazada de *Jordan*, quien nació sin problemas de salud.

Al parecer, lo que sucedió fue que la trompa de Falopio derecha no había sido removida tal como había afirmado la Sra. *Melchior* y el facultativo no había corroborado correctamente dicha circunstancia. Por ello, el matrimonio *Melchior* demandó al Dr. *Stephen Alfred Cattanach* y al Estado de *Queensland* por mala praxis en el procedimiento de esterilización realizado. Así, *Kerry Anne*, por su propio derecho, reclamó por los daños causados por el embarazo y nacimiento, mientras que su esposo, *Craig Melchior*, hizo lo propio por la pérdida de consorcio. Ambos, además, accionaron por el costo de criar y mantener a su hijo hasta la mayoría de edad.

El Tribunal de Primera Instancia hizo lugar a la demandada, decisión que fue luego confirmada tanto por la Corte de Apelaciones de *Queensland* como por la Suprema Corte Australiana el 16 de julio de 2003 por una mayoría de cuatro votos contra tres. En consecuencia, *Cattanach v. Melchior* sentó la jurisprudencia en Australia de que no sólo los daños infringidos a la madre y padre como consecuencia del embarazo debían ser indemnizados en una acción de *wrongful pregnancy*, sino también los gastos relativos a la crianza y manutención del hijo cuyo nacimiento no fue deseado³⁰.

No obstante, este pronunciamiento suscitó grandes críticas³¹, por lo que en noviembre de ese mismo año, el parlamento de *Queensland* modificó la *Civil Liability Act 2003*³² y prohibió que los tribunales concedieran indemnizaciones por la crianza y manutención de un

²⁹ Cabe destacar que antes de *Cattanach*, los estados que habían considerado demandas de *wrongful pregnancy* eran *New South Wales* y *Queensland*. En *New South Wales* los daños otorgados eran los relacionados con el embarazo y no los relacionados con la crianza del hijo dado que si los actores habían decidido quedarse con el niño y no darlo en adopción no podían luego reclamar ese costo. En cambio, en *Queensland* la reparación integral era el criterio que regía frente a los daños causados por una negligencia médica de este tipo. STRETTON, Dean, *The birth torts: Damages for wrongful birth and wrongful life*, Deakin Law Review, Vol. 10, N° 1, disponible en: <https://ojs.deakin.edu.au/index.php/dlr/article/view/280/284>

³⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DE AUSTRALIA *in re Cattanach v. Melchior*, 16/7/2003 [Ref. (2003) 215 CLR 1; (2003) 199 ALR 131; (2003) 77 ALJR 1312; (2003) Aust Torts Reports 81-704; [2003] HCA 38] [consultado el 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/02/HC-2003-Cattanach-v.-Melchior.pdf>

³¹ Al respecto ver DIXON, Nicolee, *The Costs of Raising a Child: Cattanach v Melchior and the Justice and Other Legislation Amendment Bill 2003 (Qld)*, Queensland Parliamentary Library, Research Brief N° 2003/24, 2003, disponible en: <https://www.parliament.qld.gov.au/documents/explore/ResearchPublications/ResearchBriefs/2003/200324.pdf>

³² *V. gr.* Section 41 of the Justice and other Legislation Amendment Act 2003

niño que nace sano no obstante la negligencia médica incurrida en un procedimiento de esterilización. Similares medidas fueron establecidas en otros estados australianos³³.

En lo que respecta a la jurisprudencia española, el repertorio de sentencias del Tribunal Supremo y de los tribunales inferiores es extenso y excede el presente trabajo su tratamiento pormenorizado. Igualmente, cabe puntualizar que los fallos son contestes en señalar que el nacimiento de un niño sano no constituye por sí mismo un daño indemnizable y en rechazar la indemnización de los gastos de crianza. En cambio, admiten el resarcimiento de los gastos generados por el embarazo y alumbramiento, el lucro cesante y el daño moral derivado de la frustración y angustia por la inesperada concepción de un hijo³⁴.

Por su parte, en la Argentina, demos destacar que en el año 2003 la ley nacional N° 25.673 creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en el ámbito del Ministerio de Salud, encontrándose previsto en el inciso b) del artículo 6° que a demanda de los beneficiarios y sobre la base de estudios previos, se pueden “prescribir y suministrar los métodos y elementos anticonceptivos que deberán ser de carácter reversible, no abortivos y transitorios, respetando los criterios o convicciones de los destinatarios, salvo contraindicación médica específica y previa información brindada sobre las ventajas y desventajas de los métodos naturales y aquellos aprobados por la ANMAT”.

Asimismo, desde el año 2006, la legislación local prevé que “toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas "ligadura de trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía" en los servicios del sistema de salud” (cfr. art. 1 de la ley nacional N° 26.130)³⁵, exigiéndose como recaudo que el solicitante sea capaz y que preste su consentimiento informado³⁶, sin necesidad de que su cónyuge o conviviente hagan lo propio (cfr. art. 2°)³⁷.

El contexto legal descripto, llevó a que el 25 de noviembre de 2011 la mujer de una pareja heterosexual decidiera realizarse una ligadura y sección de las trompas de Falopio tras el nacimiento de su tercer hijo. No obstante, la mujer volvió a quedar encinta tres meses después de la operación.

Así las cosas, la pareja demandó por mala praxis médica y por incumplimiento del deber de información al médico que realizó la operación, al centro asistencial donde se realizó la intervención y la obra social que los vinculó.

El Juzgado de Primera Instancia que intervino en el caso rechazó la demanda por no encontrar acreditada la culpa médica y por no haber logrado acreditar un menoscabo concreto derivado de la falta de información en la que habría incurrido el galeno accionado.

Traído los autos a conocimiento de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil por los agravios deducidos por los actores, el Tribunal revocó parcialmente el decisorio de grado y condenó a los demandados a abonar una indemnización en concepto de daño moral a la mujer. En cambio, confirmó el rechazo de la pretensión respecto de su pareja.

³³ Section 71 of the New South Wales Civil Liability Act 2002.

³⁴ Al respecto, ver MARTÍN CASALS Miquel y SOLÉ FELIU, Josep *Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos*, Girona, Facultad de Derecho Universitat de Girona, InDret, 2001.

³⁵ Esta norma modificó las disposiciones de la ley 17.132 que prohibía a los médicos realizar intervenciones esterilizantes si no mediaba indicación terapéutica precisa, regla que a su vez se integraba con lo dispuesto en el Código Penal en el sentido de que se pena con reclusión o prisión de tres a diez años si una lesión produce la pérdida o capacidad de engendrar o concebir.

³⁶ El contenido del consentimiento informado se encuentra legislado en el artículo 4° de la citada normativa

³⁷ El único supuesto en el que se requerirá autorización judicial será cuando se trate de una persona declarada judicialmente incapaz, la que deberá ser solicitada por su representante legal (cfr. art. 3°).

Para así resolver, la Cámara desacreditó el agravio de los actores en cuanto a que el médico demandado no habría realizado la ligadura tubaria dado que en el caso no se acreditó el dolo del profesional sanitario. En efecto, explicó el Tribunal que siendo que la intervención se había consignado en la historia clínica “de haberse asentado falsamente que se realizó esta práctica, la conducta del deudor no sería culposa sino claramente dolosa. De allí que el dolo –entendido como inexecución deliberada de la obligación, aun cuando no se hubiera tenido el propósito de causar un daño– en tanto constituye una conducta agravada del deudor debe ser probado de manera categórica por quien lo alega³⁸”, circunstancia que no acaeció en el expediente.

Igual suerte siguió el agravio referido a la mala praxis médica en la cirugía, pues “no basta con que la actora pruebe que el resultado obtenido no ha sido satisfactorio, sino que debe precisar cuáles son los actos concretos que reprocha a los médicos y que el desenlace tuvo lugar por la deficiente prestación profesional³⁹”, no habiéndose producido ninguna prueba que avale tal tesis.

En cambio, el agravio referido a la negligente información brindada acerca de la posibilidad del fracaso de la técnica esterilizante sí fue atendido por cuanto en autos no se demostró que el consentimiento prestado por la mujer demandante para la operación reunía las exigencias previstas para el caso. Por consiguiente, “el incumplimiento de la obligación de informar, en tanto y en cuanto está prescripta legalmente, forma parte de la *lex artis ad hoc* y trae aparejada responsabilidad aun cuando la prestación médica en sí misma se desarrolle correctamente⁴⁰”.

Así las cosas, la Cámara entendió que el daño en este caso no estaba representado por el nacimiento no previsto de un hijo, pues “la vida de una persona, no puede ser considerado un daño injusto” ya que “sería un contrasentido que el ordenamiento legal tutele especialmente la vida y la erija al propio tiempo en fuente de menoscabo⁴¹”. Sí lo estaba, en cambio, configurado por “la violación de su derecho a la autonomía personal y a la libertad de autodeterminación, causados por la falta de suficiente información⁴²”. Y agregó, “sólo en esa medida queda comprometida la responsabilidad profesional, ya sea que se considere que tuvo incidencia sobre el consentimiento prestado o bien que impidió a la actora adoptar los recaudos indispensables para planificar su descendencia⁴³”.

De lo expuesto, se sigue que el resarcimiento no debe recaer en la esfera patrimonial. De hecho, el Tribunal sostiene que “si como consecuencia de la deficiente información proporcionada a la progenitora nació un hijo no deseado para ella, en nuestro ordenamiento jurídico no es posible imponer al médico que se haga cargo de su manutención por distintas razones. Primero, porque no existe suficiente relación causal –directa e inmediata– entre la práctica médica que se hizo conforme la *lex artis* y el nacimiento. En segundo lugar, la obligación alimentaria de los padres para con los hijos no es delegable, de modo que nos es admisible por esta vía adjudicar al médico deberes que son inherentes a aquellos⁴⁴”.

La única indemnización posible según el Tribunal, entonces, es la extrapatrimonial, dado que la “omisión en el cumplimiento del deber de información, tuvo influencia en la

³⁸ CNCiv., Sala G, *in re* “V., P. V. J. y otro c. I. M. d O. S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, op. cit.

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹ *Ibidem*

⁴² *Ibidem*

⁴³ *Ibidem*

⁴⁴ *Ibidem*

autodeterminación de la paciente⁴⁵” no siendo la causa eficiente del embarazo ni del nacimiento del cuarto hijo de la pareja.

No obstante, la Cámara entendió que tal indemnización sólo podía ser atribuida a la mujer accionante, ya que su pareja era un tercero ajeno a la relación médico-paciente entablada con el galeno demandado, pues “la injuria fue causada a un bien de la personalidad que es inherente a la persona afectada⁴⁶”.

El fallo comentado resuelto el 19 de diciembre de 2017 en los autos “V., P. V. J. y otro c. I. M. d O. S.A. y otros s/ daños y perjuicios” es el único en nuestro país del que tengamos conocimiento en el cual un Tribunal tuvo que resolver acerca de la responsabilidad que tiene un profesional sanitario ante la falta de información en las posibilidades de reversión de un procedimiento esterilizante realizado a un paciente. Si bien de la lectura de la sentencia de la Cámara no surge que el caso articulado lo fuera en los términos propios de una acción de *wrongful pregnancy* –puesto que en ningún momento se alude a que los actores hayan identificado el daño reclamado con el nacimiento no deseado de su cuarto hijo– lo cierto es que los lineamientos que brinda éste pronunciamiento, pueden servir de base para resolver futuras demandas de *wrongful pregnancy* en Argentina.

1.1.2.- *Disadvantaged o dissatisfied life actions*

Esta segunda categoría de acciones relacionadas con el inicio de la vida tiene por objeto principal que los padres indemnicen a sus hijos por la vida desventajosa o insatisfactoria que tuvieron que vivir. En este sentido, el caso norteamericano *Zepeda v. Zepeda* de 1963 se erige como su hito⁴⁷.

En el *sub lite*, un hijo extramatrimonial (*Joseph Zepeda*), accionó contra su padre (*Louise Zepeda*) por los daños que le había ocasionado el hecho de nacer de una relación adulterina como era la que llevaba este señor y la madre de la criatura en virtud de la promesa de casamiento que el primero le había realizado a pesar de que ya se encontraba unido en matrimonio con otra mujer. En dicha oportunidad, y si bien la Corte de Apelaciones de Illinois describió la conducta del demandado como deliberada e inclusive hasta tal vez criminal⁴⁸, denegó la indemnización pretendida por considerar que ello implicaría la creación de un nuevo tipo de daño y por el temor de que una catarsis de litigios de este tipo podrían presentarse si se fallaba a favor del menor.

Lo resuelto en *Zepeda v. Zepeda*, fue luego sostenido en un pronunciamiento posterior dictado tres años más tarde por la Corte de Apelaciones de Nueva York en los autos *William v. State of New York*⁴⁹, en los cuales una mujer que había sido ultrajada mientras estaba internada en una institución psiquiátrica, demandó a dicho nosocomio por haber dado a luz

⁴⁵ *Ibidem*

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ CORTE DE APELACIONES DE ILLINOIS, Primer Distrito, Tercera División, *in re Zepeda v. Zepeda*, op. cit.

⁴⁸ Concretamente, los magistrados afirmaron que el padre del menor realizó un acto legalmente incorrecto y tortuoso contra el menor. Ver STRASSER, Mark, *Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Death, and the Right to Refuse Treatment: Can Reasonable Jurisdictions Recognize All But One*, Missouri Law Review Vol. 64, 1° ed., art. 7, 1999, disponible en <http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3400&context=mlr>

⁴⁹ CORTE DE APELACIONES DEL ESTADO DE NUEVA YORK *in re William v. State of New York*, 29/12/1966 (Ref. 18 N.Y.2d 481 (1966)) [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://www.leagle.com/decision/196649918ny2d4811441>

a un hijo fruto de esa violación. El Tribunal neoyorquino también desestimó la demanda sobre la base de que nacer en ciertas circunstancias o con ciertos padres no configura un daño indemnizable.

Igualmente, en *Slawek v. Stroh*⁵⁰ la Suprema Corte de Wisconsin en 1974 rechazó la pretensión interpuesta por el representante *ad litem* de un menor de edad por los daños morales que le provocó la humillación pública de haber nacido fruto de una relación adulterina entre su madre y un hombre casado, quien la había seducido con la promesa fraudulenta de contraer matrimonio. Recordando el precedente de *Zepeda v. Zepeda*, el Tribunal concluyó que “la creación y reconocimiento de un curso de acción por *wrongful birth* puede tener ramificaciones sociales vastas y la creación de tal curso de acción es un tipo de decisión de política pública que debe ser hecha por la gente de este estado o sus representantes legislativos electos⁵¹” (la traducción me pertenece).

No obstante haber sido rechazadas de forma mayoritaria estas demandas, las acciones entabladas por los hijos en contra de sus padres por la “vida insatisfactoria” o “vida privada de ventajas” (“*dissatisfied*” o “*disadvantaged life*”) que debieron vivir, tuvieron la virtualidad de ser una de las primeras en plantear que el nacimiento o la vida de una persona en entornos familiares o sociales perniciosos, puede ser considerado como una fuente de daño. Nótese que, tal como se dijo al iniciar este trabajo, en estas acciones “el actor nace sano y sin problemas de salud destacables, por lo que su pretensión indemnizatoria se fundamenta en el hecho de haber nacido en un entorno poco apropiado, bien por condiciones raciales, bien económicas o políticas⁵²”. En otras palabras, el niño no sufre en sentido estricto de enfermedades o malformaciones, pero “la lacra social o la situación indeseable es equiparada a ellas por el demandante, que reclama por la privación de una infancia normal en una familia normal⁵³”.

Por lo demás, no tenemos conocimiento de que estas acciones se hayan articulado ante los tribunales nacionales.

1.1.3.- Las acciones por procreación irresponsable

Situando nuestra atención en el Grupo “B” de la clasificación que realizamos sobre las acciones relacionadas con el inicio de la vida, nos encontramos con las acciones por procreación irresponsable.

Para poder comprender su configuración, resulta pertinente recordar que en las últimas décadas existió una creciente tendencia jurisprudencial y doctrinaria a considerar a la procreación como una prerrogativa subjetiva, es decir, como una potestad o un querer de la voluntad humana. Así, desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas celebró en 1968 en Teherán la primer Conferencia Internacional de Derechos Humanos⁵⁴, los Estados

⁵⁰ SUPREMA CORTE DE WISCONSIN *in re Slawek v. Stroh* 25/2/1974 (Ref. 62 Wis. 2d 295 (1974)) [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/1974/313-14.html>

⁵¹ “(...) we believe, as the Illinois court did, that the creation and recognition of a cause of action for *wrongful birth* would have vast social ramifications and the creation of such a cause of action is the type of public policy decision that should be made by the people of this state or their elected legislative representatives”. *Ibidem*

⁵² VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu, *El concepto de wrongful birth* op. cit. Nótese que si bien el Tribunal habla de *wrongful birth*, lo cierto es que la acción promovida fue por la vida desventajosa que esta persona tuvo que vivir.

⁵³ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad por los diagnósticos* (...) op. cit. p. 41.

⁵⁴ “Los representantes de los 120 Estados que participaron en la primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos, reunidos en Teherán del 22 de abril al 13 de mayo de 1968 por invitación de la Asamblea General

partes de este organismo internacional han reconocido por unanimidad como derecho humano fundamental de los padres el “determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos⁵⁵” y, más recientemente, el derecho de “disponer de la información y los medios necesarios para poder hacerlo, así como el derecho a disfrutar del más alto nivel de salud sexual y reproductiva⁵⁶”.

En similar sentido, los tribunales internacionales han dicho, entre otras cosas, que la maternidad “forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres⁵⁷”; “que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye (...), la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico⁵⁸”; que el derecho a procrear se relaciona con el “el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho⁵⁹”; que el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, “se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones⁶⁰”; y que la salud genésica significa “que toda mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informado y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables a su elección así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de salud⁶¹”, siendo el Estado el garante de regular y fiscalizar tales prestaciones.

En otras palabras, en la actualidad, un amplio sector del pensamiento jurídico sostiene que existe un derecho subjetivo a ser padre o madre; derecho que no sólo exigiría el reconocimiento de la decisión de serlo sino también la de no serlo, teniendo como correlato

de las Naciones Unidas (resolución 2081 (XX) de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1965), aprobaron por consenso, al final de la Conferencia, la Proclamación de Teherán. Esta fue añadida como anexo al acta final de la Conferencia (A/CONF./32/41) y la Asamblea General de las Naciones Unidas la aprobó el mismo año (resolución 2442 (XXIII) de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1968). En la Proclamación de Teherán se evalúan los progresos realizados desde la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948 y se establece un programa para el futuro”. Cfr. MOMTAZ Djamchid, *La Proclamación de Teherán*, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009, p. 1, disponible en: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/fatchr_s.pdf

⁵⁵ Cfr. Declaración Solemne N° 16

⁵⁶ Ver punto 3 de la Resolución del 2 de julio de 199 aprobada por la Asamblea General de la ONU relativa al Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo o, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994 y párrafo 96 del Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995

⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *in re* Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, 24/2/2011 (CIDJ, 24 de febrero de 2011). [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

⁵⁸ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *in re* Artavia Murillo (...) op. cit., párr. 143. En sentido similar, en *Evans v. The U.K* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos extendió la protección que otorga el derecho a la vida privada a las decisiones de tener un hijo como de no tenerlo. Asimismo, en *Dickson v. The U.K* consideró que las posibilidades de acceso a la inseminación artificial comprendían la vida privada y familiar de los individuos e incorporaban el derecho al respeto por su decisión de ser padres genéticos y en *S.H y otro v. Austria* confirmó que el derecho de la pareja a hacer uso de la TRHA para tener un hijo es una expresión que constituye una clara expresión de la vida privada y familiar. Cfr. FARNÓS AMÓROS Esther, *Consentimiento en la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, cit. Ed. Atelier, 2011, p. 62.

⁵⁹ Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *in re* Artavia Murillo (...) op. cit., párr., párr. 146.

⁶⁰ *Ibidem*, párr. 150.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 148.

el Estado dos obligaciones: una negativa, consistente en abstenerse de cualquier injerencia en esa decisión; y otra positiva, en el sentido de proporcionar todos los medios para asegurarla.

Así las cosas, pareciera ser que este derecho a la procreación de los padres es ilimitado. Mas, sabido es que ningún derecho tiene esa característica. Es más, los avances experimentados en la ingeniería genética y en las ciencias biomédicas, han llevado a que el ser humano se enfrente con “la trascendente decisión de procrear cuando existen riesgos de transmitir enfermedades a su prole, e incluso, producida ya la concepción, optar por la eventual intervención del embrión a fin de prevenir o evitar el desarrollo de la enfermedad⁶²” e inclusive, en aquellos países en los que el aborto se encuentra permitido, elegir entre continuar o interrumpir el embarazo cuando el feto presente anomalías genéticas.

En definitiva, una vez aceptado el derecho a la procreación, el interrogante que surgió en la doctrina y jurisprudencia consistió en saber si el mismo presentaba algún límite, especialmente teniendo presente que su ejercicio podía irrogar perjuicios para terceras personas. Concretamente, los autores y magistrados comenzaron a preguntarse si existe “la obligación de evitar tener hijos con graves trastornos genéticos, y si es así, cuándo se deben evitar^{63,64}”.

Las acciones por procreación irresponsables surgen de una respuesta afirmativa a tales interrogantes. Como consecuencia de las mismas, los padres deben indemnizar al hijo por la enfermedad que le transmitieron⁶⁵ o lesión que le provocaron, siempre y cuando hubieran tenido conocimiento de ella antes de su nacimiento y no hubieran realizado ninguna acción para impedir dicho alumbramiento o prevenir la enfermedad o lesión con la que nace.

Por lo tanto, este tipo de demandas puede presentarse bajo los siguientes escenarios:

⁶² MEDINA, Graciela y HOOFT, Irene, *Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural. La jurisprudencia italiana, norteamericana y canadiense* en MEDINA, Graciela, *Daños en el Derecho de Familia*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2002, p. 298.

⁶³ SAMBRIZZI, Eduardo A., *Reclamo de los padres de indemnización por la transmisión genética de enfermedades*, Buenos Aires, La Ley, cit. online: AR/DOC/3627/2006. Por supuesto, subyace la cuestión de los alcances del derecho mismo a procrear y si hay una licitud del recurso a la intermediación técnica en la procreación. Al respecto ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “¿Cuáles derechos están implicados en las técnicas de fecundación artificial?”, en *Bioética y Nuevos Derechos*, José Antonio Santos, Marta Albert y Cristina Hermida (Eds.), Granada, Editorial Comares, 2016, p. 265-279.

⁶⁴ Sobre el particular, Medina y Hooft señalan que “A la luz de los avances operados en el área de la genética humana y ciencias biomédicas, el ejercicio de la capacidad generativa ha dado lugar al planteo de la que se ha dado en llamar “responsabilidad eugenésica”, entendiéndose por tal la que cabría imputar a los padres, o a la sociedad misma, para asegurar a la descendencia una buena salud genética. Su replanteo, en los últimos tiempos, se hace presente tanto en su manifestación negativa –tendiente a evitar la reproducción de personas que presenten riesgos comprobados de transmitir taras genéticas graves a su descendencia– como en su faz positiva la cual centra su atención en el fomento de la paternidad “valiosa” o *worthy paternity*”. MEDINA, Graciela y HOOFT, Irene, *Responsabilidad de los padres por daños (...)*, op. cit., p. 302.

⁶⁵ Cabe destacar que muchos autores ciñen las acciones por procreación irresponsable exclusivamente a aquellos supuestos de transmisión de enfermedades. Tal es el caso de la autora española Emaldi Cirió quien entiende que la responsabilidad civil en estas acciones sólo se presentará en dos supuestos “a) cuando la enfermedad o tara genética que portaban los progenitores era conocida por éstos y ha sido heredada por el descendiente; b) cuando la infección que ha dado origen a la anomalía ha sido transmitida negligentemente a la madre cuando estaba embarazada”. Y añade que “en ambos supuestos la dolencia ha de revestir cierta gravedad para dar lugar a la indemnización, puesto que una anomalía que no altere el normal desarrollo del feto, lógicamente, no originaría el deber de resarcimiento”. EMALDI CIRIÓN, Aitziber, *El consejo genético y sus implicancias jurídicas*, Bilbao- Granada, Cátedra de Derechos Humanos y Genoma - Editorial Comares S.L., 2001, p. 259-260.

a.- Causación directa del daño: ambos padres o uno de ellos causa la lesión en la salud del niño de forma inmediata, de modo tal que el niño nace con un daño en su salud debido a esa acción de sus o su progenitor. Dentro de este supuesto, la autora española Macía Morcillo engloba los casos en los que la enfermedad o defecto se debe: 1) a una agresión sobre la madre embarazada realizada por el padre de la criatura; 2) al comportamiento negligente de la propia madre embarazada (*v. gr.* fumar, consumir estupefacientes, ingerir determinado medicamento⁶⁶); 3) a la falta de consentimiento prestada por la madre para realizar la intervención que permite curar dicha enfermedad o defecto antes del nacimiento; 4) a la concepción del niño no obstante saber los padres que presentaban una enfermedad genéticamente transmisible a su descendencia⁶⁷.

b.- Causación indirecta del daño: si bien la malformación o la enfermedad del niño no es causada por la actuación de sus padres, sino por causas naturales o por la actuación de un tercero, una vez constatada su presencia, los padres deciden igualmente continuar con el embarazo.

El fallo que abrió camino para que estas acciones tuvieran virtualidad fue dictado el 31 de julio de 1950 por un Tribunal italiano en la ciudad de Piacenza. En dicha oportunidad, los juzgadores hicieron lugar a la demanda entablada por una hija contra su padre por haberle contagiado sífilis a su madre durante el embarazo, lo que llevó a que ella naciera con tal patología. Para así decidir, el citado Tribunal tuvo presente que el artículo 554 del Código Penal italiano castigaba la transmisión de la sífilis como delito penal y que el artículo 2043 del Código Civil preveía tal conducta como un delito o cuasi delito.

En Estados Unidos, en cambio, la cuestión fue inicialmente abordada a la luz de tres fallos, a saber: *Hewlett v. George* (1891); *McKelvey v. McKelvey* (1903); y *Roller v. Roller* (1903)⁶⁸. Concretamente, en *Hewlett*, en el contexto de una demanda entablada por una hija contra su madre por su internación maliciosa en una institución psiquiátrica, la Corte de Mississippi entendió que la armonía familiar y social se vería interrumpida si se admitían este tipo de demandas. Por ende, se pensó que para proteger o mantener esa tranquilidad familiar era mejor denegar cualquier reclamo judicial por los daños infligidos a los hijos por los padres. En *McKelvey*, frente a la acción entablada por un hijo contra su padre y madrastra por tratos crueles e inhumanos, la Suprema Corte de Tennessee dijo que es un derecho de los padres controlar y castigar a los hijos y que existe inmunidad no sólo parental sino también conyugal. Finalmente, en *Roller*, se desconoció el derecho del hijo a demandar a su padre, quien lo había raptado.

Así las cosas, la llamada doctrina de inmunidad parental y conyugal se consagró como regla en los Estados Unidos en un intento de proteger al núcleo familiar. No obstante, la

⁶⁶ Ejemplo de ello lo constituye el fallo *Grodin v. Grodin* en el que *Dennis Grodin*, por su propio derecho y en representación de su hijo *Randy*, demandó a la madre del menor, *Roberta Grodin* y al médico Dr. *Daniel Cohen*, la primera por haber consumido un medicamento durante el embarazo que le ocasionó a *Randy* que naciera con dientes marrones y el segundo, por no haber detectado el estado de gravidez de Roberta. CORTE DE APELACIONES DE MICHIGAN *in re Grodin v. Grodin*, 15/12/1980, [Ref. 102 Mich. App. 396, 301 N.W.2d 869 (1981)] [consultado el 17 de junio de 2017]. Disponible en: http://www.leagle.com/decision/1980498102MichApp396_1453/GRODIN%20v.%20GRODIN

⁶⁷ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad por los diagnósticos* (...) op. cit. p.37-39

⁶⁸ Los precedentes jurisprudenciales son mencionados en el siguiente artículo de doctrina: DEPAUL COLLEGE OF LAW, *Torts - Right of Unemancipated Child to Sue his Parent for Personal Tort*, DePaul Law Review, Artículo19, Vol. 2, Ed. 1 Otoño-Invierno 1952 [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.ar/&httpsredir=1&article=3844&context=law-review>

jurisprudencia posterior⁶⁹ reconoció excepciones cuando el daño es causado con dolo o negligencia grave⁷⁰; cuando dicha relación filial o conyugal no existe más; o cuando el hijo sufre daños bajo el cuidado de su padre que no actúa en el rol de tal⁷¹. Inclusive, más recientemente, se ha reconocido legitimación para que el hijo demande a su padre por los daños sufridos en un siniestro vial por la conducción negligente del vehículo de este último⁷².

⁶⁹ Una excepción a lo expuesto puede advertirse en el pronunciamiento realizado en 1980 por la Corte Suprema de Apelaciones de California en los autos *Curlender v. Bio-Science Laboratories*. En dicha oportunidad, el Tribunal *obiter dictum* entendió que si los padres decidían de manera consiente e informada traer al mundo un niño seriamente discapacitado, nada los debía proteger de que respondan por el dolor, sufrimiento y miseria que le causaron a su hijo. Igualmente, este fallo motivó la sanción de la sección 43.6 del Código Civil Californiano en la que se dispone lo siguiente: “(a) *No cause of action arises against a parent of a child based upon the claim that the child should not have been conceived or, if conceived, should not have been allowed to have been born alive.* (b) *The failure or refusal of a parent to prevent the live birth of his or her child shall not be a defense in any action against a third party, nor shall the failure or refusal be considered in awarding damages in any such action.* (c) *As used in this section “conceived” means the fertilization of a human ovum by a human sperm*”. [(a) El hijo no tiene acción contra sus padres basada en el reclamo de que el hijo no debió ser concebido o, si fue concebido, que no debió nacer con vida. (b) El fracaso o la negativa de los padres a prevenir el nacimiento con vida de su hijo o hija no debe ser una defensa en ninguna acción contra un tercero, ni tampoco debe ser considerado tal fracaso o negativa para conceder daños en esas acciones. (c) La palabra “concebido” tal como es usada en esta sección significa la fertilización del óvulo humano por un espermatozoide humano” (la traducción me pertenece)]. CORTE SUPREMA DE APELACIONES DE CALIFORNIA *in re* *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, 11/6/1980, [Ref. Civ. No. 58192. Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division One. June 11, 1980.] [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/106/811.html>

⁷⁰ Así, en *Cogwill v. Bloock* la Corte de Oregon concedió indemnización a un hijo sobre la base de que la conducta incorrecta de un padre de conducir un automóvil en estado de ebriedad no se corresponde con las de la responsabilidad parental. Ver también, *Wright v. Wright*; *Siembab v. Siembab*; *Meyer v. Ritterbush*; *Mahnke v. Moore*, *Cannon v. Cannon*; *Levesque v. Levesque*; *Matarese v. Matarese*; *Brumfield v. Brumfield*; *Securo v. Securo*; *Emery v. Emery*. CORTE DE APELACIONES DE GEORGIA *in re* *Wright v. Wright*, 1952, [Ref. 85 Ga. App. 721 (Ga. Ct. App. 1952)] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <https://casetext.com/case/wright-v-wright-140>; SUPREMA CORTE DEL CONDADO DE ONEIDA *in re* *Siembab v. Siembab*, 1952, [Ref. 202 Misc. 1053 (N.Y. Misc. 1952)] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <https://casetext.com/case/siembab-v-siembab#p1056>; SUPREMA CORTE DEL CONDADO DE NASSAU *in re* *Meyer v. Ritterbush*, 1949 [Ref. 196 Misc. 551, 553 (N.Y. Misc. 1949)] [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <https://casetext.com/case/meyer-v-ritterbush-1>; CORTE DE APELACIONES DE MARYLAND *in re* *Mahnke v. Moore*, 1951, [Ref. 197 Md. 61 (Md. 1951)] [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <https://casetext.com/case/mahnke-v-moore>; CORTE DE APELACIONES DE NUEVA YORK *in re* *Cannon v. Cannon* 5/3/1942 [Ref. 40 N.E.2d 236, 287 N.Y. 425] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/3625134/cannon-v-cannon/>; SUPREMA CORTE DE NEW HAMPSHIRE *in re* *Levesque v. Levesque* 1/7/1954 [Ref. 99 N.H. 147 (1954)] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <http://law.justia.com/cases/new-hampshire/supreme-court/1954/4309-0.html>; SUPREMA CORTE DE RODHE ISLAND *in re* *Matarese v. Matarese* 1925 [Ref. 47 R.I. 131 (R.I. 1925)] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <https://casetext.com/case/matarese-v-matarese>; SUPREMA CORTE DE VIRGINIA *in re* *Brumfield v. Brumfield*, 1953 [Ref. 194 Va. 577 (Va. 1953)] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <https://casetext.com/case/eloise-brumfield-v-roy-b-brumfield>; SUPREMA CORTE DEL OESTE DE VIRGINIA *in re* *Securo v. Securo*, 1931 [Ref. 110 W. Va. 1 (W. Va. 1931)] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <https://casetext.com/case/securo-v-securo>; SUPREMA CORTE DE CALIFORNIA *in re* *Emery v. Emery*, 28/19/1955 [Ref. S. F. No. 19339. In Bank. Oct. 28, 1955.], [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://scocal.stanford.edu/opinion/emery-v-emery-29697>

⁷¹ Por ejemplo, cuando es el empleador de su hijo.

⁷² Esto sucedió en *France v. A. P. A. Transport Corp*, fallo en el cual se dejó de lado la jurisprudencia de *Stallman v. Youngquist*. Sobre el tema recomiendo el siguiente artículo: J. W. P. III, *Parental Immunity-Automobile Negligence*, University of Richmond Law Review, Vol. 5, 2º ed., art. 15, 1971, Disponible en <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol5/iss2/15>

En Reino Unido la situación es similar, encontrándose legislado en la *Congenital Disabilities (Civil Liabilities) Act* de 1976, la inmunidad de la madre frente a los reclamos de responsabilidad civil del hijo por los daños prenatales que le causó⁷³, salvo cuando los mismos fueran inferidos por la conducción negligente de un vehículo si sabe o debía saber que estaba embarazada⁷⁴.

En nuestro país, no existe jurisprudencia de la que tengamos conocimiento respecto de este tema particular. Igualmente, la doctrina ha abordado la cuestión, encontrándose la opinión de los autores dividida.

Así, el derecho a la reparabilidad del daño fue sostenido por mayoría tanto en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones celebradas en la provincia de Santa Fe en el año 1990 en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa, como en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Buenos Aires en el año 1991. En cambio, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca del 1º al 3 de octubre de 2015, esta fue la opinión minoritaria⁷⁵.

Otros autores nacionales, en cambio, consideran que el acto procreador de los padres nunca puede configurar un acto ilícito, aunque el fundamento de los respectivos pensamientos no es unánime. En este sentido, Zanonni señala que si fuera ilícita la procreación de aquellas personas que puedan transmitir enfermedades infecciosas o hereditarias, el Estado debería prohibirlo, justificándose de este modo la esterilización compulsiva de dichos individuos, lo cual resulta inimaginable. Además, observa que dicha

⁷³ 1.1 *If a child is born disabled as the result of such an occurrence before its birth as is mentioned in subsection (2) below, and a person (other than the child's own mother) is under this section answerable to the child in respect of the occurrence, the child's disabilities are to be regarded as damage resulting from the wrongful act of that person and actionable accordingly at the suit of the child.* [“1.1. Si un chico nace con una discapacidad que resulta de un hecho ocurrido antes de su nacimiento como está mencionado en la sub sección (2) de abajo, y la persona (distinta de la madre del chico) es bajo esta sección responsable para con el chico con relación a su ocurrencia, la discapacidad del chico se reputa como un daño resultante de un acto erróneo de esa persona y es accionable de conformidad en nombre del menor” (la traducción me pertenece)]

⁷⁴ 2. *Liability of woman driving when pregnant. A woman driving a motor vehicle when she knows (or ought reasonably to know) herself to be pregnant is to be regarded as being under the same duty to take care for the safety of her unborn child as the law imposes on her with respect to the safety of other people; and if in consequence of her breach of that duty her child is born with disabilities which would not otherwise have been present, those disabilities are to be regarded as damage resulting from her wrongful act and actionable accordingly at the suit of the child.* [“Responsabilidad de una mujer que maneja cuando está embarazada. Una mujer que maneja un vehículo a motor cuando sabe (o razonablemente debe saber) que está embarazada se considera que está ante el mismo deber de cuidado por la seguridad de su hijo no nacido como el que la ley le impone respecto de otras personas; y si en incumplimiento de tal deber el hijo nace con una incapacidad que no hubiera tenido de otra manera, esa incapacidad se reputa como un daño resultante de su acto erróneo y es accionable en consecuencia en nombre del hijo” (la traducción es propia)]

⁷⁵ En este sentido, los Dres. Bertero, Jalil, Hayes y Sáenz sostuvieron que “Los padres son responsables por la transmisión de enfermedades genéticas o infecciosas derivadas de la procreación natural. Deben ser enfermedades graves que afectan una vida digna. El factor de atribución es subjetivo; los padres responden en la medida en que, obrando diligentemente durante la concepción o el embarazo, podrían haber evitado la transmisión”. En contra de tal tesis, se pronunciaron los Dres. Lloveras, Loyarte, Chechille, Schiro, Vega, González, Gagliardi, Marcellino, Mazhinghi, De La Torre, Duprat, Notrica, Curti, Molina, Herrera, Peracca, Martínez, Maggio, Abreut, Williams, Fredes, Zabalza, Iglesias, Arriana, Pellegrini y Caramelo. Conf. conclusiones de comisión 3: "Daños en las Relaciones de Familia"

prohibición constituiría un inadmisibles avance sobre la intimidad o privacidad de los padres⁷⁶.

Por su parte, Tobías, distingue los casos en que la demanda por transmisión de enfermedades o taras tiene su origen en el accionar de un tercero, de aquellos en la que los padres son su causa fuente. En el primer caso, sostiene el autor citado que al no identificarse la acción con la que da origen a la vida, el daño se configuraría y, por ende, nacería el deber de indemnizar siempre y cuando exista relación de causalidad adecuada entre la acción y el daño, por más que el por nacer no exista al momento de producirse la primera⁷⁷.

En cambio, cuando son los padres quienes transmiten la enfermedad, Tobías entiende que no existe un daño resarcible ni antijuridicidad toda vez no hay un interés jurídico a la no transmisión de la enfermedad. Específicamente, dicho autor señala que “La no transmisión de la enfermedad, (...) hubiera requerido indispensablemente la necesaria abstención de los padres en relación al acto generador de la concepción. Pero ello supone que a la par de la inexistencia de la enfermedad, tampoco exista la vida: la alternativa al “ser enfermo” es, exclusivamente, la de “no haber sido”. El presunto interés jurídico a la no transmisión de la enfermedad se identificaría, por consiguiente, con el interés o derecho a no ser concebido, pues sólo de esa manera se hubiera evitado la enfermedad⁷⁸”; interés o derecho que (según el mencionado autor) no encuentra tutela en nuestro ordenamiento positivo⁷⁹.

Makianich de Basset, a su vez, señala que el daño genético puede ser (1) no hereditario, cuando “las taras son producidas por la mutación de novo de un gen o cromosoma, desvinculada de todo factor hereditario⁸⁰”; o (2) hereditario, es decir, proveniente “del patrimonio genético de los progenitores, vehiculizadas a través de la transmisión de la herencia⁸¹”, pudiendo añadirse en la primera especie “los daños congénitos o prenatales, que son aquellos que se producen entre la fecundación y el alumbramiento”. Respecto de los daños genéticos no hereditarios y los congénitos o prenatales, entiende que el problema central estriba en torno a la admisión o no de la doctrina de la inmunidad parental puesto que si la misma no se admite, la responsabilidad extracontractual de atribución subjetiva nacerá de comprobarse sus extremos en el caso concreto.

⁷⁶ ZANNONI, Eduardo A., *Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)*, en Libro en Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, AA.VV., Buenos Aires, 1989, p. 628.

⁷⁷ “Muy distinta, a nuestro juicio, se presenta la situación cuando la acción proviene de un tercero, como cuando en un establecimiento asistencial se practica una transfusión de sangre que da origen a una enfermedad que, a su vez, es ignoradamente transmitida al concebido: el acto cuya licitud o ilicitud debe establecerse es, aquí, anterior al que da origen a la vida, no identificándose con ella. Aunque para que el concebido adquiriera la enfermedad es necesario el nuevo acto que da origen a la vida, la conexión de este hecho con el anterior y la objetiva previsibilidad de las consecuencias, determinan que exista una relación de causalidad adecuada entre el acto culposo inicial y las consecuencias (art. 904 del Cód. Civil)” TOBIÁS, José W., *Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de hijos contra padres por la transmisión de enfermedades*, Buenos Aires, La Ley, cit. online: AR/DOC/15575/2001.

⁷⁸ *Ibidem*

⁷⁹ Emaldi Cirión desarrolla este argumento con las siguientes palabras: “(...) en el momento de cometerse el ilícito falta el bien que posteriormente se estima dañado, no existe un objeto o sujeto que sufra una agresión injusta y, por tanto, si no se ha sufrido pérdida alguna tampoco existirá ninguna obligación de resarcimiento. En definitiva, si no existe un daño inferido a un bien jurídico tampoco se puede hablar de que exista una acción antijurídica”. EMALDI CIRIÓN, Aitziber, *El consejo genético (...)*, op. cit., p. 263.

⁸⁰ MAKIANICH DE BASSET, Lidia Noemí, *Daño genético. Luces y sombras de la inmunidad parental*, en La responsabilidad (Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

⁸¹ *Ibidem*.

Por el contrario, sujeta la procedencia del resarcimiento de los daños genéticos hereditarios al progreso científico en los siguientes términos: “En mi criterio, las taras hereditarias quedan al margen de la responsabilidad civil de los progenitores en tanto la ciencia no ponga a disposición de ellos la posibilidad de eludir la transmisión hereditaria de las malformaciones o disfunciones, sin necesidad de abstenerse de procrear o abortar, a los fines de evitarla, en cuyo caso sólo procederá la obligación de reparar si se configura culpa o dolo⁸²”. Y advierte que “El criterio contrario podría inducir a responsabilidad a los padres también por la transmisión de caracteres, que sin ser patológicos, sean de una fealdad extremo, o repugnante, o bien de determinado color o de rasgos raciales que en una comunidad determinada sometan al hijo a condiciones de notoria desventaja social, lo hagan objeto de persecuciones, maltratos o desaventuras previsibles⁸³”.

En términos similares, Villaverde distingue dos categorías dentro de los defectos congénitos: las enfermedades genéticas y las malformaciones congénitas. Conforme explica esta autora, las primeras, derivan de una mutación en el gen (causa endógena) y, por lo tanto, no generan responsabilidad civil de los padres por su transmisión dado que en el estado actual de la medicina no pueden prevenirse, siendo además, muchas veces desconocidas por los mismos⁸⁴. En cambio, afirma que sí puede existir responsabilidad civil de los padres en las segundas al ser “el resultado de factores causales químicos, ambientales (exógenos) que operan previo al nacimiento y que conllevan la generación de enfermedades infecciosas⁸⁵”. Concretamente, sostiene que en las malformaciones congénitas, “la responsabilidad de los padres (principales obligados en proteger la vida e integridad física y psíquica de sus hijos) se encuentra en el accionar negligente o doloso de los mismos, quienes en la mayoría de los casos pueden evitar la producción de los daños, ya sea no consumiendo agentes químicos perjudiciales para el neonato, o bien absteniéndose de procrear (que, obviamente, no es lo mismo que abstenerse de mantener relaciones íntimas) durante el período en que la transmisión de la enfermedad resulta factible⁸⁶”.

Por su parte, Sambrizzi reflexiona que “aceptar la procedencia de una reparación en el supuesto considerado constituiría un caso de eugenesia negativa, con lo que ello supone de ataque a la libertad humana y a la libertad individual, además de la solidaridad y a la dignidad de la persona. Admitir la posibilidad de poder reclamar una indemnización en supuestos como el contemplado, implicaría establecer, de hecho, una limitación al derecho de procrear, pudiendo llegarse inclusive a obligar a los futuros cónyuges antes de contraer matrimonio a la realización de un estudio previo para determinar quiénes son aptos para transmitir la vida, y quiénes no, lo que vulneraría groseramente la intimidad y la libertad de las personas. Aun cuando los esposos detectaran la posibilidad de transmisión genética a los hijos de una enfermedad, no se les podría prohibir tener relaciones sexuales aptas para la procreación, debiendo de todas maneras destacarse que difícilmente se pueda asegurar con total certeza que esas relaciones tengan como resultado el nacimiento de un hijo enfermo, ya que el hecho de que una persona posea un gen que la predispone a contraer una enfermedad, no quiere decir que indefectiblemente vaya a contraerla⁸⁷”.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ VILLAVERDE, Gabriela M, *Daños congénitos. Responsabilidad civil de los padres*, Buenos Aires, La Ley, cit. online: AR/DOC/14432/2001

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ SAMBRIZZI, Eduardo A., *Reclamo a los padres de indemnización (...)* op. cit.

Finalmente, interesa destacar el pensamiento de Medina quien, tras calificar las distintas enfermedades y daños que puede presentar el recién nacido, afirma que “en el estado actual de la ciencia, quienes son portadores o padecen de tales afecciones [enfermedades hereditarias] carecen de la posibilidad de evitar su transmisión. Si bien algunas de ellas pueden ser diagnosticadas, ante el conocimiento cierto de la pareja del grave riesgo de afectar su descendencia, se ven confrontadas con el dilema de decidir no procrear, o ya producida la concepción, de tomar la decisión de interrumpir el embarazo. Esta última alternativa no tiene favorable acogida en nuestro ordenamiento jurídico, por lo cual, en el ámbito interno, la única solución vendría a ser, para algunos, la “no descendencia”; para nosotros, “las precauciones para evitar la descendencia”⁸⁸. De allí que la autora mencionada proponga la necesaria adopción de métodos anticonceptivos para tales parejas.

1.1.4.- Las acciones por causación directa o indirecta de lesiones prenatales

Un segundo grupo de acciones relacionadas con el nacimiento de una persona con problemas de salud se encuentra representado por las acciones por causación directa o indirecta de lesiones prenatales.

De forma similar a las acciones estudiadas en el apartado anterior, aquí el nacimiento de un niño con algún perjuicio en su salud será el objeto del resarcimiento civil. Pero, a diferencia de lo que sucede en aquellas, en estas pretensiones la demandada es entablada no ya contra los padres del *naciturus*, sino contra personas ajenas a la relación materno o paterno filial que por su actuar negligente o imprudente, o doloso, causaron la enfermedad o malformación con la que la criatura nace. He aquí entonces la característica saliente de estas acciones: “el comportamiento del agente productor del daño empeora el estado de salud del *nasciturus* o los riesgos que amenazan al *concepturus*”⁸⁹; o, lo que es lo mismo de no ser por el actuar culposo o doloso del tercero, el niño hubiera podido nacer sano.

Coincidimos con Macía Morillo en cuanto a que los daños pueden inferirse por acciones u omisiones realizadas por estos terceros bien sea antes de la concepción, bien durante el embarazo o bien en el momento mismo del parto⁹⁰.

En cuanto a la legitimación activa, cabe destacar que la misma podrá estar en cabeza de los progenitores o del nacido. En el primer caso, se reclamará principalmente por los costos extras que acarrea la crianza del menor con la enfermedad o malformación infringida, pudiendo inclusive requerirse una indemnización por la incapacidad física causada a los padres si tal fuera el caso (*v. gr.* si la acción realizada por el tercero dañó su capacidad reproductiva). En el segundo, el menor exigirá el resarcimiento por la incapacidad sobreviniente (física y/o psíquica) con la que nació⁹¹. Su procedencia dependerá, en este supuesto, de la postura que se asuma con relación a la personalidad jurídica del *naciturus* y la prueba de la relación de causalidad entre la acción y el daño sufrido.

En efecto, durante más de 60 años, en Estados Unidos, se denegó la indemnización pretendida en nombre del menor que moría antes o después del alumbramiento como resultado de los daños sufridos mientras se encontraba en el vientre de su madre. El voto del juez *Oliver Wendel Holmes Jr.* en el fallo *Peter Dietrich, Administrator v. Inhabitants of*

⁸⁸ MEDINA, Graciela y HOOFT, Irene, *Responsabilidad de los padres por daños (...)*, op. cit., p. 348.

⁸⁹ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos (...)*, op. cit., p. 46

⁹⁰ *Ibidem* p. 33-34.

⁹¹ Claro está que en ambos casos podrá reclamarse también el daño extrapatrimonial experimentado.

Northampton resuelto en 1884 por la Suprema Corte de Massachusetts fue el que inició esta tendencia ⁹²al considerar que el feto era legalmente parte de la madre y, por lo tanto, no tenía personalidad jurídica⁹³.

El cambio de jurisprudencia comenzó a operarse⁹⁴ en 1946, a partir del fallo de la Corte del Distrito de Columbia en los autos *Bonbrest v. Kotz* en el que se discutió la responsabilidad civil por la mala praxis del médico que intervino en el parto natural de un niño que nació con daños en su salud como consecuencia del procedimiento empleado⁹⁵.

La demanda, interpuesta por el padre de la criatura, por su propio derecho, fue admitida, sobre la base de dos argumentos. En primer lugar, se contempló que los hechos del caso bajo análisis eran diferentes de aquellos que dieron lugar al pronunciamiento en *Dietrich* por tratarse de un feto viable⁹⁶ que sobrevivió al parto. En segundo término, y con relación al argumento de considerar al niño como parte de la madre, se reflexionó que este postulado era erróneo porque si bien el por nacer se encuentra en el vientre materno, no es un elemento constitutivo de ella⁹⁷. De hecho, se resaltó que desde la perspectiva de la ley civil, el derecho

⁹² En el caso, una mujer embarazada de unos cuatro o cinco meses se resbaló por un defecto de una calle en *Northampton, Massachusetts* y se cayó. A raíz de la caída, entró en labor de parto, y el niño que llevaba en su vientre, a pesar de no haberse lesionado directamente por la caída, no sobrevivió. En consecuencia, *Peter Dietrich*, administrador del patrimonio del difunto niño, demandó a la ciudad por responsabilidad civil. La demanda fue rechazada. SUPREMA CORTE DE MASSACHUSETTS *in re* Peter Dietrich, Administrator vs. Inhabitants of Northampton, op. cit.

⁹³ Igual postura fue seguida en 1900 por la mayoría de la Corte Suprema de Illinois en *Allaire v. St. Luke's Hospital*. No obstante, en el voto en disidencia el Juez *Boggs* concluyó que era una abstracción meramente teórica decir que la lesión no era al niño sino a la madre cuando el feto era viable independiente de ella al momento de la referida lesión. Es que en ese caso, la criatura no es parte del cuerpo de la madre puesto que ella puede morir y el niño permanecer vivo y con capacidad para seguir con vida luego de separado del cuerpo muerto de su madre. SUPREMA CORTE DE ILLINOIS *in re* Allaire v. St. Luke's Hospital, 19/2/1900 (Ref. 56 N.E. 638 (Ill. 1900) 184 Ill. 359) [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://case-law.vlex.com/vid/56-n-638-ill-613102662>. La opinión de este magistrado fue luego tenida en cuenta en el caso *Bonbrest v. Kotz* para hacer lugar a la demanda. CORTE DEL DISTRITO DE COLUMBIA *in re* Bonbrest v. Kotz, 6/3/1946, [Ref. Civ. No. 26607] [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/65/138/1412076/>

⁹⁴ Con anterioridad, la Suprema Corte de Canadá, en los autos *Montreal Tramways v. LeVeille* (1933) sostuvo que un niño se encuentra legitimado para reclamar por las lesiones prenatales, rechazando de este modo, los argumentos de que el menor era parte de la madre al momento del siniestro y que no había obligación contractual para con él.

⁹⁵ CORTE DEL DISTRITO DE COLUMBIA *in re* Bonbrest v. Kotz, op. cit.

⁹⁶ “*It has, if viable, its own bodily form and members, manifests all of the anatomical characteristics of individuality, possesses its own circulatory, vascular and excretory systems and is capable now of being ushered into the visible world*”. [“*Tiene, si es viable, su propia forma del cuerpo y de sus miembros, manifiesta toda las características anatómicas de su individualidad, posee su propio sistema circulatorio, vascular y excretor, y es capaz ahora de introducirse en el mundo visible*” (la traducción es propia)] CORTE DEL DISTRITO DE COLUMBIA *in re* Bonbrest v. Kotz, op. cit.

⁹⁷ “*As to a viable child being "part" of its mother this argument seems to me to be a contradiction in terms. True, it is in the womb, but it is capable now of extra-uterine life and while dependent for its continued development on sustenance derived from its peculiar relationship to its mother, it is not a "part" of the mother in the sense of a constituent element as that term is generally understood. Modern medicine is replete with cases of living children being taken from dead mothers. Indeed, apart from viability, a non-viable foetus is not a part of its mother*”. [“*Con relación a un chico viable como "parte" de su madre este argumento parece para mí una contradicción en sus términos. Es verdad, que está en el vientre, pero es capaz ahora de una vida extra uterina y mientras que su continuo desarrollo depende del sustento derivado de la particular relación que tiene con su madre, no es una "parte" de la madre en el sentido de un elemento constitutivo [de ella] como este término generalmente es entendido. La medicina moderna se encuentra repleta de casos de chicos vivos extraídos de*

de propiedad y de la ley penal estadounidense, un hijo en el vientre no sólo es considerado como un ser humano sino que es tal desde la concepción.

La misma postura fue adoptada por los estados de Ohio⁹⁸, Louisiana, Maryland⁹⁹, Georgia, Nueva York¹⁰⁰ y California. Incluso, en Minnesota, se resolvió que la acción por daños prenatales causados a un por nacer que ya era “viable” podía ser ejercida en su nombre aun cuando él nacía muerto¹⁰¹. No obstante, hubo otros estados que continuaron con la tesis de *Dietrich*.

El fallo *Amann v. Faidy*¹⁰² de la Suprema Corte de Illinois resume las posturas adoptadas hasta ese entonces –1953– tanto por los partidarios de la reparación como de aquellos contraria a ella:

“Como emerge de las muchas opiniones que ahora han considerado el problema, las principales bases en que se apoya la regla para denegar a un niño viable el derecho a una acción de resarcimiento por daños prenatales han sido: (1) la falta de precedente; (2) la dificultad de determinar la existencia de la relación de causalidad entre el daño prenatal y la muerte o condición del niño y la consecuente posibilidad de reclamos ficticios; (3) la ausencia de un deber para con el no nato porque se piensa que no tiene existencia separado de su madre. Y aunque el chico haya muerto después del nacimiento y la acción fuese traída como un caso de *wrongful death*, el resarcimiento ha sido denegado en base a que como el chico sufrió el daño estando en el vientre de su madre, tampoco sus padres o parientes más próximos pueden ser resarcidos por su muerte.

Las principales razones para sostener la reparación cuando el niño es viable son: (1) el no nato viable, capaz de una existencia física independiente, debe ser considerado como una entidad distinta de su madre; (2) la ley reconoce la existencia separada de un niño con el propósito de protegerle sus derechos de propiedad y de protegerlo contra conductas criminales; (3) un daño es causado para el que no existe remedio salvo que se reconozca el derecho del niño de comenzar su vida con una discapacidad por defectos físicos o mentales causados por la negligencia de otros mientras era viable dentro del útero materno; (4) la falta de precedentes no debe impedir el resarcimiento donde un mal fue cometido¹⁰³” (la traducción me pertenece)

madres muertas. En efecto, además de la viabilidad, un feto no viable no es parte de su madre” (la traducción me pertenece)]. *Ibidem*.

⁹⁸ *V. gr.* SUPREMA CORTE DE OHIO *in re* Williams v. Marion Rapid Transit, 13/7/1949 [Ref. 152 Ohio St. 114 (1949) [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: http://www.legale.com/decision/1949266152OhioSt114_1255/WILLIAMS%20v.%20MARION%20RAPID%20TRANSIT.%20INC; y SUPREMA CORTE DE OHIO *in re* Jasinsky v. Potts, 24/05/1950 [Ref. 92 N.E.2d 809, 153 Ohio St. 529 [consultado 13 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/4026907/jasinsky-v-potts/>

⁹⁹ *V. gr.* CORTE DE APELACIONES DE MERYLAND *in re* Damasiewicz v. Gorsuch, 16/03/1951 [Ref. 79 A.2d 550, 197 Md. 417 [consultado 13 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/2207418/damasiewicz-v-gorsuch/>

¹⁰⁰ *V. gr.* CORTE DE APELACIONES DEL ESTADO DE NUEVA YORK *in re* Woods v. Lancet, 06/12/1951 [Ref. 303 N.Y. 349 (N.Y. 1951) [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <https://casetext.com/case/woods-v-lancet-1>

¹⁰¹ *V. gr.* CORTE SUPREMA DE MINNESOTA *in re* Verkennes v. Corniea, 19/08/1949 [Ref. 38 N.W.2d 838, 229 Minn. 365 [consultado 13 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/3534883/verkennes-v-corniea/>

¹⁰² Es este fallo, la Suprema Corte de Illinois dejó de lado la doctrina sentada en *Allaire* al sostener que el niño tiene derecho a la indemnización cuando sufre una lesión prenatal siendo un feto viable y nace con vida a pesar de que luego muera.

¹⁰³ “As they emerge from the many opinions which have now considered the problem, the chief grounds urged in support of the rule denying a viable child a right of action to recover for prenatal injuries have been (1) the lack of precedent; (2) the difficulty of determining the existence of a causal relation between a prenatal injury and the death or the condition of the child and the consequent possibility of fictitious claims; (3) the absence of

Tiempo después, la jurisprudencia norteamericana volvería a mutar con el pronunciamiento en 1956 de la Suprema Corte de Georgia en los autos *Hornbuckle v. Plantation Pipe*¹⁰⁴. En el caso, un menor nació con una deformidad en su pie y tobillo derecho y en su pierna izquierda como consecuencia del choque que sufrió su madre cuando estaba embarazada de él. La demanda fue interpuesta por el niño contra el conductor que embistió a la mujer. A partir de entonces, los tribunales estadounidenses empezaron a considerar arbitrario el criterio de la viabilidad del feto como presupuesto necesario para promover la acción por lesiones prenatales y, en orden a ello, reconocieron legitimación activa para que se reclamen los daños que sufrió el por nacer sin haber alcanzado tal estado, erigiéndose la concepción como el nuevo paradigma. En la actualidad, ésta es la postura adoptada por la mayoría de las jurisdicciones en Estados Unidos. Por consiguiente quien sufre un daño prenatal, sin importar el estado de desarrollo que el embarazo tenga al momento en que el daño es inferido, puede accionar contra el responsable del perjuicio (o, sus progenitores o representantes legales, en su nombre).

Inclusive, y a pesar de que poco son los casos que se plantearon, los tribunales norteamericanos han reconocido la posibilidad de que por vía de estas acciones sea resarcido el menor que no se encontraba concebido en el momento en que el acto perjudicial fue realizado contra la madre. Ejemplo de ello lo constituyen los pronunciamientos en *Renslow v. Mennonite Hospital*¹⁰⁵, y *Jorgenson v. Meade Johnson Laboratorie*¹⁰⁶.

En Argentina, no existe discusión en torno al resarcimiento civil que cabría atribuirle a un menor que nace con un problema de salud como consecuencia del actuar antijurídico de un tercero a pesar de que la conducta que motive el daño sea anterior al nacimiento.

En cambio, sí generó –y genera en la actualidad– opiniones encontradas la legitimación activa que pueden tener los padres para reclamar por los daños experimentados

a duty to the unborn child because it is thought to have no separate being apart from its mother. And where the child has died after birth and an action is brought under a wrongful death statute, recovery has been denied on the ground that since the child injured en ventre sa mere could not recover for prenatal injuries, its parents or next of kin could not recover for its death (...).

Principal reasons advanced in support of allowing recovery where the injuries occur when the child is viable are: (1) an unborn viable child, being capable of independent physical existence, should be regarded as a separate entity from the mother; (2) the law recognizes the separate existence of an unborn child for the purpose of protecting his property rights and to protect him against criminal conduct; (3) a wrong is inflicted for which there is no remedy unless there is recognition of the legal right of a child to commence life unimpaired by physical or mental defects caused by the negligence of others while it was a viable child en ventre sa mere; and (4) lack of precedent should not bar recovery where a wrong has been committed". SUPREMA CORTE DE ILLINOIS in re Amann v. Faigy, 21/9/1953 (Ref. 415 Ill. 422 (1953)114 N.E.2d 412) [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1953/32665-5.html>

¹⁰⁴ SUPREMA CORTE DE GEORGIA in re Hornbuckle v. Plantation Pipe Line, 12/6/1956 (Ref. Co., 93 S.E.2d 727 (Ga. 1956)) [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/1337506/hornbuckle-v-plantation-pipe-line-co/>

¹⁰⁵ En el *sub lite*, *Emma Renslow*, por su propio derecho y en representación de su hija *Leah Ann*, demandó por mala praxis al *Mennonite Hospital* y el director del laboratorio porque en 1965, cuando *Emma* tenía 13 años, fue trasfundida con Rh-positivo siendo que ella era Rh-negativo, y sólo tomó conocimiento de los efectos adversos que esta transfusión le podía traer aparejada, cuando años más tarde (en 1973) quedó embarazada de *Leah Ann* quien a causa de ello, nació con hiperbilirrubinemia lo que le ocasionó graves problemas de salud. CORTE SUPREMA DE ILLINOIS in re Renslow v. Mennonite Hospital, op. cit.

¹⁰⁶ CORTE DE DISTRITO DEL DISTRITO OESTE DE OKLAHOMA in re Jorgenson v. Meade Johnson Laboratorie, 01/02/1972 [Ref. 336 F. Supp. 961 (W.D. Okla. 1972)] [consultado 13 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/336/961/1796243/>

cuando media la muerte de hijos menores de edad a raíz del actuar culposos o dolosos de un tercero, especialmente en aquellos casos en que el niño fallece antes de su alumbramiento.

Respecto de este último tema (la muerte de un hijo antes del nacimiento), la disyuntiva encontró su fundamento en la redacción de los artículos 70¹⁰⁷ y 74¹⁰⁸ del Código Civil por cuanto condicionaba la irrevocable adquisición de los derechos al nacimiento con vida. Así, mientras algunos sostuvieron la tesis negativa (v. gr. Spota), otros plantearon que “la muerte antes del nacimiento determina que el ser concebido sea considerado 'como si no hubiera existido' sólo en el ámbito de los derechos antes adquiridos por dicha persona, que se resuelven si no nace con vida. Por el contrario, la ficción de considerar como inexistente lo que sí existió no alcanza a los derechos o intereses de otras personas, lesionados por la extinción de esa vida que innegablemente había surgido. Si la vida humana se protege antes del nacimiento (...) no pueden dejar de protegerse también las expectativas que los progenitores arraigaban en esa existencia, conculcadas por la muerte del hijo¹⁰⁹”.

En otras palabras, los partidarios de la tesis negativa, sujetaron –y sujetan– la personalidad del por nacer a una condición resolutoria (el nacimiento con vida) cuando, en razón de verdad, según precisa la tesis que admite la reparación, el carácter condicional lo es sólo a “los efectos de algunas de sus circunstancias jurídicas, que son las relativas a donación o herencia que había adquirido [el por nacer] en forma condicional y algunas de las relaciones jurídicas derivadas de éstos¹¹⁰”.

Participamos de la tesis que admite la legitimación de los progenitores para reclamar, por su propio derecho, por aquellos daños que terceros le infirieron a su hijo cuando se encontraba en el vientre materno independientemente de que con posterioridad el niño nazca con o sin vida. Es que no creemos que el nacimiento con vida cambie el estatus jurídico de la persona puesto que lo es tal desde su concepción hasta su muerte natural sea donde fuere que ella acaezca.

Coincidimos, entonces, con Zavala de González cuando afirma que la accidentalidad cronológica de una muerte injusta acaecida antes o segundos después de nacer de ningún modo modifica el hecho básico de la pérdida de un hijo, sino que simplemente el nacimiento con vida tiene incidencia en la capacidad de derecho de ese por nacer, no así en sus padres, quienes sufren un evidente menoscabo en sus intereses y, por lo tanto, deben ser resarcidos¹¹¹.

Es más, en un señero fallo la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la indemnización acordada por el artículo 2° de la ley 24.411 a una abuela por la muerte de su nieta por nacer. Así lo hizo el 22 de mayo de 2007 en los autos caratulados “SÁNCHEZ, Elvira Berta c/ M° J y DD HH -art. 6 ley 24.411 (RE SO L 409 /01)” en los que la actora (Elvira Berta Sánchez) solicitó el resarcimiento acordado por la mencionada ley 24.411 en virtud de que su hija (Ana María del Carmen Pérez) había sido víctima del delito de homicidio

¹⁰⁷ Artículo 70 del Código Civil: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”.

¹⁰⁸ Artículo 74 del Código Civil: “Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido”.

¹⁰⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños, vol. 2b, Daños a las personas por nacer [Pérdida de vida humana]*, Buenos Aires, Hammurabi S.R.L., 1991, p. 288.

¹¹⁰ CÓRDOBA, Ramiro J. *Derechos irrevocablemente adquiridos por personas humanas no nacidas*, Buenos Aires, La Ley, cit. online: AR/DOC/1811/2011

¹¹¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños (...)*, op. cit., p. 290.

por parte de las fuerzas de seguridad antes de octubre de 1983 en circunstancias en que se encontraba embarazada, circunstancia que quedó demostrada con la pericia practicada sobre su cuerpo¹¹².

Cabe agregar, asimismo, que no empece nuestra opinión el artículo 21 del Código Civil y Comercial¹¹³ actualmente vigente. Es que si bien éste artículo dejó de lado la expresión velezana de “*como si nunca hubiera existido*” remplazándola por la de “*se considera que la persona nunca existió*”, entendemos que el mismo sigue aludiendo a la capacidad de derecho del por nacer y no al hecho mismo de su existencia, circunstancia fáctica que no puede ser desconocida. En efecto, de lo contrario, perdería virtualidad el artículo 19 que lo precede en cuanto afirma que “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción*”.

Igualmente, admitido el resarcimiento frente a la pérdida del hijo por nacer – y si bien la mayoría de los doctrinarios se muestran contestes en aceptar el resarcimiento del daño moral más allá de la redacción del artículo 1078 del Código Civil (actual artículo 1741 del Código Civil y Comercial)¹¹⁴, el que, según Mosset Iturraspe, “está a la inversa a la edad de los hijos: a menor edad, hijos pequeños, adolescentes, mayor dolor; a mayor edad, esa alteración disvaliosa de las afecciones parece disminuir¹¹⁵”, somos conscientes de que subsiste disidencias en lo que respecta a la posibilidad de indemnizar el daño patrimonial sufrido por los padres en concepto de pérdida de chance¹¹⁶.

¹¹² Fallo: 330:2304, Considerando 11

¹¹³ “Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume”.

¹¹⁴ “La posibilidad de indemnizar el daño moral también encuentra alguna cuestión disputada. En efecto, el art. 1078 dispone que ‘si del hecho hubiese resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos’. El problema que surge es si el niño por nacer, al fallecer antes de su nacimiento, es como si no hubiera existido (art. 74 Cód. Civil). Consecuentemente, no se abre su herencia ni puede haber a su respecto herederos forzosos”. LAFFERIÈRE, Nicolás Jorge, *Daños a la persona por nacer*, en TRIGO REPRESAS, Félix A. y BENAVENTE, María I *Reparación de daños a la persona*, Tomo II Daño moral (cont.) Muerte, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 624.

¹¹⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Visión jurisprudencial del valor de la vida humana*, Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, Tomo I, 1994, p. 265.

¹¹⁶ Así, Zanonni manifiesta que “No compartimos, en cambio, la admisión de la pérdida de chances como modelo indemnizatorio general y por cierto abstracto cuando se trata de un hijo que, por su corta edad –a veces de pocos meses y siempre de muy pocos años de vida., obviamente no desarrollaba un trabajo remunerado y, también obviamente, tampoco ayudaba económicamente a sus padres. Nos parece que recurrir a datos estadísticos acerca del modo de colaboración económica en las familias de escasos recursos económicos .como lo hace Iribarne-desatiende el carácter ‘actual y cierto’ que debe revestir el daño –y también la *chance*– para constituir un perjuicio indemnizable”. ZANNONI, Eduardo A. *El beneficio o ganancia frustrada y las meras chances. Los daños hipotéticos o eventuales (Lucro cesante, pérdida de chances y peligros de daño futuro)* en MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis, *Revista de Derecho de Daños, Chances*, 1º edición, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2008, p. 104. Por su parte, Mosset Iturraspe tiene dicho que “Si bien es verdad que la idea que campea es siempre la misma, al menos en la doctrina autoral y judicial de los últimos años, que con la muerte del hijo se pierde una esperanza de ayuda económica que algunos tribunales han calificado como un daño real y actual y no futuro e hipotético, lo cierto es que la posibilidad de una ayuda es cada vez más lejana cuanto menos es la edad del hijo fallecido y, concretamente tratándose de una persona que aún no ha ni siquiera nacido esa chace es sin lugar a dudas, remota (...) Empero si desde el punto de vista patrimonial, el carácter remoto de la probabilidad hace adecuado, por lo normal, el rechazo de la petición en concepto de daño económico, es muy otra la solución cuando los padres reclaman el daño moral y la reparación condigna, por muerte del embrión humano”. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, 3er edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni. , 1993, p. 141-142. Igualmente, en otro de sus libros afirma, “Nos inclinamos por reconocer el derecho de los padres a una indemnización, aún del hijo por nacer, del

En lo que respecta al resarcimiento que corresponde atribuirles a los padres, no ya por la muerte de su hijo por nacer, sino por la muerte de su hijo recién nacido o de corta edad, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional son contestes en sostener la legitimación de ellos para reclamar por el daño moral experimentado y/o por los perjuicios patrimoniales que pueden padecer si el menor colaborara con su mantenimiento¹¹⁷. En cambio, distan de ser pacíficas en lo que atañe al daño que a título de pérdida de chance pueden sufrir.

En efecto, la tesis negatoria del resarcimiento argumenta que siendo muy remota la chance de obtener beneficios económicos futuros de ese menor que falleció, no existe la auténtica probabilidad cierta y objetiva que requiere el daño resarcible como requisito de su procedencia. Inclusive, algunos autores, aseveran que dicha falta de probabilidad se verifica aún en aquellos supuestos en que el hijo que fallece no tuviere tan corta edad.

Por el contrario, los partidarios de la procedencia de la indemnización, sostiene bien que la vida en sí misma tiene un valor económico intrínseco y por lo tanto, poco interesa su productividad ya que su pérdida siempre acarrea un perjuicio económico¹¹⁸, bien que “la ‘chance’ no es puramente conjetural o hipotética en razón de la corta edad del hijo, ya que toda vida joven está destinada a perdurar¹¹⁹” y, por lo tanto, los padres que sufren la pérdida de su hijo de corta edad ven frustrada la verosímil y probable expectativa que tenían de contar con su sostén, apoyo y colaboración en la ancianidad y ante los problemas que la vida puede presentarles, sirviendo la mayor lejanía en la que el menor se encontraba para iniciar su vida laboral útil un parámetro para reducir la indemnización porque la chance sería de menor intensidad, pero no para denegarla¹²⁰.

Al expedirse sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo esta última tesis el 17 de marzo de 1998 en los autos “Peón, Juan Domingo y otra c/ Centro Médico del Sud S.A”. En el caso, los padres de un niño que vivió tan sólo 36 horas fuera del útero materno reclamaron por la pérdida de chance y daño moral que su muerte les ocasionó.

naciturus, pero creemos que la ‘chance debe pensarse’, calibrarse, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. Entre ellas nos preocupa ahora la contemplada por el Tribunal de Milán en el caso ‘Gennerino’: cuáles serán los ingresos de ese hijo, de los cuales deberá ‘sacarse’ la ayuda, cuando llegue a la edad laboral. Un primer criterio toma en cuenta ‘la tradición *familiae*’, familia de médicos, ingenieros, abogados, o de obreros calificados, o de agricultores, etcétera, y parte de las ganancias promedio de los padres. Este fue el criterio del tribunal. Otra línea de pensamiento, que califica a la primera como ‘clasista’ (Rogotá) o desconocedora de la ‘actual movilidad profesional y social’ (Lagostena Bassi- Rubini), pregona que debe estarse a un salario mínimo o bien a otro medio, para un trabajador común”. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Visión jurisprudencial del (...)*, op. cit., p. 266. Comparten la tesis negativa también Spota, Baéz Figuerola y Chiappini. En cambio, en la tesis positiva se inscriben, por ejemplo, Zavala de González, Iribarne y Sagarna. Cfr. LAFFERIERE, Nicolás Jorge, *Daños a la persona por nacer (...)*, op. cit., p. 618-622.

¹¹⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Visión jurisprudencial del (...)*, op. cit., p. 265.

¹¹⁷ Asimismo, podrán reclamar todos los gastos hechos para la asistencia del hijo que falleció y todas las erogaciones realizadas para su funeral en virtud de lo dispuesto por el art. 1084 del Código Civil y del actual artículo 1745, inciso a) del Código Civil y Comercial. Al respecto, debe tenerse presente que “Tanto los gastos de asistencia del fallecido, como los de su funeral, entran en el concepto del daño emergente o perjuicio efectivamente sufrido; los primeros porque afectan el patrimonio del ‘asistido’, de manera que producido el fallecimiento el patrimonio se transmite ya disminuido en el importe de esos gastos; y también los segundos, desde que se trata de créditos que la sucesión debe satisfacer, y hasta privilegiadamente (arts. 3474 y su n. y 1880, inc. 1, Código Civil)” TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, La Ley, Tomo IV, p. 733.

¹¹⁸ Criterio abandonado por la CSJN en el presente “Savarró de Caldara c. Empresa Ferrocarriles Argentinos” CSJN 17/4/1997

¹¹⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños (...)*, op. cit., p. 297.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 261.

La instancia anterior, desestimó el primero de los rubros y redujo el importe otorgado en concepto de daño extrapatrimonial sobre la base de que la pérdida de un hijo de tan escasa edad “importaba para los padres la pérdida de una mera posibilidad de altísimo grado conjetural e hipotética, cuya mensuración implicaba para el magistrado un ‘verdadero esfuerzo de oráculo’ ajeno a su función específica¹²¹”.

Sin embargo, el Máximo Tribunal no compartió dichas observaciones al advertir en ellas un vicio en el razonamiento “ya que, si de lo que se trata es de resarcir la ‘chance’ que –por su propia naturaleza– es sólo una posibilidad, no puede negarse la indemnización con el argumento de que es imposible asegurar que de la muerte del menor vaya a resultar perjuicio, pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo del daño cuya reparación se trata (Fallos: 308:1160), cuya existencia, por otro lado, no cabe excluir en función de la corta edad del fallecido pues, aún en casos como el *sub examine* es dable admitir la frustración de una posibilidad de ayuda futura y sostén para los progenitores, expectativas legítimas (art. 367 del Código Civil) y verosímil según el curso ordinario de las cosas, particularmente en medios familiares de condición humilde (confr. Fallos 303:820; 308:1160, considerando 4º; 316:294)¹²²”

Recoge esta doctrina, el inciso c) del artículo 1745 del Código Civil y Comercial en cuanto dispone que “*En caso de muerte, la indemnización debe consistir en: c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos*” sin hacer diferencias en cuanto a la edad que ese hijo tenía al momento de fallecer.

1.1.5.- Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*

La clasificación de las acciones relacionadas con el inicio de la vida culmina con las que constituyen el objeto de nuestro trabajo. Si bien más adelante estudiaremos en detalle su concepto, aquí mencionaremos sus características más salientes.

De construcción doctrinal y jurisprudencial, las acciones de *wrongful birth* son aquellas que ejercitan los padres contra el profesional sanitario o centro de atención asistencial por haberse vistos imposibilitados de acudir, en principio, al aborto con motivo de la enfermedad o discapacidad que presentaba el por nacer, siempre que dicha enfermedad o discapacidad hubiera podido ser detectada antes de su nacimiento.

En las acciones de *wrongful life*, en cambio, la acción es ejercida por el niño, quien solicita una indemnización por el daño en su salud que experimenta, de modo tal que hubiera preferido no nacer a nacer como lo hizo.

Igualmente, y tal como enseña Vicandi Martínez, una máxima que debe tenerse presente en ambas acciones es “que la enfermedad que padece la criatura es inherente a la concepción misma, esto es, la actuación sanitaria no la ha provocado, sino que se ha limitado a no diagnosticarla¹²³”, característica que, en cierta medida, comparte con las acciones por procreación irresponsable. No obstante, su principal diferencia con estas acciones radica en la legitimación pasiva de la pretensión, al ser los profesionales sanitarios que incurrieron en el error o falta de diagnóstico de la patología o enfermedad que afectaba al *naciturus* los emplazados en las demandas de *wrongful birth* y *life* y no los padres.

¹²¹ Fallo 321:487, considerando 3º

¹²² *Ibidem*, considerando 4º

¹²³ VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu, *El concepto de wrongful birth* (...) op. cit.

También las acciones de *wrongful birth* y *life* son similares a las de *wrongful pregnancy* o *conception* en cuanto ambas son dirigidas en contra del profesional sanitario que actuó con impericia o negligencia. Pero, mientras que en las acciones de *wrongful birth* o *life* se parte de una voluntad primaria de los padres de concebir pero sin la patología o discapacidad que presentará su hijo, en las de *wrongful conception* o *pregnancy* tal voluntad no se encuentra configurada. Precisamente, en estas últimas acciones el daño se identifica con el nacimiento no deseado de un niño sano, en tanto que en las primeras la concepción fue deseada pero no el nacimiento con la enfermedad o discapacidad.

La misma aproximación existe entre las acciones de *wrongful birth* y *life*, y las acciones por causación directa o indirecta de lesiones prenatales toda vez que éstas son entabladas en contra un tercero, el que bien puede ser un profesional de la salud. No obstante en las segundas, el tercero debe ser también el agente productor del daño al ser su actuar (u omisión) doloso o culposo el que origina la enfermedad o discapacidad con la que la criatura nace. En cambio, en las demandas por *wrongful birth* y *life* el profesional sanitario no interviene en el curso causal de la enfermedad o discapacidad, la que se presentará independientemente del actuar de dicho galeno.

Finalmente, la legitimación pasiva y el daño resarcible es lo que permite distinguir las acciones de *wrongful birth* y *life* de las demandas por *disadvantage* o *dissatisfied life actions*.

El recuadro que a continuación se presenta, servirá al lector para comprender lo hasta aquí dicho.

	<i>Wrongful pregnancy o conception</i>	<i>Disadvantaged o dissatisfied life actions</i>	Acciones por procreación irresponsable	Acciones por causación directa o indirecta de lesiones prenatales	<i>Wrongful birth</i>	<i>Wrongful life</i>
Legitimación activa	Padres	Nasciturus	Nasciturus	Nasciturus o Padres	Padres	Nasciturus
Legitimación pasiva	Profesional sanitario (*)	Ambos padres o alguno de ellos	Ambos padres o alguno de ellos	Tercero (profesional sanitario o no)	Profesional sanitario	Profesional sanitario
Causa eficiente del daño	Fracaso de esterilización, método anticonceptivo, o interrupción del embarazo (aborto)	El hecho o los hechos que lo priven al niño de una infancia normal en una familia normal	Causación directa o indirecta de la enfermedad por la procreación de los padres	Acción u omisión dolosa o culposa realizada por el tercero	1.- Error de diagnóstico 2.- Falta de diagnóstico	1.- Error de diagnóstico 2.- Falta de diagnóstico

					3.- Falta al deber de información	3.- Falta al deber de información
Daño	El nacimiento no deseado de un hijo	La privación de una infancia normal en una familia normal	Enfermedad o malformación con la que nace el hijo	Enfermedad o malformación con la que nace el hijo	Ver capítulo III, apartado 3.3.1	Enfermedad o malformación con la que se nace (*)
Momento en que se lleva a cabo la conducta antijurídica	Antes de la concepción o del nacimiento	Desde el nacimiento y durante la infancia	En el momento de la concepción o durante el embarazo. Previos al nacimiento	Antes de la concepción, durante el embarazo o en el mismo momento del parto	Antes del nacimiento e inclusive antes de la concepción	Antes del nacimiento e inclusive antes de la concepción

(*) Esto es en principio.

CAPÍTULO II

EL ESTUDIO EN PARTICULAR DE LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*

Presentadas las acciones relacionadas con el inicio de la vida y señaladas sus características más salientes, corresponde a continuación abordar el estudio en concreto de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* que constituyen el objeto de nuestra investigación. Específicamente, habremos de referirnos a su concepto y a la legitimación activa y pasiva necesaria para su procedencia. Igualmente, disertaremos acerca de su vinculación con los diagnósticos indirectos, preconceptivos, preimplantatorios y prenatales los que, como se verá, constituyen sus presupuestos de hecho necesario para su procedencia.

2. 1.- Concepto

Sin perjuicio de la paradoja que encierra¹²⁴, como su nombre pretende reflejar, las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* tienen lugar frente a un nacimiento o una vida “equivocada” o “errónea”.

Pero no cualquier nacimiento o vida “equivocada” o “errónea” es causa eficiente para la procedencia de estas acciones: se requiere, en primer lugar, que ese nacimiento o esa vida sean consecuencias de una mala praxis médica. La pregunta lógica que surge, entonces, es saber qué tipo de mala praxis médica conlleva a que estas acciones prosperen, puesto que, como es de suponer, no cualquier demanda por mala praxis de un profesional sanitario transita los carriles de estos tipos de acciones.

Así, algunos autores consideran que el actuar defectuoso del galeno o profesional de la salud interviniente habrá de consistir en un error a la hora de diagnosticar la patología o

¹²⁴ Compartimos, en este sentido, las reflexiones de Basset en cuanto a que “Es necesario sentar que el término “wrongful” es un adjetivo que califica a “birth” (nacimiento) o “life” (vida). Ese término puede calificar un sinnúmero de otras circunstancias, por ejemplo: un despido, una adopción o una muerte pueden ser “wrongful” y como tal, dar curso a una acción de reclamación por los daños causados. De modo que no cabe utilizar el término sin el sustantivo al que califica. El significado del término “wrongful” asociado a vida o nacimiento es mucho más complejo de precisar, porque se trata de una asociación inconmensurable en la mayoría de las traducciones posibles (...) ni “vida perjudicial” ni “vida dañosa” resultan totalmente apropiadas traducciones. Una vida no es perjudicial en sí misma sino en relación. En consecuencia, si la vida perjudica o daña, debe inquirirse a quién. Y así se desenvuelven las cataratas de enigmas en torno a los presupuestos tradicionales de responsabilidad, que quedan invariablemente sin respuesta. En español, se ha dicho que puede traducirse como “vida inapropiada”, o “vida errónea, si se opta por una traducción literal”. No se ve claro” (...) “Vida inapropiada respecto de qué finalidad vital. La idea de tétesis debe guardarse de los riesgos de una hermenéutica utilitarista respecto de la concepción de la humanidad. Un severo daño cerebral (¿parálisis cerebral?) deja a ese ser humano en un estado inapropiado para la humanidad, puesto que las facultades de raciocinio están permanentemente perturbadas hasta el actual desarrollo de la ciencia, al menos. Un ejemplo de este supuesto sería el caso de la anencefalia: un ser humano inapropiado (¿equivalente a “inviabile”?), por no alcanzar estándares propios de la humanidad racionante y eso de manera permanente. Es inevitable preguntarse qué hace humano al humano, a sabiendas de las implicancias jurídicas y morales de la respuesta”. BASSET, Úrsula Cristina, *Wrongful life/birth: el problema de decidir qué vidas merecen la pena ser vividas*, Buenos Aires, La Ley, cit. online: AR/DOC/4044/2011.

discapacidad que afecta al por nacer¹²⁵; error que de no haber existido, les hubiera permitido a los padres decidir si llevar a término o no un embarazo.

En este sentido, Kemelmajer de Carlucci y Lamm explican que cuando “acaeece el nacimiento de un niño que padece grave defecto o enfermedad, se avizoran dos tipos de legitimados activos: los progenitores (ambos o sólo la gestante, según el supuesto de hecho) y el propio niño. La reclamación de los progenitores (conocida como *wrongful birth*) se centra en las consecuencias negativas que el diagnóstico erróneo causa a sus derechos e intereses. La acción del niño –llamada *wrongful life*–se refiere al daño derivado de haberle permitido nacer en condiciones tan trágicamente desfavorables para su desarrollo físico o psíquico¹²⁶”.

Otros doctrinarios, en cambio, ponen el acento directamente en la falta de diagnóstico del mal que aqueja al *nasciturus*. Tal es el caso de Prieto Molinero quien define a las acciones de *wrongful birth* como aquellas en las que la “negligencia consiste en no haberse diagnosticado la discapacidad del niño por nacer que, de haber sido conocida, los habría llevado a abortar” y a las de *wrongful life* como aquellas en las que “es el propio hijo con discapacidad es el que reclama por los sufrimientos que padece en razón de que la negligencia médica le impidió a sus padres impedir el embarazo¹²⁷”.

De modo más descriptivo, la autora española Emaldi Cirión explica que las acciones de *wrongful birth* “son demandas interpuestas por los padres del hijo deficiente contra el médico. El médico o consejero genético es responsable de un daño al no proponerle a una mujer una serie de pruebas, o bien al no detectar o no avisar a la mujer embarazada sobre la enfermedad o anomalía que sufre su feto, a tiempo de que ésta pueda abortar amparada por la Ley. Entonces, se permite que la mujer ejerza esta acción contra el médico, puesto que debido a su negligencia le privó de la oportunidad de tomar una decisión informada sobre la continuidad o interrupción de su embarazo¹²⁸”.

Por otra parte, la autora citada enseña que la acción de *wrongful life* es “una demanda que interpone el hijo que ha nacido con alguna enfermedad o anomalía contra el médico¹²⁹” con la particularidad de que en ellas “el niño no alega que la negligencias del personal sanitario fue la causa de su lesión o enfermedad, sino que la negligencia dio lugar a su nacimiento¹³⁰”.

¹²⁵ Siguiendo a Garay podemos decir que, el “diagnóstico significa la fijación de un criterio sobre el que se definirá el tratamiento y se preverá el pronóstico. Se basa en el análisis de las características anatómicas, funcionales y patológicas de una persona mediante la recopilación de datos de antecedentes y síntomas, mediante la anamnesis o interrogatorio y de signos, mediante el examen semiológico y estudios complementarios, análisis de laboratorio, radiológico o por imágenes (...)”. GARAY, Oscar Ernesto, *Tratado de la responsabilidad civil en las especialidades médicas*, 1ª edición, Buenos Aires, Errepar, Tomo II, 2009, citado por DANTUR, Sebastián, *El acto médico en el derecho civil actual*, Buenos Aires, La Ley, cit. online: AR/DOC/4732/2012. Se trata, en efecto, de un conjunto de actos médicos, en el cual, el profesional indaga acerca de la afección del paciente conforme la *lex artis ad hoc*.

¹²⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAMM, Eleonora *El daño derivado de una persona que padece discapacidad grave, en la jurisprudencia española (wrongful birth; wrongful life)* en MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis, *Revista de Derecho de Daños*, Tomo III, Daño a la salud, 1º edición, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2011. p. 376

¹²⁷ PRIETO MOLINERO, Ramiro J., *The wrongfulness or rigtfulnes of actions for wrongful birth*, Buenos Aires, La Ley, cit. online: AR/DOC/2024/2008

¹²⁸ EMALDI CIRIÓN, Aitziber, *El consejo genético y sus implicancias (...)*, op. cit., p. 237.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 238.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 239.

Paralelamente, existen otros autores que al definir las acciones de *wrongful birth* y *life* ponen énfasis no sólo en el error de diagnóstico, sino también en la falta al deber de información en que incurre el médico respecto de los progenitores. Así, por ejemplo, Medina en su libro “Daños en el Derecho de Familia” puntualiza que la acción de *wrongful birth* es “la acción mediante la cual ambos o cualquiera de los padres de un niño demandan a su médico y/o a su centro médico por no haber detectado o no haberles informado que darían a luz a un niño enfermo, privándolos, en consecuencia, de tomar una decisión informada sobre la continuación o interrupción del embarazo¹³¹”, mientras que en la de *wrongful life* “un menor, o un adulto en representación de éste, demanda al médico y/o al centro médico de sus progenitores, en la medida que de no haber sido por: a) su diagnóstico negligente, y/o b) la información incompleta o errónea que le fue brindada por sus padres, él no hubiera nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad congénita¹³²” o, agregamos, de su discapacidad.

Como puede apreciarse, las acciones de *wrongful life* y las de *wrongful birth* parten del mismo supuesto de hecho: la negligencia médica en el deber de información (ya sea por el error de diagnóstico, la falta de diagnóstico o de comunicación) en que incurre el profesional sanitario para con los progenitores que conduce al nacimiento de una persona con una enfermedad o discapacidad que afecta su existencia¹³³. No obstante, en las primeras quien reclama al galeno por la falta incurrida es la misma persona que nace con la afección, persona que, de no haber sido por la mala praxis médica, nunca hubiera nacido; mientras que en las segundas, quienes ostentan la legitimación activa son, en principio, sus padres. Tal distinción no es menor, ya que como se verá a lo largo de esta obra, la distinta titularidad de la acción genera consecuencias en varios de los elementos de la responsabilidad civil.

Ahora bien, las definiciones hasta aquí aportadas aluden a la posibilidad truncada de interrumpir voluntariamente el embarazo en curso. Sin embargo, y tal como adelantamos en la introducción de este trabajo, somos de la opinión que, desde un punto de vista de la lógica interna del sistema, tanto las acciones de *wrongful birth* como las de *wrongful life* también pueden prosperar en un contexto en el que las TRHA se encuentren permitidas por el ordenamiento jurídico. Tómese, por ejemplo, el caso en el que no se advierta mediante el DGP realizado a un embrión concebido in vitro que ese embrión puede desarrollar una patología o discapacidad, implantándose un embrión enfermo o con una discapacidad en la mujer que llevará a término ese embarazo, por lo que al cabo de nueve meses nace un niño afectado por el mal que no se detectó. En tal caso, ¿pueden los comitentes de la TRHA solicitar una indemnización al médico o profesional de la salud que realizó la técnica?, ¿puede hacerlo el niño que nació con esa condición?

¹³¹Cfr. MEDINA, Graciela, *Daños en el derecho de familia*, op. cit. p. 430; MEDINA, Graciela WINOGRAD, Carolina, *Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy. Análisis de la (...)*. op. cit.

¹³² MEDINA, Graciela, *Daños en el derecho de familia*, op. cit., p. 430.

¹³³ Ambas acciones comprenden casos de nacimientos no deseados pero, a diferencia de las acciones de *wrongful pregnancy* o *conception* donde se reclama por la negligencia médica relativa a las medidas o advertencias que no tuvieron lugar y que llevaron a un embarazo no planificado, aquí los padres reclaman por una negligencia consistente en no haber sido diagnosticada la anomalía que presentaba el *naciturus*; negligencia que, de no haber existido, les hubiera permitido a los primeros abortarlo. Cfr. PRIETO MOLINERO, Ramiro J., *The wrongfulness or rigtfulness of (...)*, op. cit.

Bajo las premisas antes descriptas, y sin perjuicio de las cuestiones de fondo que la admisibilidad de las TRHA acarrea, pareciera ser *prima facie*¹³⁴ que la respuesta afirmativa se impone dado que el caso es asimilable al de un embarazo natural. Por ello, consideramos que las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life* pueden articularse, asimismo, cuando por una negligencia médica no se diagnosticó correctamente la enfermedad o discapacidad que presentaba el embrión no implantado, impidiéndole de este modo a los comitentes de la técnica decidir acerca de si implantar o no dicho embrión, por lo que ellos –o el niño que nace afectado en su salud– pueden, en principio, reclamar una indemnización en virtud del daño sufrido.

Pero estos no son los únicos escenarios posibles bajo los cuales se pueden promover acciones de *wrongful birth* o *life*. Entendemos también que estas demandas pueden llegar a entablarse en los casos de diagnósticos realizados de manera previa a la concepción cuando el médico omite informar correctamente a sus pacientes acerca del mal transmisible a su descendencia que los aqueja, por lo que éstos conciben una criatura que nace con la patología o discapacidad que se omitió diagnosticar. O acaso ¿aquí también no se verifica una negligencia médica en el deber de información para con los pacientes que conduce al nacimiento de una persona con una enfermedad o discapacidad que afecta su existencia?

Finalmente, entendemos que resulta posible la articulación de estas pretensiones si el profesional que atiende a un paciente por una circunstancia ajena a su futura descendencia, omite informar bien la patología o discapacidad que detecta y que puede presentar dicha futura descendencia, bien la presencia de graves indicios que aconsejen la práctica de un diagnóstico preconceptico, escenario que hemos nombrado como la “*falta de detección indirecta de una enfermedad o discapacidad en fase preconceptica*”.

Asimismo, bajo tal escenario incluimos los casos en que el profesional que atiende a una mujer encinta por un motivo ajeno a su embarazo, omite informarle la posible patología o discapacidad que detecta en la persona que lleva en su vientre – o los indicios de tales males– y, por lo tanto, no le aconseje la realización de un diagnóstico prenatal cuando debió hacerlo, supuesto que denominamos “*falta de detección indirecta de una enfermedad o discapacidad en fase prenatal*”.

En ambos casos, la información brindada por el galeno acerca de la enfermedad o discapacidad indirectamente detectada –o de su posible presencia (“indicio”) –, hubiera permitido a quien en un futuro concibe un hijo (o a quien ya lo hizo), contar con la información suficiente acerca de su estado de salud (o el de su hijo), y, por lo tanto, decidir en consecuencia. De allí que también consideramos pertinente incluir estos escenarios bajo los cuales es posible que demandas de *wrongful birth* y *wrongful life* se entablen.

En suma, no cualquier negligencia médica es causa eficiente para la procedencia de estas acciones. Así, si el error por parte del galeno consistió en llevar a cabo defectuosamente una esterilización o un aborto, no estaremos en presencia de una acción por *wrongful birth* o de *wrongful life* independientemente de que el niño nazca sano o con alguna patología o discapacidad. En cambio, dichas demandas podrán interponerse ante negligencias médicas que pueden presentarse en dos momentos:

a.- Previas a la concepción; en el diagnóstico preconceptico, brindado por el profesional de la salud acerca de una condición en cualquiera de los padres, o en ambos, que le producirá al por nacer una enfermedad, donde el apropiado diagnóstico hubiera llevado a

¹³⁴ Utilizamos la palabra *prima facie* puesto que, como se verá más adelante, pueden surgir algunos inconvenientes a la hora de establecer la procedencia de estas acciones.

que los padres sean conscientes de los riesgos que enfrentaban al concebir; o, en los casos de la falta de detección indirecta de una enfermedad o discapacidad en fase preconceptiva, donde la correcta información le hubiera permitido al paciente decidir lo que consideraba corresponder en relación a su futura descendencia.

b.- Posteriores a la concepción y anteriores al nacimiento: en diagnosticar una condición en el por nacer que le producirá una enfermedad o discapacidad, donde el apropiado diagnóstico preimplantatorio o prenatal hubiera llevado a que los padres no implanten el embrión o a que interrumpan el embarazo en curso; o, en el caso de falta de detección indirecta de enfermedades o discapacidad en fase prenatal, donde la apropiada información le hubiera posibilitado a los padres ya sea conocer la enfermedad o discapacidad que presentaba su hijo y decidir al efecto, o practicarse los estudios correspondientes para luego decidir en consecuencia¹³⁵.

En suma, en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* la negligencia médica impide a los padres contar con la información suficiente acerca del mal que podría aquejar (supuesto a)), o que efectivamente aqueja (supuesto b)), al por nacer; información que, de haber sido brindada correctamente por el profesional de la salud interviniente, hubiera permitido a éstos decidir si concebir; si llevar a término un embarazo o no; o, en el caso de las TRHA, si implantar o no un embrión. Cuando se verifica cualquiera de estas situaciones y nace una criatura afectada por el mal que se omitió diagnosticar, siendo el propio menor que nace afectado con la patología o discapacidad quien interpone la demanda, o un adulto en representación de aquél, estaremos en presencia de una acción por *wrongful life*. En cambio, cuando los padres son los que interponen la demanda ante iguales escenarios, tendremos una acción de *wrongful birth*.

2.2.- La legitimación

La legitimación, “derecho que tiene quien se presenta a la jurisdicción de obtener una decisión sobre el mérito, es decir un pronunciamiento sobre el derecho sustancial invocado por las partes, sea tal decisión favorable o desfavorable¹³⁶”, suele clasificarse en dos grandes grupos: la legitimación para obrar o *ad causam* y la legitimación procesal o *ad procesum*.

La legitimación para obrar consiste en la cualidad que tiene una persona para reclamar respecto de otra por una pretensión en el proceso¹³⁷ por ser el titular de la relación jurídica sustancial en que se funda dicha pretensión, con prescindencia de su fundabilidad. En cambio, la legitimación procesal alude a la capacidad procesal del litigante para constituirse

¹³⁵ Consideramos que tanto descartar embriones como interrumpir el embarazo constituyen afectaciones al derecho a la vida. Sin embargo, desde lo teórico estudiamos este caso como posible planteo de acciones, sin perjuicio de que se debe tener en cuenta todo el análisis que hacemos en este trabajo

¹³⁶ ARAZI, Roland, *La legitimación como elemento de la acción*, en *La legitimación. Homenaje al Profesor Doctor Lino Enrique Palacio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 23

¹³⁷ FALCÓN, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Tomo III, 1984, p. 42.

como parte o, lo que es lo mismo, a la aptitud necesaria para ejecutar personalmente actos procesales válidos¹³⁸.

Dedicaremos la presente sección a desarrollar la legitimación para obrar tanto activa como pasiva en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, es decir, analizaremos quiénes son los sujetos titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión a los que la ley le concede el derecho de acción (legitimación activa) y a los que los habilita para contradecir (legitimación pasiva)

2.2.1.- La legitimación activa en las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life*

Hemos visto que una de las principales diferencias existentes entre las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* es la que atañe a la legitimación activa: mientras que en las primeras son los padres quienes, en principio, se encuentran facultados para interponerlas; en las segundas, el que detenta la aptitud o capacidad para pretender es el hijo que nace con la enfermedad o discapacidad. No obstante, corresponde formular ciertas precisiones con relación a este tema.

2.2.1.1.- ¿Quién puede entablar una acción por *wrongful birth*?

Con relación a las demandas de *wrongful birth*, lo primero que debe repararse es que si bien los autores son contestes en reconocer la procedencia de este tipo de acciones cuando ellas son entabladas tanto por la mujer que dio a luz como cuando es promovida por ambos progenitores, no muchos consideran que el padre por sí sólo tenga legitimación suficiente para demandar.

Tal tesis se encuentra respaldada por el pensamiento de que “el aborto es una práctica, que de acudirse a ella, es inherente a la mujer; se trata de una decisión exclusiva y personalísima de la misma, y por lo tanto intransferible”¹³⁹.

Así, la Sala Tercera del Tribunal Supremo Español en un caso en que el padre era el único demandante, rechazó la pretensión por entender que “el daño moral está directamente conectado con el derecho a la información reconocido en el artículo 14.5 de la Ley General de Sanidad y en la Ley 41/2002 y con la consiguiente facultad de optar por la interrupción del embarazo que, en situaciones normales, constituye un derecho personal e intransferible de la madre”¹⁴⁰.

No obstante, con anterioridad afirmamos que las acciones por *wrongful birth* pueden entablarse también cuando se verifica una negligencia médica a la hora de diagnosticar una condición en cualquiera de los futuros padres (o en ambos), o en el embrión a implantarse que le producirá al por nacer una enfermedad, donde el apropiado diagnóstico preconcepcivo o preimplantatorio hubiera llevado a que los padres sean conscientes de los riesgos que enfrentan al concebir o al implantarse el embrión. También hablamos de la falta de información brindada a los futuros progenitores (o a alguno de ellos) cuando un médico

¹³⁸ PALACIO, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 21° Ed. actualizada por Carlos Enrique Camps, 1° re impresión, Abeledo- Perrot, 2016, p. 238.

¹³⁹ VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu *El concepto de wrongful birth (...)* op. cit.

¹⁴⁰ STS 92/2007, 5 de Diciembre de 2007, Sala III.

indirectamente detecta la presencia de tales riesgos o graves indicios que aconsejen la realización de un diagnóstico preconcepcivo.

Bajo tales premisas, y de verificarse todos los presupuestos de la responsabilidad civil que se analizarán en el capítulo III del presente trabajo, consideramos que puede resultar factible bajo el ordenamiento jurídico vigente que un padre, por su derecho propio, se encuentre legitimado para articular una demanda de este tipo, independientemente de la actitud que asuma la madre de la criatura.

En lo referente a la legitimación que pudieran tener otros terceros para reclamar los daños causados, como es el caso de los hermanos u otros parientes del niño que nace afectado por la patología o discapacidad, su aceptación también dista de ser generalizada aunque existen casos jurisprudenciales en los que se les ha hecho lugar.

En este sentido, corresponde recordar lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia N° 1 en el caso que motivó el pronunciamiento dictado el 7 de junio de 2002 por la Sala Primera en lo Civil del Tribunal Supremo Español¹⁴¹. En el *sub lite* Donato, María Luisa y Pedro Antonio demandaron al médico ginecólogo Bruno y a Previsión Popular de Seguros S.A., propietaria de la Clínica donde el anterior prestaba sus servicios, en atención a que “a mediados del mes de Abril de 1989, María Luisa, de 40 años de edad, madre de tres hijos, que había tenido un aborto espontáneo en el mes de enero de 1989, acudió a la consulta de Don Bruno, quien comprobó que la paciente se hallaba embarazada de dos meses y medio; transcurrido el periodo de gestación, durante el cual la Sra. María Luisa fue atendida por el doctor Bruno, aquélla dio a luz el día 9 de Octubre de 1989, asistida por el citado médico, a un hijo varón, con el síndrome de Down, a quien se le detectó a las pocas semanas de vida cardiopatía y una hepatopatía”.

Así las cosas, y si bien las instancias posteriores revirtieron el fallo¹⁴², lo importante a destacar es que el Juzgado de Primera Instancia mencionado acogió la demanda y condenó a los emplazados a que “conjunta y solidariamente abonen a los demandantes las siguientes cantidades: diez millones de pesetas a cada uno de los progenitores, veinte millones de pesetas al hijo con síndrome de Down y cinco millones de pesetas a los demás hijos”.

Igualmente, debe rememorarse la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo Español dictada el 18 de mayo de 2006¹⁴³. A diferencia del anterior pronunciamiento, en este caso el error en la prestación sanitaria radicó en la comunicación tardía que se realizó del resultado de una prueba fallida de amniocentesis a la cual se había sometido la gestante (María Rosario) pues, aunque se hubiera repetido la misma, su resultado no hubiera podido ser conocido con la antelación necesaria para practicarse un aborto, lo que la llevó a dar a luz a un niño con trisomía 21. El Juzgado de Primera Instancia N° 49 de Barcelona, acogió la

¹⁴¹ STS 581/2002, 7 de Junio de 2002, Sala I

¹⁴² Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Gerona, revocó parcialmente la misma, en el sentido de condenar a los demandados a que conjunta y solidariamente solamente abonen a los progenitores la suma de cuarenta millones de pesetas.

Asimismo, formalizado el recurso de casación, el Tribunal Supremo desestimó la demanda y absolvió a los accionados. Para así decidir, el Tribunal Supremo entendió que si bien existía incumplimiento material por parte del galeno Bruno al no informar la existencia de pruebas médicas que podían detectar el síndrome de Down que padecía el hijo de los accionantes, no existía relación de causalidad: 1) “Entre la actuación médica y la malformación, ya que no está al alcance de la ciencia médica evitar que el feto esté afectado por el síndrome de Down, incluso en el caso en que se hubiera detectado durante el embarazo”; y 2) “Entre la falta de información y la privación de la facultad de optar por la interrupción del embarazo ya que no es posible probar que la mujer habría decidido abortar si hubiese conocido el estado del feto”. *Ibidem*

¹⁴³ STS 481/2006, 18 de Mayo de 2006, Sala I

demanda y condenó a los demandados¹⁴⁴ al pago de una suma de dinero a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia.

Apelado que fue el fallo, la Sección Dieciséis de la Audiencia Provincial de Barcelona, revocó parcialmente la sentencia de grado y condenó a los demandados “Javier, Medicentros S.L y F.I.A.T.C, a que solidariamente abonen a Juan y María Rosario, la suma de treinta millones de pesetas. Asimismo, en nombre de su hija Yolanda [hermana del *naciturus*] la suma de 5.000.000 ptas., y a ellos en representación de Adolfo [el niño que nació con la discapacidad], la suma que resulte de multiplicar 150.000 ptas. por el número de meses transcurridos desde el 30 de noviembre de 1994 [fecha en que nació el menor], hasta el día en que se realice el pago. En igual forma se condena a los reseñados demandados a abonar, a la persona que ostente la patria potestad o tutela, en su caso, de Adolfo, la suma de 150.000 ptas. mensuales, suma que se incrementará o disminuirá conforma a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo¹⁴⁵”.

Interpuesto el recurso de casación, el Tribunal Supremo confirmó la decisión con respecto al médico demandado y Medicentros S.L, pero absolvió a F.I.A.T.C. por entender que dicha entidad se limitó a permitir la utilización de las instalaciones de la Clínica donde se realizó la punción y extracción del líquido amniótico, pero que no asumió ninguna responsabilidad para con los actores en cuanto a la realización y comunicación de los resultados de la prueba de amniocentesis.

Por lo tanto, y si bien en este caso el Tribunal Supremo no entró a revisar el daño en virtud de que el recurso de casación no se dedujo por la vía adecuada, la importancia de este pronunciamiento radica en el hecho de que se confirmó la sentencia de la instancia anterior que había reconocido no sólo a favor de cada uno de los padres una indemnización de treinta millones de pesetas (30.000.000 Ptas.), sino que también había ordenado abonar a la hija anterior del matrimonio, Yolanda, el pago de la suma de cinco millones de pesetas (5.000.000 Ptas.) y un renta vitalicia a favor del menor que nació afectado con síndrome de Down.

2.2.1.2.- ¿Quién puede entablar una acción por *wrongful life*?

En las acciones de *wrongful life* el único que ostenta legitimación activa para obrar es el niño que nace afectado con la patología o discapacidad. No existe otra persona titular de la relación jurídica sustancial sobre la que se asienta su pretensión.

Sin perjuicio de ello, llegado a este punto, resulta pertinente poner de resalto que, en la generalidad de los casos, quienes ejercerán la acción serán los padres o representantes legales, en nombre del menor con discapacidad o enfermo. Ello así, principalmente, por un tema de prescripción de la acción.

En consecuencia, si bien la legitimación para obrar es del niño, la legitimación procesal la detentarán sus padres o representantes legales.

2.2.1.3.- La legitimación pasiva en las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life*

¹⁴⁴ Los emplazados eran: Medicentro Sociedad Limitada –entidad que había contrato directamente con el matrimonio actor, Juan y María Rosario, la realización de la prueba de amniocentesis, al médico especialista en obstetricia y ginecología, doctor Javier –galeno encargado de controlar el embarazo de María Rosario –, y a F.I.A.T.C Mutual de Seguros y Reaseguros a Prima Fija –propietaria de la Clínica donde se realizó la prueba.

Ibidem

¹⁴⁵ *Ibidem*

En principio, las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life* se van a entablar contra el o los profesionales de la salud que actuaron negligentemente.

Vale destacar que en las acciones de *wrongful birth* no es necesario que los progenitores hayan efectivamente celebrado con estos sujetos un contrato de prestación sanitaria, puesto que basta para dar nacimiento a estos reclamos la circunstancia de que dicho profesional haya intervenido negligentemente de algún modo en el proceso de diagnóstico.

No obstante, será igualmente útil conocer si quien actuó negligentemente se encontraba ligado o no con los progenitores por un contrato a los efectos de encuadrar la reclamación de responsabilidad civil en la esfera contractual o extracontractual; claro está, vale aclarar, en aquellos países en donde el sistema de responsabilidad civil admita tal tajante división.

Por su parte, en las acciones de *wrongful life*, nunca podrá existir un contrato entre el profesional sanitario que actúa negligentemente y el niño que reclama puesto que ello sería materialmente imposible. Volveremos sobre este tema más adelante.

Asimismo, las demandas de este tipo pueden dirigirse contra la institución donde ese profesional sanitario presta sus servicios, ya sea que la misma revista naturaleza pública o privada, y también, por qué no, contra la obra social, prepaga, mutual o entidad que preste cobertura médica, que vinculó a esos padres con los primeros, y contra sus respectivas compañías de seguros.

Hasta aquí la legitimación pasiva en las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life* no difiere en demasía de los demás casos de responsabilidad civil médica.

Sin embargo, y si bien limitado a los escenarios en los que los diagnósticos preimplantatorios o preconceptivos no se realizan, o se realizan pero defectuosamente, o cuyo resultado es comunicado a destiempo, resta por incluir también entre los legitimados pasivos de las acciones de *wrongful birth* y *life* a los centros donde se practica una TRHA y a los bancos donde se almacenan los gametos que se utilizarán luego para efectuar la TRHA.

Asimismo, no vemos inconvenientes por los cuales, mediando una TRHA heteróloga, el donante de los gametos con los que luego se concibe una persona con una enfermedad genética hereditaria sea pasible de estas acciones a pesar de que no tenemos conocimiento de la existencia de jurisprudencia sobre este tema.

2.3.- Los presupuestos de hecho de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*

Al estudiar el concepto de las acciones de *wrongful birth* y *life* afirmamos que la negligencia médica que transita los carriles de estas pretensiones podía presentarse de manera previa a la concepción, ya sea en (1) el diagnóstico preconceptivo brindado por el profesional de la salud acerca de una condición en cualquiera de los padres, o en ambos, que le producirá al por nacer una enfermedad, donde el apropiado diagnóstico hubiera llevado a que los padres sean conscientes de los riesgos que enfrentaban al concebir; o bien, (2) en los casos en que indirectamente el galeno detecta la enfermedad o discapacidad, o los riesgos de ella, y omite informar de ello a los futuros progenitores.

Asimismo, sostuvimos la posibilidad de que dicha negligencia se presente luego de la concepción pero antes del nacimiento, es decir, en fase prenatal, cuando (1) no se diagnostique la condición en el por nacer que le ocasionará una enfermedad o discapacidad, donde el apropiado diagnóstico preimplantatorio o prenatal hubiera llevado a que los padres no implanten el embrión o a que interrumpan el embarazo en curso; o bien cuando (2) el

médico nada dice acerca de la enfermedad o discapacidad, o los riesgos de ella, que indirectamente detecta en el *naciturus*.

Adhiere a los lineamientos expuesto la autora española Macía Morillo, quien en su tesis doctoral titulada “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*)”, distingue cuatro escenarios que pueden configurar el supuesto de hecho para que estas acciones prosperen; a saber:

“1.- **Diagnósticos preconceptivos:** el supuesto de hecho se plantea en el contexto de un sujeto o una pareja que acude a un profesional sanitario con anterioridad a la concepción para averiguar si existen riesgos que amenacen a su futura descendencia. El profesional sanitario, sin embargo, no advierte de la existencia de enfermedades de tipo genético, hereditario o, en general, transmisible, que pueden afectar el desarrollo del futuro ser.

2.- **Diagnósticos preimplantatorios:** en este caso la falta de información se produce en el contexto de un procedimiento de reproducción asistida (fecundación *in vitro*, inseminación artificial y transferencia intratubárica de gametos). El profesional sanitario no informa a los progenitores de los defectos presentes en el material genético que se ha de emplear o en el preembrión ya fecundado

3.- **Diagnósticos prenatales:** la conducta del profesional sanitario que tiene como consecuencia la privación de información a los progenitores sobre el estado de salud del *naciturus* se produce en estos casos durante el seguimiento de un embarazo ya en curso.

4.- **Diagnósticos indirectos:** se plantea en este supuesto la privación de información sobre los males que amenazan a la descendencia futura o ya concebida en el contexto de una prestación sanitaria no centrada en tal descendencia, sino en uno de los progenitores. El caso, en concreto, es aquél que se produce cuando el profesional conoce por razón de su prestación sobre un sujeto de un riesgo respecto de la descendencia futura del cual no informa al paciente al que atiende. Estos casos son más frecuentes en la fase preconceptiva que en la fase prenatal, puesto que en esta segunda la atención de la mujer embarazada suele contemplar ya en el ámbito de la prestación la existencia de un *naciturus*”¹⁴⁶.

En consecuencia, siendo evidente la vinculación que existe entre las acciones de *wrongful birth* y *life* y la falta de detección indirecta de una enfermedad o discapacidad en fase preconceptiva o prenatal (o “diagnósticos indirectos” en la terminología de Macía Morillo), los diagnósticos preconceptivos, los preimplantacionales y los prenatales, a continuación desarrollaremos estos presupuestos de hecho para precisar sus términos y alcances, preguntándonos, en cada caso, qué es lo que sucede con ellos a la luz de la legislación argentina.

2.3.1.- Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* y la falta de detección indirecta de una enfermedad o discapacidad en fase preconceptiva o prenatal

Hemos afirmado que la falta de detección indirecta de enfermedades o taras que puede autorizar la promoción de una acción de *wrongful birth* y/o de *wrongful life*, tiene lugar cuando el profesional de la salud, al realizar una prestación sanitaria por un motivo distinto de la futura descendencia del paciente (*v gr.* un problema cardíaco, de alimentación, etc.), o del *naciturus* que la paciente lleva en su vientre, incurre en una falta en el deber de información para con dicho paciente puesto que no le hace saber la enfermedad o tara que detectó, privándolo, de este modo, de decidir en consecuencia.

Asimismo, señalamos que si bajo el mismo escenario, el médico en lugar de detectar una enfermedad o tara, descubre graves indicios de ella, y no aconseja a su paciente la

¹⁴⁶ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad por los diagnósticos (...)* op. cit. p. 43-45

realización de un diagnóstico genético preconceptico o prenatal¹⁴⁷ para corroborar su presencia, el presupuesto de hecho que aquí analizamos también se encontraría configurado¹⁴⁸.

Como puede apreciarse, en uno u otro supuesto, la atención galénica no está directamente enfocada en la futura descendencia del paciente, o en el por nacer que la paciente embarazada llevaba en su vientre. De allí que recurramos al término de “*falta de detección indirecta de una enfermedad o discapacidad en fase preconceptica o prenatal*” para referirnos al presupuesto de hecho bajo estudio, el que, vale aclarar, nos resulta más apropiado que el utilizado por Macía Morillo (“*diagnóstico indirecto*”) por resultarnos más descriptivo de los supuestos implicados.

Ahora bien, llegados a este punto, y en virtud de los casos jurisprudenciales que se han planteado, entendemos que un escenario más puede ser incluido dentro de la nómina antes descrita. Hacemos referencia al supuesto en que el médico, al evaluar a un menor de edad, incurre en un error de diagnóstico al omitir detectar en dicho paciente la patología hereditaria que presenta y, en consecuencia, los padres de ese menor que son portadores de la mencionada enfermedad hereditaria conciben otro hijo con el mismo mal, el que de haber sido conocido oportunamente les hubiera permitido decidir lo contrario, es decir, no concebir un hermano de ese primer hijo.

Si bien los antecedentes jurisprudenciales de este tipo de demandas son casi nulos, *Park v. Chessin*¹⁴⁹ se erige no sólo en uno de los pocos casos norteamericanos en el que se hizo lugar a una acción de *wrongful life*, sino también es uno de los contados procesos que tiene este sustrato fáctico. Sentenciado en 1977 por la Corte de Apelación de *Queens County*, en el *sub lite* los padres de una menor fallecida (*Lara E. Park*), por su propio derecho y en representación de su hija, demandaron a los médicos que atendieron a la madre durante el embarazo por no haberles informado acerca de los riesgos que enfrentaban de concebir una hija con una malformación congénita como la que sufrió la menor (riñones poliquísticos) y que le ocasionó su muerte luego de tan sólo dos años y medio de vida. Concretamente, lo que aconteció fue que los actores habían tenido con anterioridad un hijo que murió al poco tiempo de su nacimiento el que si bien había sido diagnosticado por uno de los galenos emplazados (*Dr. Chessin*) con la misma enfermedad con la que nació *Lara*, ni ese profesional ni los ulteriores que atendieron a los padres nunca les informaron que la patología era hereditaria, por lo que concibieron a *Lara* sin conocer el riesgo que enfrentaba su descendencia.

De modo similar, en *Turpin v. Sortini, James y Donna Turpin*, reclamaron, en representación de su hijo (*Joy*) y de la anterior hija del matrimonio (*Hope*), una indemnización civil contra el Dr. *Adam J. Sortini*, el centro de rehabilitación donde aquél prestaba sus servicios (*Leon S. Peters Rehabilitation Center*) y el hospital del que dependía dicho centro (*Fresno Community Hospital*) dado que el 24 de septiembre de 1976, *James* y

¹⁴⁷ Nótese que aludimos sólo a diagnósticos preconceptivos y prenatales, no a los preimplantatorios, dado que las prestaciones sanitarias que se pueden realizar sobre un embrión generalmente están destinadas a evaluar su salud, como se verá más adelante (ver capítulo II, apartado 2.3.3).

¹⁴⁸ A este supuesto se refiere Emaldi Cirión cuando afirma que será obligatorio para el médico remitir a la mujer embarazada a un hospital en el que se verifique un diagnóstico prenatal si durante el proceso del embarazo y a través de ecografías sistemáticas detecta o sospecha el galeno de la existencia de un trastorno fetal. EMALDI CIRIÓN, Aitziber, *El consejo genético (...)*, op. cit., p. 42.

¹⁴⁹ SUPREMA CORTE DE QUEENS COUNTY *in re* Park v. Chessin, 2/9/1976 (Ref. 88 Misc.2d 222 (1976)) [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://www.leagle.com/decision/197631088misc2d2221246>

Donna, por recomendación de su pediatra, llevaron a su primer hija –y única, en ese momento –, *Hope*, a una consulta con el Dr. *Sortini*, un médico especializado en el diagnóstico y tratamiento de defectos del habla, para que la evalué por un posible defecto en su audición. Tras examinar a *Hope*, el galeno informó a los padres que la audición de la menor se encontraba dentro de los límites normales cuando, en razón de verdad, ella era sorda de nacimiento por un defecto congénito. Tal circunstancia, sumada al riesgo potencial de que cualquier hijo de la pareja podía tener igual defecto de audición por tratarse justamente de una enfermedad hereditaria, recién fue conocida por los progenitores un año más tarde: el 15 de octubre de 1977. No obstante, en diciembre de 1976, *James* y *Donna* concibieron a su segundo hijo (*Joy*), quien nació el 23 de agosto de 1977 con el mismo defecto congénito que *Hope*.

Por tales motivos, *James*, *Donna*, *Hope* y *Joy* interpusieron una demanda por responsabilidad civil contra el Dr. *Sortini*, el hospital y el centro de rehabilitación en la que reclamaron: a) *Hope*: la reparación de los daños causados por el tardío diagnóstico de su condición; b) *Joy*: la reparación de los daños resultantes de la vulneración de su derecho a nacer como un ser humano funcional y aquellos gastos extraordinarios derivados de su especial enseñanza, entrenamiento y del equipo de audición que debía usar de por vida y c) *James* y *Donna*: por el daño moral causado y los gastos de mantenimiento y cuidado médico de sus hijos hasta que ellos sean mayores de edad.

Apelado que fue lo resuelto por las instancias anteriores en relación a la pretensión de *Joy*, la Corte Suprema de California, el 3 de mayo de 1982, hizo lugar a los gastos extraordinarios de enseñanza, entrenamiento y del equipo de audición reclamados en su nombre por ser estos daños ciertos y conmensurables y desestimó, en cambio, los resultantes de la vulneración a su derecho a nacer como un ser humano funcional, tema éste sobre el cual volveremos más adelante (ver capítulo III, punto 3.3.2).

Igualmente, lo que aquí interesa resaltar es el hecho de que de haber sido correctamente diagnosticada la primera hija de los actores (*Hope*), ni sus padres ni su hermano *Joy*, hubieran tenido legitimación para reclamar en los términos de una acción de *wrongful birth* y *life* como lo hicieron. En efecto, la Suprema Corte inicia su pronunciamiento considerando que “Este caso presenta la pregunta de si un niño nacido con una aflicción hereditaria puede tener un recurso de agravio en contra de un proveedor de atención médica que –antes de la concepción del niño – negligentemente falló en aconsejar a los padres del menor de la posibilidad de dicha condición hereditaria, privándolos de la oportunidad de elegir no concebir a ese niño¹⁵⁰” (la traducción me pertenece).

En virtud de lo hasta aquí expuesto, entendemos que el presupuesto de hecho que denominamos bajo el rótulo de “falta de detección indirecta de enfermedades o taras” que puede dar lugar a la promoción de una acción de *wrongful birth* y/o de *wrongful life* se configura cuando el médico al evaluar a:

¹⁵⁰ “This case presents the question of whether a child born with an hereditary affliction may maintain a tort action against a medical care provider who -- before the child's conception -- negligently failed to advise the child's parents of the possibility of the hereditary condition, depriving them of the opportunity to choose not to conceive the child”. SUPREMA CORTE DE CALIFORNIA *in re* Turpin v. Sortini, 3/5/1982 (Ref. S.F. No. 24319. Supreme Court of California. May 3, 1982.) [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <http://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/31/220.html>

- a) Un paciente por un motivo ajeno a su futura descendencia, detecta la presencia de una enfermedad o tara que puede incidir en la futura descendencia de ese paciente si decide concebir y omite informarle al mencionado paciente acerca de su hallazgo;
- b) Un paciente por un motivo ajeno a su futura descendencia detecta un grave indicio de la presencia de una enfermedad o tara que puede incidir en la futura descendencia de ese paciente si decide concebir y de la conveniencia de realizarse mayores estudios (v. gr. un diagnóstico genético preconceptico)¹⁵¹;
- c) Una mujer embarazada por un motivo ajeno al niño por nacer que lleva en su vientre, detecta la presencia de una enfermedad o tara que puede tener su bebe y omite informarle a la mencionada mujer acerca de su hallazgo;
- d) Una mujer embarazada por un motivo ajeno al niño por nacer que lleva en su vientre, detecta un grave indicio de la presencia de una enfermedad o tara que puede tener su bebe y omite informarle a la mencionada mujer acerca de la conveniencia de realizarse mayores estudios (v. gr. un diagnóstico genético prenatal).
- e) Un menor de edad, omite detectar la patología hereditaria que ese menor presenta y, en consecuencia, no informa a los padres de la misma, por lo que ellos conciben otro hijo, que no hubieran concebido de haber conocido la patología hereditaria que portaban.

En cuanto a la situación que se verifica en la Argentina, si bien es cierto que no existe una disposición normativa que expresamente contemple el supuesto bajo análisis, no menos cierto es que la ley nacional N° 26.529 de “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”, reformada por la ley 26.742, dispone en su artículo 2° que “El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud”, entendiéndose por tal “aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos”.

De ello se infiere que si el profesional de la salud realiza una prestación sanitaria y descubre un indicio o la presencia de un problema de salud en su paciente, tiene el deber de comunicarle su hallazgo, más allá de que el paciente haya acudido a él por un motivo ajeno o distinto a ese indicio o problema de salud detectado.

En consecuencia, atento el estado actual de nuestro derecho, somos de la opinión que el presupuesto de hecho bajo análisis bien puede plantearse en la República Argentina.

¹⁵¹ “(...) si dicho médico, bien por negligencia o por descuido, no les hace saber [a los futuros progenitores] de este servicio sanitario [consejo genético] cuando se dan en la pareja antecedentes de enfermedades genéticas suficientes para pensar que se pueden generar riesgos graves para la salud propia o de la descendencia, el facultativo puede ser demandado por negligencia médica en concepto de responsabilidad civil, si de ello se deriva y se acredita un daño efectivo”. EMALDI CIRIÓN, Aitziber, *El consejo genético (...)*, op. cit., p. 42.

2.3.2- Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* y los diagnósticos preconceptivos

El segundo presupuesto de hecho que entendemos puede dar lugar a una demanda de *wrongful birth* o *life* es el referente a los diagnósticos realizados con carácter previo a la concepción.

Para comprender su significado, resulta pertinente recordar que los descubrimientos acaecidos en la última centuria en el campo de la genética¹⁵², permitieron probar que el desarrollo del cuerpo humano comienza a partir de una única célula llamada cigoto¹⁵³ en cuyo núcleo se alojan 23 pares de pequeñas unidades denominadas cromosomas¹⁵⁴. Cada cromosoma, a su vez, está formado por un conjunto de moléculas de ácido desoxirribonucleico (ADN) que son de fundamental trascendencia puesto que transportan la información para que el cuerpo produzca las proteínas necesarias para funcionar correctamente.

Estas moléculas de ADN, a su vez, se estructuran en torno a una secuencia de nucleótidos (adenina, timina, guanina, citosina), los que, en segmentos, se denominan

¹⁵² Al respecto, Tarbuch relata que “En 1.838 se descubre que todos los organismos vivos están compuestos por células. Por el año 1.856 en un monasterio Agustino, en Austria, el monje Gregorio Mendel comienza a realizar observaciones que lo llevarán a formular las leyes básicas de la herencia, experiencia que llevó a cabo con plantas de guisantes. Su descubrimiento, hecho público en 1.866, constituye la piedra fundamental sobre la que se erige la ciencia que puede cambiar los destinos de la humanidad. En 1.871 se logró aislar el ácido desoxirribonucleico en el núcleo de una célula; mientras que en 1.925 se descubre que la actividad del gen está relacionada por su posición en el cromosoma. Por el año 1.943 el ADN es identificado como la molécula genética, proponiéndose su estructura en doble hélice en 1.953. En este año, James Watson y Francis Crick descubrieron que la clave de la herencia de todas las criaturas vivientes se encuentra inscrita en la molécula del ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO. Este descubrimiento científico abrió las puertas para conocer el misterio de la clave de la vida, contenida en el ADN”. TARBUCH, Liliana Mónica *Eugenesia: Esperanza para una vida más saludable*, eldial.com, 17/08/2001

¹⁵³ El cigoto es la célula resultante de la fusión de los núcleos de dos gametos: el óvulo y el espermatozoide.

¹⁵⁴ Esa primera célula humana, que contiene 23 pares de cromosomas (es decir, 46 unidades de cromosomas en total que se agrupan de par en par), comienza a reproducirse a través de un proceso que se denomina “meiosis”, formando de este modo dos células idénticas entre sí, con 23 pares de cromosomas cada una, que a su vez se dividirán y formará cuatro células y así sucesivamente, hasta configurar la totalidad del cuerpo del ser humano. Estas células de 23 pares de cromosomas son conocidas bajo el nombre de células somáticas, diploides o autosómicas, y forman la mayor parte del cuerpo humano. Pero en nuestro cuerpo también existen otras células que no son somáticas y que en vez de contener 46 unidades de cromosomas (23 pares) como tienen las células diploides, tienen sólo la mitad, es decir, 23 cromosomas. Estas células “haploides” suelen conocerse con el nombre de gametos y llevan la denominación de óvulos en las mujeres y de espermatozoides, en los varones. Las células haploides se generan a partir de un proceso que tiene lugar en los órganos reproductores masculinos y femeninos y que se conoce como “mitosis”. La unión de las 23 unidades de cromosomas de la célula haploide llamada óvulo y de las 23 unidades de cromosomas de la célula haploide llamada espermatozoide da lugar al cigoto, que como dijimos, tiene 46 cromosomas.

Empero, ¿qué hace que una mujer sea mujer y un varón, tal desde el punto de vista cromosómico? De esos 46 cromosomas – o 23 pares – que tiene toda célula humana, hay un par de cromosomas (es decir, 2 unidades de cromosomas) que es diferente en los hombres y en las mujeres: el par de cromosomas sexuales o ligados al sexo. El par de cromosomas sexuales de la mujer se denomina XX. El par de cromosomas sexuales del hombre se denomina XY. En otras palabras, las mujeres tienen en cada célula 46 XX y los varones, 46 XY. El óvulo que tiene sólo 23 cromosomas, siempre tendrá unidades de cromosomas X, mientras que en el varón algunos espermatozoides tendrán 23 unidades de cromosomas X y otros 23 unidades de cromosomas Y.

Por lo tanto, si el óvulo fuera fertilizado por un espermatozoide con un cromosoma X, el cigoto tendrá cromosomas XX, lo que conducirá a que, al cabo de nueve meses, nazca una niña. En cambio, si el espermatozoide que fecunda al óvulo tiene un cromosoma Y, nacerá un varón.

“genes”. La secuencia completa de ADN de un organismo se denomina “genoma” y fue decodificada en su totalidad por primera vez en el año 2003.

Ahora bien, “cada persona posee una secuencia de ADN única e irrepetible, pero tal ‘unicidad’ se funda en diferencias que existen en tan sólo un 0,1% del genoma [es decir, de esa secuencia de ADN], de modo que las secuencias genéticas de diferentes personas son iguales en un 99,9%¹⁵⁵”. Sin dudas parece un porcentaje ínfimo, en el cual muy poco espacio genético queda para las diferencias dentro de la misma especie humana. No obstante, estas variaciones, sumadas a las interacciones con el medio ambiente hacen que por ejemplo, el color de pelo o de ojos, la altura o los rasgos de las personas no sean idénticos en cada uno de nosotros.

Asimismo, esas mismas variaciones genéticas son las que producen que determinados seres humanos presenten o tenga una predisposición para desarrollar ciertas enfermedades. Entre las mismas, podemos distinguir los siguientes tipos:

a.- Trastornos monogénéticos: también llamados trastornos mendelianos, se presenta cuando la mutación genética aparece en un gen particular. Los patrones básicos de manifestación de estos defectos dependerán de si el gen afectado pertenece a un cromosoma autosómico¹⁵⁶ o si se encuentra en un cromosoma sexual o ligado al sexo (XX y XY) y si el rasgo del mismo es dominante¹⁵⁷ o recesivo¹⁵⁸. Así tendremos las siguientes combinaciones: 1) Enfermedades autosómicas dominantes; 2) Enfermedades autosómicas recesivas; 3) Enfermedades ligadas al sexo dominantes; 4) Enfermedades ligadas al sexo recesivas.

b.- Trastornos cromosómicos: la mutación genética se presenta en todo el cromosoma o en un segmento importante de éste. Según se originen en un exceso o un defecto de los genes contenidos en un cromosoma o en un defecto en su estructura, los trastornos cromosómicos pueden clasificarse en dos tipos: (1) numéricos y (2) estructurales.

Los trastornos cromosómicos numéricos se producen cuando hay un cambio en el número de cromosomas (más o menos de 46 cromosomas). Algunos ejemplos incluyen el síndrome de Down (trisomía 21), la trisomía 13, la trisomía 18, el síndrome de Klinefelter y el síndrome de Turner. En cambio, los trastornos cromosómicos estructurales, son causados por quiebres dentro de un cromosoma. En estos tipos de trastornos puede haber más o menos de dos copias de cualquier gen. Esta diferencia en el número de copias de genes puede resultar en señales y síntomas clínicos en los individuos afectados¹⁵⁹.

c.- Trastornos multifactoriales: También llamados poligenéticos, tienen lugar cuando hay mutaciones en dos o más genes junto con la influencia de factores ambientales. El cáncer y las enfermedades coronarias constituyen ejemplos de estos trastornos.

De lo expuesto, se colige que en todos los trastornos descriptos existe una mutación genética. No obstante, cuando aludimos a enfermedades genéticas, sólo hacemos referencia a los trastornos monogénicos y cromosómicos dado que basta con la existencia de un defecto en uno o más genes o cromosomas para que el estado patológico se verifique. En cambio, en

¹⁵⁵ LAFFERRIERE, Jorge Nicolás *Implicancias jurídicas del Diagnóstico Prenatal, El concebido como hijo y paciente*, 1° impresión, Ed. EDUCA, Buenos Aires, 2011, p. 49.

¹⁵⁶ La Real Academia Española, define al autosoma como “Cualquier cromosoma distinto a los cromosomas sexuales. En el cariotipo humano hay 22 pares autosómicos”.

¹⁵⁷ Es el carácter hereditario o alelo que prevalece sobre su alternativo y se manifiesta en el fenotipo.

¹⁵⁸ El carácter hereditario recesivo no se manifiesta en el fenotipo del individuo que lo posee pero si puede aparecer en su descendencia.

¹⁵⁹ Al respecto, ver <https://rarediseases.info.nih.gov/files/preguntas-m%C3%A1s-frecuentes-sobre-los-trastornos-cromos%C3%B3micos.pdf>

las enfermedades multifactoriales se requiere no sólo de la presencia de varios genes mutados, sino también su interrelación con factores externos.

Las enfermedades genéticas presentan diversa gravedad y pueden manifestarse a lo largo de la vida de una persona, aunque, conforme la Organización Mundial de la Salud –en adelante OMS –, las enfermedades genéticas hereditarias que se manifiestan en el momento del nacimiento son especialmente graves, “pues pueden provocar una muerte prematura o un estado de morbilidad crónica a lo largo de toda la vida.¹⁶⁰”

Por su parte, enseña Moya que, “se han descrito, en la actualidad, más de 15.500 enfermedades genéticas diferentes muchas de ellas genéticamente heterogéneas y otras de las que aún no se conoce la etiología. Las enfermedades genéticas y anomalías congénitas son desordenes poco frecuentes en forma aislada, pero en su conjunto afectan a alrededor del 3-5% de los recién nacidos, son responsables de aproximadamente el 20-30% de las muertes infantiles, y del 30-50% de las muertes post-neonatales¹⁶¹”.

Además, señala la autora citada que “en la Argentina representan la segunda causa de mortalidad infantil, siguiendo a las enfermedades perinatales. Contribuyen también como causa común de morbilidad, siendo motivo frecuente de las admisiones en hospitales pediátricos, alrededor del 11.1% debidas a enfermedades genéticas y el 18.5% por anomalías congénitas¹⁶². En el caso de las internaciones en hospitales del adultos alrededor del 12% son por causas genéticas. A su vez las enfermedades genéticas se vinculan a alrededor del 50% de las causas de discapacidad intelectual¹⁶³”.

Ahora bien, la mutación del gen o cromosoma puede estar desvinculada de todo factor hereditario (enfermedad genética no hereditaria) o provenir del patrimonio genético de los progenitores y vehiculizarse a través de la transmisión de la herencia (enfermedad genética hereditaria).

¹⁶⁰ Cfr. Informe de la Secretaría del Consejo Ejecutivo EB116/3 116 de la Organización Mundial de la Salud, reunión del 21 de abril de 2005, Punto 4.1 del orden del día provisional, “*Control de las enfermedades genéticas*”. En dicho informe se establece que “A nivel mundial, al menos 7,6 millones de niños nacen cada año con malformaciones genéticas o congénitas graves; el 90% de esos niños nacen en países de ingresos medios o bajos”. Además, “en el mundo desarrollado, los trastornos genéticos y congénitos son la segunda causa más frecuente de mortalidad infantil y en la niñez, con una prevalencia al nacer del 25-60 por 1000”. Disponible en: http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/eb116/b116_3-sp.pdf [consultado 13 de diciembre de 2018]

¹⁶¹ MOYA, Graciela, *Diagnóstico prenatal: su relación con la prevención de enfermedades fundantes de discapacidad*, Vida y Ética, 15.2, 2014, [Fecha de consulta:15/8/2017], disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/diagnostico-prenatal-enfermedades-fundantes.pdf>

¹⁶² Congénito no es sinónimo de genético. “El término congénito significa presente al nacimiento, ya sea la manifestación clínica misma, sea esta detectable o no, o el defecto básico bioquímico y/o genético que va a producir manifestaciones clínicas en algún momento futuro. Otra manera de entender el término "congénito" es todo aquello determinado por factores causales que operan previo al nacimiento. Como sinónimos pueden señalarse: alteraciones, anomalías y trastornos. Las cuatro categorías de los defectos congénitos son: anomalías cromosomáticas, mutaciones génicas, efectos ambientales teratogénicos y mixtas. “ (...) los defectos congénitos pueden distinguirse las enfermedades genéticas de las malformaciones congénitas, la diferencia radica en que mientras las primeras derivan de una mutación en el gen (causa endógena), las segundas son el resultado de factores causales químicos, ambientales (exógenos) que operan previo al nacimiento y que conllevan la generación de enfermedades infecciosas. Las primeras generalmente no pueden prevenirse, en las segundas -en su mayoría- los padres tienen conocimiento de la enfermedad que padecen y del riesgo de transmitir la misma, así como los daños que le ocasionarían si consumieran sustancias perjudiciales para el neonato, de ahí que puedan evitar dichos perjuicios si durante el tiempo que dura la enfermedad se abstienen de procrear o de ingerir -existiendo el nasciturus- agentes químicos potencialmente dañosos o multifactoriales”. VILLAVERDE, Gabriela M, *Daños congénitos (...)*, op. cit.

¹⁶³ MOYA, Graciela, *Diagnóstico prenatal: su relación con la prevención de enfermedades (...)* op. cit.

La ciencia y los avances tecnológicos acaecidos en las últimas décadas, facilitaron el análisis de los genes y cromosomas de quienes desean concebir con el objeto de poder detectar muchas de las enfermedades genéticas hereditarias transmisibles. Tales estudios llevan el nombre de “diagnósticos preconceptivos” y consisten en “la información que presta el médico a una pareja o persona individualmente antes del embarazo sobre los riesgos de concebir un hijo con enfermedades o anomalías genéticas, hereditarias o cromosómicas¹⁶⁴”

Claro está que el diagnóstico preconceptivo que ninguna anomalía detecte, conducirá a que el individuo –o la pareja– decida concebir.

Por el contrario, si la realización de dicho diagnóstico arroja que es posible la transmisión de una enfermedad o anomalía a la futura descendencia, la persona o las personas que a él se sometieron, se verán frente a la disyuntiva de si concebir o no. Si eligen la primera opción, o bien asumen el riesgo de una descendencia con anomalías o enfermedades y la consecuente posibilidad de ser luego pasibles de una acción de daños y perjuicios por parte del hijo en atención a lo ya visto con relación a las acciones por procreación irresponsable, o bien recurren a una TRHA, tema que abordaremos luego¹⁶⁵ al tratar los diagnósticos preimplantatorios¹⁶⁶.

Si, en cambio, optan por no concebir, deberán ya sea someterse a un procedimiento de esterilización definitiva, ya sea buscar un método anticonceptivo eficaz que impida la unión del óvulo con el espermatozoide,

De lo expuesto se colige, entonces, que el diagnóstico preconceptivo se erige como una herramienta útil a la hora de tomar decisiones informadas acerca de la futura descendencia. Por supuesto, debe tratarse de un estudio que esté disponible técnicamente y que sea certero, tal como se verá más adelante.

Entonces, ¿cómo se configuraría el supuesto de hecho para que una acción de *wrongful birth* o *life* pueda entablarse?

Entendemos que los siguientes escenarios son posibles:

1.- El médico no practica los estudios genéticos pertinentes a los futuros progenitores de conformidad con la historia clínica de los pacientes, el estado de la medicina y los avances científicos imperantes en la época;

2.- El médico practica dichos estudios pero los interpreta erróneamente;

3.- El médico practica dichos estudios pero no comunica su resultado a los futuros padres o lo hace tardíamente (es decir, luego de que ellos concibieron).

En todos los casos, el apropiado diagnóstico hubiera llevado a que los padres conozcan la patología que los afectaba y asuman el riesgo de concebir o no un niño con la discapacidad o enfermedad que puede llegar a tener la criatura.

¹⁶⁴ EMALDI CIRIÓN, Aitziber, *El consejo genético (...)*, op. cit., p. 90.

¹⁶⁵ Ver capítulo II, apartados 2.3.2.1 y 2.3.3

¹⁶⁶ Por su parte, Highton hace referencia a las siguientes opciones: “Las posibles decisiones para las parejas en riesgo aumentado de transmitir una enfermedad genética a la descendencia son : (a) la abstención reproductiva, si desean evitar la concepción de un producto afectado; (b) correr el riesgo, iniciando y continuando un embarazo sin ningún tipo de intervención, si de cualquier manera desean tener un hijo; y (c) iniciar un embarazo y utilizar las técnicas de diagnóstico prenatal para determinar si el feto está afectado con la enfermedad en cuestión, con la opción, en su caso, de interrumpir la gestación, si desean evitar el nacimiento de un hijo enfermo”. HIGHTON, Elena I. *La salud, la vida y la muerte. un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo I, Daños a la persona, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, p. 14.

Consideramos que, en principio¹⁶⁷, truncada tal posibilidad, los padres que conciben un niño con una anomalía o enfermedad genética hereditaria que podía ser detectada antes de la concepción de haber actuado el profesional sanitario diligentemente, podrían accionar por *wrongful birth*, y el niño nacido con dicho mal, por *wrongful life*.

Ilustra nuestro pensamiento, lo resuelto en 1980 por la Corte de Apelaciones de California en *Curlender v. Bio-Science Laboratories* en el que el negligente diagnóstico genético preconceptico realizado al matrimonio *Curlender* en el laboratorio demandado, llevó a que el padre de la menor, en representación de su hija (*Shauna*), reclame los daños y perjuicios ocasionados por la grave enfermedad hereditaria (Tay- Sachs¹⁶⁸) con la que ella nació¹⁶⁹.

Por lo tanto, la vinculación que existe entre los diagnósticos preconceptivos y las acciones de *wrongful birth* y *life* radica en que la detección en fase preconceptiva de enfermedades o defectos genéticos que presentan los futuros progenitores, que es transmisible a su descendencia y que conforme a las técnicas existentes es posible detectar con certeza diagnóstica –tal como se verá más adelante–, otorga a los mismos un cierto poder de decisión en cuanto a si desean concebir o no; decisión que se ve conculcada en aquellos casos en los que el diagnóstico no es realizado, o lo es negligentemente, o su resultado no es comunicado a tiempo, por lo que los paciente conciben un hijo con alguna discapacidad o enfermedad, cuando, de haber sido correctamente informados, hubieran decidido lo contrario.

Ahora bien, en virtud de lo hasta aquí expuesto, resulta apropiado afirmar que si la legislación de un territorio reconoce la libertad de procreación a la par de la posibilidad de acceder a los diagnósticos preconceptivos por parte de la población, uno de los presupuestos de hecho de las acciones que aquí estudiamos se encontraría configurado.

En consecuencia, la pregunta lógica que corresponde formularnos es si nuestro país reconoce tales postulados.

Sobre el particular, consideramos que lo primero que debe destacarse es que la Argentina no se encuentra ajena a la tendencia mundial que plantea el reconocimiento de la

¹⁶⁷ Nuevamente, utilizamos la expresión “en principio” puesto que existen muchos otros presupuestos que deben verificarse.

¹⁶⁸ “As the result of the disease, plaintiff Shauna suffers from "mental retardation, susceptibility to other diseases, convulsions, sluggishness, apathy, failure to fix objects with her eyes, inability to take an interest in her surroundings, loss of motor reactions, inability to sit up or hold her head up, loss of weight, muscle atrophy, blindness, pseudobulbar palsy, inability to feed orally, decerebrate rigidity and gross physical deformity”. [Como resultado de la enfermedad, la actora Shauna sufre de retardo mental, susceptibilidad a otras enfermedades, convulsiones, lentitud, apatía, defecto para fijar objetos con sus ojos, inhabilidad de interesarse en su alrededor, pérdida de la reacción motora, inhabilidad para sentarse o sostener su cabeza en alto, pérdida de peso, atrofia muscular, ceguera, parálisis pseudobulbar, inhabilidad para alimentarse sola, rigidez decerebrada y deformidad física grave] (la traducción me pertenece). CORTE SUPREMA DE APELACIONES DE CALIFORNIA *in re* *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, op. cit.

¹⁶⁹ La Corte hizo lugar a la demanda entablada y otorgó a la menor una indemnización comprensiva de los daños patrimoniales y extramatrimoniales infringidos. Asimismo, el Tribunal entendió que nada obstaba para hacer lugar a la suma de US\$ 3.000.000 reclamada en concepto de daños punitivos como parte integrante de la indemnización civil. *Ibidem*

libertad de procreación de los progenitores como derivación de los derechos a la autodeterminación e intimidad de las personas.

En este sentido, y si bien nuestra constitución no consagra un derecho expreso a la reproducción humana¹⁷⁰, tanto la doctrina como la jurisprudencia imperante sostienen que tal derecho tiene un innegable fundamento constitucional cuyo principal apoyo se encuentra en el reconocimiento de la libertad personal constitucionalizada en el artículo 19 de nuestra Carta Magna y en los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional.

Paralelamente, y al igual que en otros países, la realización de las técnicas de diagnósticos preconceptivos no se encuentra regulada expresamente por nuestra ley positiva. Empero, ello no implica que las mismas se encuentren prohibidas también de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19 de nuestra Carta Magna¹⁷¹. Es más, al menos dos normas indirectamente nos conducen a afirmar la legalidad de tales procedimientos. Hacemos referencia a las leyes nacionales N°12.331 y N° 16.668.

Sancionada para la creación del Instituto de Profilaxis de las Enfermedades Venéreas, la ley N° 12.331 en su artículo 13 prescribe que los varones que van a contraer matrimonio deben obligatoriamente realizarse exámenes médicos prenupciales con el fin de detectar enfermedades venéreas, no pudiendo casarse aquellas “personas afectadas de enfermedades venéreas en período de contagio”. Asimismo, el artículo 1° de la ley N° 16.668 prescribe la obligatoriedad de la obtención del mismo certificado prenupcial para las contrayentes mujeres.

Entendemos que la finalidad de ambas disposiciones no es otra más que prevenir el contagio de enfermedades a personas sanas y preservar a la futura descendencia de los males que le puede acarrear la enfermedad de sus progenitores; característica está que comparte con los diagnósticos preconceptivos. De allí que digamos que indirectamente estas dos leyes los legitiman¹⁷².

En resumidas cuentas, consideramos que tanto la libertad de procreación como los diagnósticos preconceptivos se encuentran permitidos por nuestro ordenamiento. Así las cosas, si los futuros padres –o uno de ellos – deciden, antes de concebir, practicarse un estudio para ver si presentan alguna anomalía o enfermedad que puedan llegar a transmitir a su futura descendencia y el médico (1) practica dichos estudios pero los interpreta erróneamente (es decir, les informa que no tienen ninguna patología cuando en realidad sí la tienen), o (2) no comunica su resultado, o (3) lo hace tardíamente; no vemos motivos, por los

¹⁷⁰ Sí lo hace, por ejemplo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuyo artículo 4°, entre otras cosas, reza: “*Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos*” (cf. texto reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974)

¹⁷¹ Otra norma que podría citarse es la Ley Nacional N° 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable por cuanto tiende, entre otros objetivos, a garantizar el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable, así como también a prevenir embarazos no deseados. Si bien esta disposición no alude explícitamente a los diagnósticos preconceptivos, resulta evidente que ellos podrían incluirse dentro del concepto de “procreación responsable” o de “prevención de embarazos no deseados”, toda vez que los diagnósticos de este tipo tienden a advertir a los futuros progenitores de las posibles enfermedades o taras que podría presentar su descendencia.

¹⁷² Igualmente, cabe aclarar que no existe ninguna norma que exija como requisito inescindible la realización de tales diagnósticos a las parejas que desean concebir, aunque se trate de parejas con riesgos a transmitir anomalías. En China, sí se obliga a los futuros padres a realizar el diagnóstico preconceptivo de enfermedades genéticas graves, infecciosas y mentales graves. Cfr. EMALDI CIRIÓN, Aitziber *El consejo genético (...)*, op. cit., p. 94.

cuales, en principio, los progenitores que concibieron un niño en la creencia de que no le iban a transmitir ningún mal no puedan demandar por *wrongful birth* al médico que actuó negligentemente¹⁷³, y el niño nacido con dicho mal, por *wrongful life*.

Igualmente, resulta pertinente resaltar la frase “en principio” utilizada en el párrafo anterior. Ello así puesto que consideramos que – al igual que sucedía con el escenario que nombramos como “*falta de detección indirecta de una enfermedad o discapacidad en fase preconceptiva o prenatal*”– la indemnización pretendida por las acciones que motivan este trabajo, estará subordinada no al presupuesto de hecho necesario para que las mismas sean entabladas –el cual, como vimos, en el caso de los diagnósticos preconceptivos, al menos en Argentina, se encontraría configurado – sino a que se verifiquen (o no) todos los presupuestos de la responsabilidad civil que serán desarrollados en el capítulo III.

2.3.2.1.- Excurso: Especial mención a los diagnósticos genéticos realizados a los gametos antes de un tratamiento de fecundación asistida

A raíz del fallo dictado el 26 de octubre de 2016 por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil¹⁷⁴, entendemos que una especial mención corresponde hacer respecto de los diagnósticos genéticos preconceptivos realizados a los gametos que se utilizan en un procedimiento de TRHA para la concepción de un embrión.

Recordemos que en la introducción de esta obra afirmamos que las TRHA pueden suponer tanto la inseminación artificial como la fecundación extracorpórea. Cabe agregar ahora que, tanto en una como en otra, los gametos que se utilicen para su realización, permitirán clasificarla en homólogas o heterólogas. La inseminación artificial será homóloga, cuando los gametos masculinos que sean introducidos en la mujer pertenezcan a su esposo o pareja; y será heteróloga si los mismos pertenecen a un tercero (donante).

Similar es la situación en la fecundación extracorpórea, debiendo añadirse aquí que en la fecundación ex útero heteróloga no sólo los gametos masculinos pueden ser de un sujeto extraño a la pareja que encarga la técnica (llamados “comitentes” por la legislación local) sino que también pueden serlo los óvulos que se utilicen para la concepción del embrión.

En consecuencia, y al margen de la opinión personal de quien escribe estas páginas contraria a su utilización, si uno de los padres (o ambos) presenta alguna anomalía o enfermedad que puede transmitirse a su descendencia futura, el recurso a las TRHA, en la actualidad, suele pensarse como una alternativa para seleccionar gametos sanos –sean propios o de un tercero – y así concebir un hijo sin problemas de salud.

Como puede apreciarse, el contar con gametos sanos (tanto propios o de un tercero) para quienes (o quien) se someten a un procedimiento de este tipo, constituye un requisito esencial. Por ello, consideramos que si (1) no se realiza un diagnóstico genético a los gametos que se utilizarán, o si (2) el resultado de dicho diagnóstico no es comunicado a los comitentes de la técnica, o (3) lo es tardíamente (es decir, con posterioridad a la concepción del embrión), y a raíz de ello nace una persona afectada por una enfermedad genética hereditaria, no vemos

¹⁷³ Igual razonamiento habrá de aplicarse si el médico no practica los estudios genéticos pertinentes a los futuros progenitores cuando ellos eran aconsejables de conformidad con la historia clínica de los pacientes, el estado de la medicina y los avances científicos imperantes en la época.

¹⁷⁴ CNCiv., Sala D, *in re* “G.A.M y otros c/ R. L. R y otros s/ Daños y perjuicios”, 26/10/2016

motivos por los cuales, en principio, quienes encargaron la técnica o el niño que nació con el mal no puedan intentar una acción de *wrongful birth* y/o de *wrongful life*, respectivamente.

Dicho de otro modo, los mismos escenarios que se presentaban cuando aludimos a los diagnósticos preconceptivos que se realizan para un embarazo natural, son de aplicación al caso de las TRHA ex útero.

Así, al menos, lo resolvió la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 26 de octubre de 2016 en los autos “*G.A.M y otros c/ R. L. R y otros s/ Daños y perjuicios*”.

En el caso, la pareja conformada por A.M.G y M.L.D.M recurrió a un tratamiento de FIV con espermio y ovodonación del que nació F.M.G con una enfermedad genética hereditaria: fibrosis quística. Por ello, y argumentando la deficiente selección del material genético por parte de los emplazados, por su propio derecho y en representación de su hija menor, A.M.G y M.L.D.M promovieron una demanda de daños y perjuicios contra: (1) el médico que realizó la fecundación intrauterina (L.R.R); (2) el centro que facilitó los óvulos (Centro Especializado de Ginecología y Obstetricia S.A – CEGO S.A–); (3) el médico a cargo del banco de semen que proporcionó el gameto masculino (R.J.O); y (4) sus respectivas compañías aseguradoras.

El juzgado de primera instancia interviniente hizo lugar parcialmente a la demanda por la suma total de \$ 4.618.260 contra el médico que realizó la fecundación intrauterina y el centro que facilitó los óvulos y la extendió a su compañía de seguros (TPC Compañía de Seguros S.A.) en la medida del seguro. En cambio, rechazó la acción contra el médico a cargo del banco de semen y su aseguradora.

Asimismo, y en virtud de un recurso de aclaratoria luego interpuesto, resolvió desestimar el pedido de sanción por temeridad y malicia solicitado por los actores y, en base a lo dispuesto por el art. 1710 del Código Civil y Comercial, ordenó a los bancos de gametos demandados destruir los restantes gametos que conformaron el embrión de autos así como también hacer saber a los respectivos donantes del material genético su condición de portadores recesivos de la fibrosis quística, brindándoles un amplio asesoramiento médico sobre sus alcances, efectos, tratamientos y consecuencias.

Apelada que fue la sentencia, la Cámara la confirmó en lo principal. Para así decidir, en primer término, el Tribunal sostuvo que la fibrosis quística es una enfermedad que posee tres caracteres, a saber: es monogenética, autosómica y recesiva. El carácter monogenético de la enfermedad implica que es la mutación de un sólo gen la que la hace posible. Por su parte, el carácter autosómico responde a que la mutación del gen se encuentra en el par de cromosoma N° 7 y no en el par de cromosomas ligados al sexo. Y finalmente, el carácter recesivo de la enfermedad supone que la persona que nace afectada por este mal recibió, tanto de quien le aportó el gameto masculino como de quien le aportó el gameto femenino necesarios para su concepción, una copia del gen que tenía la enfermedad¹⁷⁵. Es decir, los aportantes del óvulo y del espermatozoide fueron personas genéticamente denominadas portadoras de una enfermedad recesiva¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Dicho de otro modo, la hija de los actores nació con fibrosis quística porque los aportantes de los gametos fueron, cada uno de ellos, portadores de una mutación de la fibrosis quística, pero ellos no presentaron sus síntomas ni padecieron la enfermedad dado que solo tuvieron alterado o mutado uno de los dos cromosomas necesarios para que esta patología se exprese. *Ibidem*.

¹⁷⁶ Aunque el fallo nada dice sobre el particular, llegado a este punto, creemos apropiado destacar que si dos personas, portadoras de la misma enfermedad genética recesiva, conciben a un hijo, el riesgo de que esa enfermedad se manifieste es de un 25%. Mismo porcentaje corresponde a la probabilidad de que esa pareja tenga un hijo sin la enfermedad. En cambio, existe un 50% de chance de que su descendencia sea también

En segundo lugar, el Tribunal afirmó que en la actualidad se conocen casi 2.000 mutaciones distintas del gen de la fibrosis quística, las que en virtud de los paneles genéticos existentes en la Argentina, pueden ser detectadas en aproximadamente un 77%. En mérito a ello, señaló que era carga de los emplazados acreditar haber tomado todas las medidas y recaudos que a la época en que se llevó la TRHA existían y que eran de práctica realizar a fin de eliminar, justamente, donantes potencialmente riesgosos.

Y como en el expediente se probó que se efectuaron los estudios genéticos para esta patología al donante del semen sin que se detecte el gen de la fibrosis quística y la niña igualmente nació con la enfermedad que sí podía ser identificada en un estudio genético, los magistrados concluyeron que la mutación genética provino de la donante del óvulo utilizado para su concepción¹⁷⁷, por lo que confirmaron el fallo de la instancia anterior en lo relativo a la condena del médico que realizó la fecundación intrauterina, el centro que facilitó los óvulos y su compañía de seguros.

Ahora bien, llegado a este punto, y si bien con anterioridad afirmamos que los mismos escenarios aplicables al diagnóstico preconceptico que se realiza una pareja o persona que desea concebir naturalmente eran de aplicación al caso de los diagnósticos realizados a los gametos antes de un procedimiento de TRHA, urge señalar que existen dos importantes diferencias entre éstos y los diagnósticos preconceptivos realizado a aquellas personas.

La primera diferencia es que en el caso de los diagnósticos preconceptivos realizados a las personas que desean concebir naturalmente, la persona (o pareja) accede al mismo bien sea por su propia iniciativa o por la de un médico, pero nunca por un imperativo legal.

portadora recesiva de la misma. Un ejemplo puede servir para ejemplificar lo que venimos diciendo. Con anterioridad, afirmamos que los cromosomas de una célula son 46, agrupados en pares de 23 unidades que se numeran del 1 al 23. Supongamos entonces que en una pareja, la mujer (llamémosla “A”) tiene uno de los dos cromosoma N° 7 mutado (lo que podríamos ejemplificar con la letra “r” para el cromosoma no mutado y con la letra “R” para el cromosoma mutado) y que el varón (que a los fines prácticos llamaremos “B”) presenta igual mutación en el mismo par de cromosoma. Ahora bien, si conciben un hijo, éste podrá nacer con las siguientes combinaciones: 1) Recibir de “A” el cromosoma “r” y de “B” el cromosoma “r”; 2) Recibir de “A” el cromosoma “R” y de “B” el cromosoma “R”; c) Recibir de “A” el cromosoma “r” y de “B” el cromosoma “R”; 4) Recibir de “A” el cromosoma “R” y de “B” el cromosoma “r”. En el primer caso, el hijo será sano, puesto que su cromosoma N° 7 no presentará alteración genética. En el segundo, en cambio, nacerá enfermo, puesto que ambos cromosomas que recibió están mutados. Finalmente, en el tercer y cuarto caso, será un portador de la enfermedad recesiva, por lo que la enfermedad no se manifestará en él pero sí puede hacerlo en su futura descendencia.

¹⁷⁷ Me permito realizar una reflexión en este punto a los fines de aclarar los términos de los resuelto por la Sala D dado que el lector que no posee conocimiento de genética puede preguntarse por qué no se condenó también al médico del centro que aportó los espermatozoides en atención a que con anterioridad los juzgadores aludieron al carácter recesivo que posee la fibrosis quística por lo que tanto el espermatozoide como el óvulo que se utilizaron para la concepción de la menor tenían el gen de esta enfermedad. Dicho de otro modo, ¿cabe la posibilidad que los estudios genéticos fueran negligentemente realizados en los espermatozoides para la detección de esta patología toda vez que la mutación genética del gen de la fibrosis quística que presentó la niña podía ser identificado a través de los estudios genéticos disponibles en la Argentina? Presentado este interrogante, y si bien el tema no fue abordado en la sentencia, entiendo que la respuesta puede hallarse en comprender que el gen de la fibrosis quística presenta 2000 mutaciones de las cuales sólo el 77% pueden detectarse —es decir, unas 1.540 mutaciones— y basta con que cualquiera de estas mutaciones esté presente tanto en el óvulo como en el espermatozoide que se utiliza para la concepción de una persona para que la enfermedad se presente. No es necesario que sea la misma mutación la que esté presente en uno u otro. De allí que si bien la niña nació con el par de cromosoma N° 7 mutado por el gen de la fibrosis quística que era detectable a través de un estudio genético, siendo que el mismo fue realizado en el espermatozoide arrojando resultado negativo y no en el óvulo, la conclusión deviene evidente.

Ninguna legislación, salvo la de la República Popular China, les exige el sometimiento a tales diagnósticos, incluso aunque se trate de parejas con riesgos de concebir una descendencia con anomalías genéticas.

En cambio, cuando estamos frente a un proceso de TRHA, el diagnóstico genético a tales gametos resulta ser obligatorio en muchos países e, inclusive pareciera ser que ahora también lo es en la Argentina en virtud de lo resuelto por el fallo que comentamos a pesar de que no se cuenta con una ley que expresamente así lo ordene¹⁷⁸. En efecto, en uno de los considerandos de la sentencia se lee que: “Es cierto que no existía ni existe en la actualidad ninguna norma legal que establezca la obligatoriedad de llevar a cabo estas prácticas (...) Pero no nos olvidemos que más allá de ello, y encontrándose en juego derechos humanos fundamentales (...), no podían los demandados condenados excusarse en ese vacío legal violando las reglas del arte de la medicina¹⁷⁹”.

La segunda diferencia que existe entre los diagnósticos genéticos preconceptivos realizado a personas que desean concebir naturalmente y aquellos que se realizan en el marco de una TRHA es la relativa a la posible ampliación de los sujetos pasivos de la pretensión por *wrongful birth* o *life* que eventualmente se articule. Así, mientras que en los diagnósticos genéticos realizados en el marco de una futura concepción natural la demanda puede ser enablada sólo contra el médico que incurrió en la mala praxis, la institución donde aquel presta sus servicios, la obra social o la prepaga y la compañía de seguros; en los casos de diagnósticos preconceptivos anteriores a la práctica de una TRHA la acción también puede articularse contra el centro de fecundación artificial, el banco de gametos, y, por qué no, el donante del material genético.

En suma, los mismos escenarios que se presentaban cuando aludimos a los diagnósticos preconceptivos que se realizan para un embarazo natural, son de aplicación al caso de los diagnósticos genéticos preconceptivos que se realizan antes de una TRHA, y por lo tanto, pueden también dar lugar a la promoción de una acción de *wrongful birth* y de *wrongful life*.

No obstante, existen diferencias entre unos y otros en cuanto a:

- 1) La obligatoriedad
- 2) La legitimación pasiva de la acción

2.3.3- Los diagnósticos preimplantatorios y las acciones de *wrongful birth* y *life*

A pesar de que no suele ser una fecha comúnmente recordada, el 25 de julio de 1978 marcó un antes y un después en la medicina reproductiva. Ese día, en el Hospital General de

¹⁷⁸ En efecto, el pronunciamiento de la Sala D fundamentó su decisión en la aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad civil. Puntualmente, los juzgadores invocaron los artículos 512, 502, 902, 908, y 1198, y concordantes del Código Civil, y frente al menor, el artículo 1113, 2° párrafo, del mismo cuerpo legal, los que encuentran su correlato en los artículos 1722, 1724, 1725, 1737, 1749 y siguientes del Código Civil y Comercial pero que por aplicación de su artículo 7° no fueron de aplicación al caso. Ello así dado que en nuestro país la donación de gametos no se encuentra regulada a pesar de que tanto la ley de “*Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida*” N° 26.862 como el Código Civil y Comercial aluden a ella. CNCiv., Sala D, *in re* “G.A.M y otros (...)” op. cit.

¹⁷⁹ *Ibidem*

Oldham, Inglaterra, *Louise Brown*, la primera bebe concebida mediante una técnica de fecundación artificial daba su primera bocanada de aire. El ginecólogo *Patrick Steptoe* y el biólogo *Robert Edwards* fueron los artífices de este gran acontecimiento, y el mismo supuso el punto de partida para el pleno desarrollo de la procreación artificial. Desde entonces, en todo el mundo millones de niños han nacido por medio de esta técnica extracorpórea, que no deja de estar exentas de controversias, sobre todo por la pérdida de también millones de embriones.

Si bien es muy amplio el número de técnicas y procedimientos que con el término de procreación artificial se abarca¹⁸⁰ –por lo que su tratamiento particular excede el marco de esta investigación–, a grandes rasgos, basta con señalar que en todos ellos se requiere la obtención de espermatozoides y de óvulos para luego juntar dichos gametos en un laboratorio y así lograr que los primeros fertilicen a los segundos. De este modo, varios cigotos son obtenidos y, una vez que se han reproducido lo suficiente –hasta formar un embrión de estructura celular compleja llamado técnicamente “blastocito”–, se procede a transferir uno o algunos al útero materno, para su posterior desarrollo y consecuente nacimiento.

Ahora bien, dado que en un proceso de fecundación artificial no se obtiene un solo embrión sino varios, cabe preguntarse, qué criterio de selección se utiliza para saber cuál embrión debe transferirse al seno materno.

Explica Lafferrière en su obra doctoral “Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente” que existen diversos mecanismos a la hora de seleccionar los embriones a transferirse. La morfología y tasa de desarrollo (*screening*), la tasa de división (*cleavage rate*), la evaluación del metabolismo y la cuantificación de la secreción de ciertos productos por parte del embrión, son algunos de estos criterios que en

¹⁸⁰ Existen varios tipos de técnicas de fecundación extracorpóreas, siendo tal vez la más conocida la fecundación in vitro con transferencia embrionaria (en adelante, FIVET). Para su realización, los siguientes pasos suelen observarse, a saber: 1.- Obtención de los gametos. En primer lugar, se necesita contar con el material genético tanto masculino como femenino necesario para la posterior concepción. Si bien la obtención de la muestra seminal no presenta mayores inconvenientes, no sucede lo mismo con la obtención de los óvulos puesto que la mujer de ordinario produce un solo óvulo por cada ciclo femenino, lo cual resulta insuficiente para asegurar la eficacia ulterior del procedimiento. En consecuencia, en esta primera etapa, se suelen estimular los ovarios de la mujer aportante del material genético mediante el recurso a tratamientos hormonales, para que en vez de contar con un solo óvulo, se tenga un número mayor el cual oscilará entre los ocho y diez óvulos, dependiendo del caso. Una vez inducida la ovulación, se aspiran los ovocitos mediante una punción transcervical bajo control ecográfico y sedación. 2.- La fecundación de los gametos. Obtenidos los espermatozoides y los óvulos necesarios, el segundo paso tiene lugar cuando ambos gametos son colocados en el laboratorio en una placa –que lleva el nombre de “placa de Petri”– para su posterior fecundación. También, para facilitar la fertilización en el caso de infertilidad de causa masculina, podrá optarse por inyectar los espermatozoides directamente en el citoplasma del óvulo; procedimiento éste que se conoce como “inyección intracitoplasmática del espermatozoide” (ICSI). A todo evento, la cantidad de embriones que se obtengan dependerán del número de óvulos que se fecunden. 3.- El cultivo de los embriones. Producida la concepción, las células obtenidas no son inmediatamente transferidas a la mujer sino que son mantenidas en cultivo por plazo que no excederá al de los cinco días. 4.- La selección, [puesto que] por lo general, el número de embriones in vitro obtenido es muy superior al que puede transferirse al útero de la mujer dado el consecuente riesgo para su salud que un embarazo múltiple puede acarrear (...).5.- La transferencia. Establecido entonces cual es el embrión “apto” para implantarse, la última etapa viene dada por la efectiva transferencia de dichos embriones al útero materno, siendo los restantes embriones criopreservados, eliminados, donados o destinados a la investigación y/o experimentación, dependiendo del régimen positivo del país donde esta técnica se realice. Al respecto, ver MOYA, Graciela, *Problemática ético morales vinculadas a las técnicas de fertilización asistida* [en línea]. *Vida y Ética*, año 15, n° 1 (2014). [Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2018], Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/problematica-etico-morales-vinculadas.pdf>

inglés se denominan “*embryo score*” o “*embryo scoring*”, y que suelen utilizarse para evaluar cuáles son los embriones con mayor probabilidad de implantación. En cambio, cuando lo que se requiere saber es si el embrión obtenido ex útero presenta alguna anomalía genética o cromosómica, el recurso al diagnóstico genético preimplantatorio –en adelante DGP– es el adecuado¹⁸¹.

Señala el autor citado que se entiende por diagnóstico genético preimplantatorio “al análisis que se realiza a un embrión concebido extracorpóreamente (in vitro) antes de su transferencia al seno materno¹⁸²”, extrayéndose a tal fin, células del embrión (biopsia de blastómeras) y analizándose su ADN, para la detección de anomalías genéticas. Luego, los embriones que no presentan la anomalía se transfieren y los demás, se descartan o destinan a investigación y/o experimentación, dependiendo del marco legal existente¹⁸³.

Dicho de otro modo, el DGP se realiza en el marco de una TRHA con la intención de tener un embarazo libre de anomalías genéticas ya sea porque se transfieren solamente aquellos embriones que estén libres de cualquier anomalía o aquellos que tengan sexo femenino en el caso de que nos encontremos ante una enfermedad monogénica ligada al cromosoma X¹⁸⁴.

De este modo, el DGP se erige como un procedimiento distinto al de la ingeniería o terapia genética¹⁸⁵. En el DGP no se altera la composición genética del embrión sino que se seleccionan los embriones obtenidos en un proceso de fecundación extrauterina por lo que los comitentes de la técnica eligen entre los embriones que resultaron de la unión de los gametos oportunamente utilizados en ella. En cambio, cuando se alude a la terapia o ingeniería genética se hace referencia a la manipulación de los genes de un embrión.

Bajo este contexto, la (1) defectuosa realización de un DGP, o (2) la errónea interpretación de su resultado, o (3) la falta de comunicación en tiempo oportuno del mismo (es decir, previo a la implantación), y la consecuente selección de un embrión con alguna enfermedad o discapacidad y posterior implantación en el útero materno, puede llevar a que los comitentes de la técnica reclamen por responsabilidad civil al profesional sanitario interviniente y/o al centro de fecundación donde se realizó el tratamiento por la enfermedad o discapacidad con la que nace la criatura en los términos de una acción de *wrongful birth*. En cambio, si quien interpone la acción es el menor, o un adulto en su representación, la acción será de *wrongful life*.

¹⁸¹ LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, *Implicancias jurídicas del Diagnóstico Prenatal*, op. cit.

¹⁸² *Ibidem*

¹⁸³ *Ibidem*

¹⁸⁴ Ver EMALDI CIRIÓN, Aitziber *El consejo genético y sus implicaciones (...)* op. cit. p. 97.

¹⁸⁵ Al respecto, Tobías enseña que “la terapia génica es una rama de la medicina relativamente reciente que consiste en la modificación genética de las células de un paciente con la finalidad de prevenir o corregir una situación patológica causada por la presencia de un gen defectuoso”. Asimismo, explica que existen dos tipos de terapia génica: “la llamada terapia germinal con la aptitud de influir en la transmisión del patrimonio genético a las sucesivas generaciones. La intervención se dirige a las células reproductivas (espermatozoides y óvulos) y a los primeros estadios del embrión cuando las células todavía no se han diferenciado (en donde la alteración de los genes de esas células tiene como efecto la transmisión de los nuevos genes a las generaciones sucesivas). El otro tipo es el de la línea somática que influye sobre las células no reproductivas de una persona individual. En este último, las modificaciones genéticas sólo afectan al paciente tratado al no influir en sus células de la reproducción: no afectan el patrimonio genético de la persona que es sometida a la terapia, en el sentido que no se van a transmitir a la descendencia las modificaciones que se hayan realizado”. TOBIAS, José W *La terapia génica, la clonación y "las prácticas prohibidas" en el nuevo Código Civil y Comercial (artículo 57)*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/4502/2015.

En este sentido, aunque si bien limitada al reconocimiento de acciones de *wrongful life*, la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* de 1967 inglesa reformada por la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 permite que un niño que nace con alguna discapacidad o enfermedad como resultado de habersele implantado a la mujer un embrión o gametos que fueron mal seleccionados o mal conservados fuera del cuerpo materno, pueda demandar al profesional sanitario pertinente, siempre que dicha enfermedad o discapacidad sea consecuencia directa de esa deficiente o defectuosa selección o conservación.

Por lo tanto, en principio, se puede promover una acción de *wrongful birth y life* cuando:

- 1) El DGP no se realizan
- 2) El DGP se realizan pero su resultado no es correctamente interpretado
- 3) El DGP se realiza, su resultado es correctamente interpretado, pero su comunicación es realizada luego de que el embrión se implanta.

Ahora bien, la licitud de esta práctica dista de ser pacífica en nuestro país. Así mientras que algunos autores –y jurisprudencia– se muestran partidarios a aceptar su legalidad, otros sostienen que el DGP se encuentra prohibido¹⁸⁶.

El problema surge principalmente porque en la Argentina no existe una ley que regule las TRHA en sí mismas. En efecto, si bien el 5 de junio de 2012 el Congreso de la Nación aprobó la “Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida” N° 26.862 y en 2015 hizo lo propio con el Código Civil y Comercial de la Nación, estas normas sólo regulan respectivamente lo atinente a la cobertura que deben tener las TRHA para que la población pueda acceder a ellas y lo referido a la determinación de la filiación de las personas que nacen de su aplicación, mas nada estipulan acerca de cómo las TRHA deben realizarse, quién las puede realizar, el número de embriones que se deben fecundar y/o transferir a la mujer, el destino que deben tener los embriones fecundados no implantados, o si los DGP pueden o no realizarse¹⁸⁷.

Por nuestra parte, consideramos que el DGP atenta contra la dignidad y vida del por nacer pues “ocasiona una disminución permanente en la integridad del embrión al extraérsele –para realizarla– un número considerable de células totipotenciales” por lo que es una técnica que debe considerarse “prohibida por el art. 56 del Cód. Civil y Comercial, amén de que se la utiliza con fines eugenésicos, asimismo, desaprobados por el derecho¹⁸⁸”.

Así las cosas, somos de la idea de que este supuesto de hecho no podría darse en nuestro territorio. No obstante, lo hemos enunciado en atención a que existen opiniones contrarias a la nuestra.

¹⁸⁶ LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, *No existe un derecho a la selección de embriones por diagnóstico genético preimplantatorio*, La Ley DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 225-236, Cita Online: AR/DOC/4009/2015; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, *Los problemas del diagnóstico genético preimplantatorio*, La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP 2014 (octubre), 01/10/2014, p. 163-174.

¹⁸⁷ En efecto, en junio de 2014 la Cámara Federal de Salta en los autos "M., I. c/ OSDE s/amparo ley 16.986" (Expte. N° 135/2014) y en 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ Acción de amparo P/ Apelación s/ INC.", rechazaron la cobertura del DGP solicitada por los respectivos amparistas, a la luz de lo regulado por el artículo 8° de la ley N° 26.862.

¹⁸⁸ MARRAMA, Silvia, *Responsabilidad médica por los daños sufridos por una niña concebida mediante técnicas de fecundación extracorpórea heteróloga*, Buenos Aires, Diario El Derecho, 7/12/2016, p. 4

2.3.4.- La estrecha vinculación de las acciones de *wrongful birth* y *life*, los diagnósticos prenatales y la interrupción voluntaria del embarazo (aborto)

Finalmente, corresponde esclarecer algunos conceptos acerca de los diagnósticos prenatales y, principalmente, del aborto puesto que el reconocimiento de esta práctica en el ordenamiento positivo es un requisito unánimemente aceptado por la doctrina y jurisprudencia como sustrato fáctico para la procedencia de las acciones objeto de nuestra investigación.

El diagnóstico, “arte o acto de conocer la naturaleza de una enfermedad mediante la observación de sus síntomas y signos¹⁸⁹”, realizado entre la concepción de un ser humano y su nacimiento (prenatal) consiste, según un prestigioso autor a cuyas palabras nos adherimos, en “el acto médico de conocimiento de las condiciones de salud del niño por nacer, auxiliado por técnicas instrumentales y de laboratorio, a fin de individualizar patologías, realizar un pronóstico y elaborar estrategias preventivas, terapéuticas o paliativas en beneficio del concebido y, en su caso, de asesoramiento y contención profesional a la madre y al padre para la aceptación y cuidado del hijo enfermo¹⁹⁰”.

Conceptualizado de tal modo, el diagnóstico prenatal no difiere en demasía de cualquier otro tipo de diagnóstico médico que se realiza a la persona una vez nacida, puesto que su esencia radica en comprobar la existencia (o posible existencia) de una enfermedad y, en su caso, prevenirla, tratarla o minimizar su gravedad¹⁹¹. De hecho, el diagnóstico prenatal es completamente lícito, tanto en Argentina como en otros países, existiendo una especialidad médica que se dedica al tema: la obstetricia.

Sin embargo, los problemas éticos, morales y, por qué no, jurídicos, se presentan cuando el diagnóstico prenatal es utilizado no ya para prevenir, tratar o minimizar la gravedad de una patología o enfermedad, sino para decidir la interrupción del embarazo en curso.

La interrupción del embarazo que acaece de manera natural, se denomina “aborto espontáneo” o “involuntario” y, desde el punto de vista legal, no encuentra punición en ningún ordenamiento jurídico.

En cambio, la interrupción del embarazo que sí está penada por algunas legislaciones (y permitida por otras), es aquella provocada por la propia mujer o un tercero en atención al elemento volitivo existente en dicha acción¹⁹².

En consecuencia, si el ordenamiento jurídico de un país autoriza a la mujer gestante a interrumpir su embarazo y la conducta que despliega el profesional sanitario conlleva a que los padres que se realizan un diagnóstico prenatal no cuenten con la información certera acerca del verdadero estado de salud del *nasciturus*, privándolos de este modo de poder

¹⁸⁹ Cfr. RAE 2º definición

¹⁹⁰ LAFFERRIERE, Jorge Nicolás *Implicancias jurídicas del Diagnóstico Prenatal* (...) op. cit., p. 40.

¹⁹¹ En este sentido, Graciela Moya Ahora caracteriza los diagnósticos prenatales como aquellas acciones médicas que permiten detectar alguna anomalía en el feto antes de su nacimiento y dentro del útero materno y explica que su función preventiva “facilita la posibilidad de implementar intervenciones tempranas, tanto médicas como no médicas, en el cuidado de la gestación y controles perinatales”. Asimismo, favorece que la familia pueda prepararse mejor emocional y económicamente para el desarrollo y adaptación del niño por nacer. Cfr. MOYA, Graciela, *Diagnóstico prenatal: su relación con la prevención* (...), op. cit., p. 28.

¹⁹² La materialidad del delito de aborto, entonces, se concreta con la interrupción voluntaria del embarazo y consecuente muerte del fruto de la concepción. La expulsión o no del feto no formará parte del hecho del aborto, bastando con la sola destrucción de la vida intrauterina para que este delito se consuma.

interrumpir el embarazo por la existencia de malformaciones, discapacidades o enfermedades genéticas que tras el nacimiento su hijo manifestará, las demandas de *wrongful birth* y de *wrongful life* pueden llegar a plantarse; ello, claro está de verificarse todos los elementos de la responsabilidad civil.

Ahora bien, teniendo en cuenta el necesario reconocimiento por parte del ordenamiento positivo de la facultad de abortar como requisito de hecho para que una acción de *wrongful birth* o *wrongful life* prospere, creemos pertinente efectuar las siguientes precisiones.

En primer lugar, tanto la doctrina como por la jurisprudencia son contestes en señalar que no se requiere que el ordenamiento jurídico del país legalice todas las prácticas de interrupción voluntaria del embarazo; basta con que la ley autorice a la gestante a abortar por razones eugenésicas, es decir, cuando exista un alto grado de sospecha o la certeza de que una enfermedad o discapacidad afectará al no nato.

Por tal motivo, en nuestro país no existen precedentes jurisprudenciales sobre la materia¹⁹³ puesto que, si bien el inciso segundo del artículo 86 de nuestro Código Penal tiene un fundamento eugenésico¹⁹⁴, lo cierto es que el aborto eugenésico como tal no se encuentra legalizado en nuestro territorio¹⁹⁵.

En segundo lugar, consideramos que no alcanza con que sólo la ley de un determinado país permita el aborto eugenésico, sino que entendemos que éste debe ser reconocido como un derecho de la mujer encinta.

Compartimos, así, la opinión de Prieto Molinero, en cuanto a que “la eventual “despenalización” del aborto no tiene por qué importar su necesaria “legalización”, como suele afirmarse¹⁹⁶”. Es que una cosa es que el ordenamiento jurídico tolere o permita determinada conducta y otra es que la considere como algo deseable o moralmente bueno; o, lo que es lo mismo, una cosa es que la ley prevea causales de justificación, de inimputabilidad o excusas absolutorias para una determinada acción penal típica y otra es que el ordenamiento jurídico reconozca esa conducta como un derecho.

Un ejemplo puede ayudar al lector a comprender lo que venimos diciendo.

Sabido es que el ordenamiento penal condena el homicidio configurándose la acción típica, por ejemplo, en los siguientes términos: “el que matare a otro”. Supongamos, entonces, que una persona (llamémosla a los fines prácticos “A”) mata a otra (“B”). En consecuencia, siguiendo el silogismo planteado, podemos extraer la siguiente conclusión: “A” realizó la conducta típica del homicidio al matar a “B”. Pero, para que una persona sea penalmente responsable por un delito, no basta con que se configure la acción típica sino que deben concurrir además otros tres requisitos: que la conducta sea antijurídica, que sea culpable y que sea punible.

¹⁹³ Recuerdan Kemelmajer y Lamm que el único precedente de alguna similitud con el caso bajo análisis que no guarda total analogía, fue resuelto por la Sala K de la Cámara Nacional Civil el 18 de febrero de 2005, en el que se discutió la responsabilidad de una Fundación Genética y de los médicos genetistas intervinientes por un diagnóstico erróneo que dio lugar al nacimiento de una niña con síndrome de Down. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAM, Eleonora *El daño derivado de una persona que padece discapacidad grave (...)*, p. 377.

¹⁹⁴ Ver LÓPEZ DÍAZ- VALENTÍN, Patricio J., *La fundamentación eugenésica del artículo 86, inc. 2, del código penal y el fallo “f., a. l. s/ medida autosatisfactiva”*. *Convalidación de una teoría aberrante*, Prudentia Iuris, N° 79, Buenos Aires, Educa, 2015, p. 217 y ss.

¹⁹⁵ En la República Argentina, el Código Penal sanciona el aborto como delito contra la vida, previendo solamente dos causales de no punibilidad en los incisos 1° y 2° del artículo 86.

¹⁹⁶ Cfr. PRIETO MOLINERO, Ramiro J., *The wrongfulness or rigtfulnes of (...)*, op. cit. p.13

absolutorias”, en las que hay un hecho típico, antijurídico y culpable (un delito) pero no hay punición (pena) prevista para el mismo positivamente.

Esto último es lo que sucede en los incisos 1° y 2° del artículo 86 del Código Penal Argentino, que prevén dos supuestos en los que el delito de aborto no es punible, a saber: 1) “Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios”(conf. inciso 1°); 2) “Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”(conf. inciso 2°).

Siguiendo este razonamiento, pues, nadie puede afirmar que el médico que con el consentimiento de la mujer interrumpe el embarazo de ésta por alguna de las causales enunciadas en el artículo 86 de nuestro Código Penal tenga un derecho a hacerlo o, lo que es aún más difícil de sostener, que la mujer tenga derecho a acceder al aborto en esas circunstancias. Lo que sucede en realidad es que el ordenamiento no castiga esta conducta que sigue manteniendo todos los caracteres de un delito penal. La ley tolera la acción, mas no la promueve como un derecho.

En consecuencia, somos de la idea – reiteramos– que para que las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* puedan prosperar, debe primariamente establecerse en el país donde ellas se articulen que el aborto (al menos) eugenésico es un derecho de la mujer encinta y no un delito no punible.

Sin embargo, resulta sorprendente observar que demandas por *wrongful birth* y por *wrongful life* han prosperado en países en los cuales el aborto se encuentra despenalizado. Así, sucedió por ejemplo en España donde tanto los tribunales inferiores como el Tribunal Supremo hicieron lugar a acciones por *wrongful birth* sobre la base de que el aborto eugenésico no se encontraba penado por la Ley Orgánica 9/1985¹⁹⁸.

Finalmente, y aun cuando el aborto sea reconocido por el ordenamiento positivo como un derecho subjetivo de la mujer encinta, queremos dejar a salvo nuestra opinión personal de que tal prerrogativa no configura un verdadero “derecho” –entendido éste como lo justo, lo suyo de cada uno– ya que su ejercicio conlleva la necesaria muerte de una persona.

En suma, la falta de realización del diagnóstico prenatal, o la errónea interpretación de su resultado, o la comunicación tardía del mismo, puede autorizar a que los padres o el niño que tras ello nace con problemas de salud demande al profesional sanitario que incurrió en mala praxis médica en los términos de una acción de *wrongful birth* y *life*.

Para ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en señalar que se requiere indefectiblemente que el país donde se entablen tales acciones reconozca el aborto, al menos, con fines eugenésicos.

A esta reflexión nosotros agregamos que se necesita que se reconozca como un derecho de la mujer encinta y que, aún bajo tal escenario, para quien escribe estas páginas el aborto no se erige como un verdadero derecho, pues supone la muerte de la persona por nacer.

¹⁹⁸ En este sentido, el Tribunal Supremo de España tiene dicho que “los preceptos del Código Penal contenidos en el artículo 417 bis recogen supuestos de impunidad de los abortos producidos en las circunstancias que describen, pero ni de dichos preceptos ni de la sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 de 11 de abril, que reconoció la conformidad de la ley despenalizadora con el texto de la Constitución, puede colegirse la conclusión de que exista derecho al aborto, es simple opción a tomar por la interesada, cuando concurran las condiciones legales, la cual queda impune por un expresa declaración del precepto legal” STS 1242/1998, 4 de febrero de 1999, Sala I, considerando cuarto, párrafo segundo, p. 10

CAPÍTULO III

LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y DE *WRONGFUL LIFE*

Dedicaremos el presente capítulo a estudiar cómo se configuran los presupuestos de la responsabilidad civil que deberán verificarse a los fines de que las acciones objeto de este trabajo sean procedentes. Con tal motivo, corresponde recordar que la responsabilidad generadora del deber de indemnizar exige la concurrencia de cuatro presupuestos¹⁹⁹: a) La antijuridicidad; b) Un factor de atribución de responsabilidad; c) El daño; y d) La relación de

¹⁹⁹ Recuerda Fumarola que “Las concepciones que se han formulados sobre los presupuestos o elementos esenciales constitutivos de la responsabilidad civil son diversas, entre las cuales podemos clasificar en: a) restrictiva, b) extensiva, y c) intermedia o ecléctica. a) Restrictiva La tendencia restrictiva, de modo específico, procura reducir al mínimo la enumeración de los elementos configurativos de la responsabilidad civil, resultando un típico representante de esta corriente el jurista Chironi quien aborda este tema señalando que los elementos de la mencionada responsabilidad pueden sintetizarse en dos fundamentales: el hecho ilícito y la culpa, diferenciando la responsabilidad del resarcimiento en dos períodos diferentes y consecutivos, donde “el segundo sigue al primero, en el sentido de que es absolutamente su causa”. De esta manera, para el citado autor, no hay necesidad de hacer del daño un elemento autónomo de la responsabilidad resarcitoria, el cual solo actúa en un momento posterior y no substancial de la vigencia de la misma, es decir, en el instante de la liquidación del perjuicio sufrido. La tesis precedentemente expuesta, a pesar de que fue seguida por un conjunto calificado de autores, debe considerarse en la actualidad totalmente abandonada. En efecto, desde el punto de vista del Derecho positivo y de la aplicación de las normas, su principal defecto consiste en no admitir al daño como elemento esencial para la configuración de la responsabilidad civil. b) Extensiva. Una calificada corriente doctrinaria sustenta una concepción amplia del número de los presupuestos o elementos básicos de la responsabilidad civil, observándose diversos criterios al respecto; tal como lo pone de manifiesto Colombo, al indicar que cinco serían dichos elementos de esta responsabilidad: a) el hecho humano positivo o negativo, b) la violación del Derecho ajeno, c) el perjuicio efectivo o daño, d) el nexo causal entre el acto y su consecuencia, y, e) la imputabilidad. Asimismo, el citado autor justifica su posición afirmando que la disgregación del concepto de responsabilidad en una mayor cantidad de elementos esenciales constituye una ventaja, por cuanto permite un mejor estudio de la materia considerada. También, se ha puesto de manifiesta la conformación de un sistema extensivo de elementos fundamentales de la responsabilidad civil, mencionándose los siguientes: a) capacidad del ofensor para incurrir en delito o cuasidelito, b) que ese hecho u omisión provengan de dolo o culpa, c) que se cause un daño, y d) que entre el hecho u omisión doloso o culpable y el daño exista una relación de causalidad. Con referencia a una particular clasificación de los presupuestos de la responsabilidad, se ha expresado que, son presupuestos constantes: un daño injusto o un peligro antijurídico de daño y un factor de atribución contra el responsable; mientras que, es un presupuesto general (no absoluto) la relación de causalidad entre el perjuicio o su peligro y el hecho fuente; en cambio, serían presupuestos eventuales la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad. (La mayoría de los partidarios de las tesis extensivas solo mencionan cuatro elementos de la responsabilidad civil: daño, antijuridicidad, factores de atribución y relación de causalidad. Este ha sido el criterio utilizado en el CCCN. Por nuestra parte, consideramos que los precitados cuatro presupuestos son los que configuran la responsabilidad civil, en general; y, consiguientemente, de la responsabilidad civil médica, en forma específica. c) Intermedia o ecléctica. Entre las posiciones restrictivas y extremas que acabamos de exponer, se ubica una orientación interpretativa intermedia o ecléctica que reduce a tres el conjunto de elementos esenciales o presupuestos de la responsabilidad civil. Esta tesis es clásica en la doctrina francesa, y de acuerdo con sus postulados, tal como lo sostienen los Mazeaud, partidario de la concepción tripartita, los componentes o elementos mencionados son: el daño, la culpa y el nexo causal. Estos prestigiosos autores, no mencionan entre los elementos de la responsabilidad civil el factor ilicitud; pero, cuando proceden al estudio del elemento *faute*, señalan, de modo expreso, que ella se desdobra en dos subelementos, uno de los cuales es precisamente la ilicitud. Además, esta tesis, por otra parte, es tradicional en la doctrina francesa”. FUMAROLA, Luis Alejandro, *Configuración de la responsabilidad civil médica a la luz del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/934/2015

causalidad. Teniendo presente estas premisas, dedicaremos distintos apartados para analizar cómo se configura cada uno de ellos en las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life*.

3.1.- La antijuridicidad

Sabido es que la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad que da lugar a indemnización, consiste en la infracción a un deber, sea mediante el incumplimiento de la palabra empeñada en un contrato, sea a través de la violación del deber genérico de no dañar²⁰⁰. Posee, por lo tanto, un carácter objetivo pues la infracción al deber deriva precisamente de la constatación previa y primaria del acto, independientemente de toda consideración de la subjetividad del agente que la realiza²⁰¹. Es que tal como explica López Mesa: “La responsabilidad civil constituye una obligación de segundo orden; ello implica que se configura sólo ante el incumplimiento de un deber jurídico u obligación primaria preexistente a cargo de un sujeto que luego, si dicho incumplimiento ha sido la causa adecuada del daño, es responsabilizado por él. De ello cabe inferir que sin obligación preexistente o deber jurídico incumplido nunca puede configurarse un supuesto de obligación resarcitoria²⁰²”.

Por lo tanto, la antijuridicidad “radica en la contradicción entre el hecho de una persona y el ordenamiento jurídico, considerado éste en forma integral. Es un juicio objetivo de desaprobación sobre el hecho al cual se califica entonces de ilícito²⁰³”.

Ahora bien, ese “hecho de la persona”, puede ser llevado a cabo mediante una acción positiva o negativa. En el primer caso, se estará frente a la comisión o ejecución de una determinada conducta; en el segundo, frente a su omisión o inejecución.

Asimismo, la infracción al deber puede ser absoluto –cuando se hace lo que no se debe o se omite hacer lo que se debe – o relativo, lo que equivaldría al cumplimiento defectuoso de la prestación. En ambos supuestos, quien debía realizar la conducta debida (o no realizar la prohibida), y causa un daño a otro sin que medie una causa de justificación de ese perjuicio, actuará antijurídicamente.

De allí que el artículo 1710 del Código Civil y Comercial disponga que “*toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado*” y el artículo 1717 de ese mismo cuerpo legal establezca que “*cualquier acción y omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*”, enunciando en los artículos siguientes cuáles son esas acciones u omisiones que comprende la excepción²⁰⁴.

²⁰⁰ ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, cit., 3° reimpression, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 159

²⁰¹ *Ibidem*, p. 160

²⁰² LÓPEZ MESA, Marcelo J., *El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”*. (Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil). Cit. online: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-territorio-de-la-antijuridicidad-en-la>

²⁰³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, cit. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 4, p. 313.

²⁰⁴ ARTICULO 1718.-Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: a) en ejercicio regular de un derecho; b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado

En el caso de las acciones de *wrongful birth* que aquí estudiamos, la conducta antijurídica se configura por la infracción en que incurre el médico al deber de informar correctamente a los padres con relación al mal que aqueja o podría aquejar al por nacer.

Como bien señalan Kemelmajer de Carlucci y Lamm “es necesario insistir en que en estas acciones no se imputa al médico el defecto o la malformación del niño, como podría ser en el supuesto de haber aconsejado a la madre a tomar un remedio que causa una enfermedad, sino no haber informado o haber informado mal de la malformación que el feto tiene por causas que a él no le son imputables²⁰⁵”.

De hecho, el deber de informar, y el consiguiente derecho a ser informado, se erigen como uno de los pilares fundamentales de la relación médico-paciente.

En este sentido, la ley 26.529 de “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”, reformada por la ley 26.742, dispone en su artículo 2° que “El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud”, entendiéndose por tal “aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos” (conforme art. 3° de la ley citada).

Asimismo, el artículo 5° de la referida normativa entiende que el consentimiento informado²⁰⁶ –requisito ineludible de toda actuación médico-sanitaria – se configura por:

“La declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
- g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.

ARTICULO 1720.-Consentimiento del damnificado. Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles

²⁰⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAM, Eleonora *El daño derivado de una persona que padece discapacidad grave* (...) op. cit.

²⁰⁶ El consentimiento informado ha sido definido como “una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y prestarse a tal procedimiento o intervención”. HIGHTON, Elena I y WIERZBA, Sandra M, *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Ed. Ad- Hoc, Buenos Aires, 1991, p. 1.

h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento” (el subrayado me pertenece).

Similares términos recoge el artículo 59 del Código Civil y Comercial, aunque agrega que:

“Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

Por su parte, el inciso j) del artículo 7º de la ley 26.657 de “Derecho a la Protección de la Salud Mental” reconoce el derecho del paciente a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención que, en el caso de no ser comprendidas por el paciente, se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales. Asimismo, el artículo 10º de dicha normativa dispone que, por regla el consentimiento informado debe ser prestado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la ley. Y se agrega que las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías, estableciéndose en el inciso c) del artículo 16 la necesidad del consentimiento para disponer la internación.

De lo expuesto, se colige que el médico que realiza una prestación sanitaria tiene la obligación de revelar la información adecuada y comprensible al paciente de manera tal que éste último pueda decidir libre y conscientemente acerca del tratamiento o procedimiento propuesto.

En consecuencia, en el caso de las acciones de *wrongful birth*, verificada la falta de información (incumplimiento total) o defectuosa información (incumplimiento parcial) brindada por el profesional sanitario a los padres del *naciturus* acerca de la enfermedad o discapacidad que afecta o que podría afectar a su hijo – v. gr. en el caso de un diagnóstico preconcepcivo negligente–, el primer presupuesto de la responsabilidad civil se encontraría, en principio, cumplido.

Se trata, pues, de un caso en que la antijuridicidad se configura por una conducta omisiva²⁰⁷ de la obligación de informar, que “aparece en los contratos de servicios médicos, como un deber jurídico implícito y accesorio que matiza la obligación principal. Y por tal obligación, un experto –el deudor de la prestación y emisor de la información– asume el deber de poner en conocimiento de su cocontratante –acreedor del servicio y habitualmente un profano– aspectos relevantes del contrato –objeto de la información– que habilitan para tomar decisiones compartidas pertinentes en beneficio del acreedor – paciente²⁰⁸”.

²⁰⁷ Sobre el particular, ver TRIGO REPRESAS, Félix A., *La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/3413/2015.

²⁰⁸ GARAY, Oscar Ernesto, *El consentimiento informado en clave cultural, bioética y jurídica*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/1754/2014

De este modo, el cumplimiento de la obligación de informar encuentra su razón de ser “en la desigualdad que existe entre las partes de la relación médico-paciente que coloca al profesional en una posición de dominio respecto del profano, y también halla fundamento jurídico en la buena fe contractual que (...) impone el Código Civil y Comercial, y en determinados derechos de raigambre constitucional como la protección de la salud y la información, tutelados por el art. 42 de la Constitución Nacional²⁰⁹”.

Ahora bien, resulta pertinente señalar que para que el incumplimiento descripto tenga virtualidad suficiente como para configurar el presupuesto de la antijuridicidad en los casos de *wrongful birth*, el médico o profesional interviniente tuvo que haber tenido la posibilidad de conocer la enfermedad o discapacidad conforme los parámetros de la *lex artis ad hoc*²¹⁰, esto es, según el estado de la ciencia y la situación actual de los conocimientos en medicina. Es que va de suyo que el profesional sanitario no será responsable por no informar a los padres algo que le era imposible efectivamente conocer.

Así, por ejemplo, no incumple el deber de informar el profesional que no pone en conocimiento de los padres la circunstancia de que el niño presentará en su adultez esclerosis lateral amiotrófica²¹¹, enfermedad degenerativa que generalmente se manifiesta entre los 40

²⁰⁹ CALVO COSTA, Carlos A., *El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/1248/2017

²¹⁰ Andrea Macía Morcillo define la *lex artis* como “un conjunto de saberes acumulados en cada actividad profesional médica, a través de los que se define el modo usual y comprobado de realizar las actividades relativas a dicha profesión”. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad por los diagnósticos (...)* op. cit., p. 198. “La jurisprudencia española utiliza recurrentemente en sus pronunciamientos la pauta de la “lex artis ad hoc”. Y así, por ejemplo, ha resuelto el Tribunal Supremo que la actuación de los médicos, a efectos de su declaración de responsabilidad, debe regirse por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional (conf. Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 7/2/90, ponente: Sr. Fernández Rodríguez, LL (Esp.) t. 1990-2, p. 481). También han empleado el paradigma de la “lex artis ad hoc” las siguientes sentencias: Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 2/2/93, ponente: Sr. Marina Martínez-Pardo, Archivo LL (Esp.), t. 1993, N°. 460; TS, Sala 1ª, 29/6/90, ponente: Sr. Barcala Trillo-Figueroa, LL (Esp.), t. 1990-4, p. 192; ídem, 11/3/91, ponente: Sr. Martínez Calcerrada y Gómez, LL (Esp.), t. 1992-3, p. 192; ídem, 20/2/92, ponente: Sr. Burgos y Pérez de Andrade, Archivo LL (Esp.), t. 1992, N° 2979; Audiencia Provincial de Tarragona, Secc. 1º, 23/3/92, ponente: Sra. Aparicio Mateo, LL (Esp.), t. 1992-2, p. 30”. Cit. en LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Responsabilidad profesional. Su actualidad en el derecho europeo actual*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/1445/2004.

²¹¹ “La esclerosis lateral amiotrófica (ALS, por sus siglas en inglés) es una enfermedad del sistema nervioso que ataca a las células nerviosas (neuronas) que están en el cerebro y la médula espinal. Estas neuronas transmiten mensajes desde el cerebro y la médula espinal hacia los músculos voluntarios, los que usted puede controlar, como los de los brazos y las piernas. Al principio, causa problemas musculares leves. Algunas personas notan problemas para: a) Caminar o correr, b) Escribir, c) Hablar. Tarde o temprano, la persona pierde la fuerza y no puede moverse. Cuando comienzan a fallar los músculos del pecho, la respiración se dificulta. El uso de un respirador puede ayudar, pero la mayoría de las personas con esta enfermedad fallece por insuficiencia respiratoria”. Cit. <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/amyotrophiclateralsclerosis.html>. Asimismo, conforme la Real Academia Nacional de Medicina, institución oficial científica española fundada en 1861, la esclerosis lateral amiotrófica es “una de las enfermedades degenerativas difusas de las motoneuronas caracterizadas por la presencia de lesiones de la médula espinal, donde se aprecia una desmielinización o esclerosis de la vía corticoespinal en los cordones laterales, y amiotrofia por degeneración de las motoneuronas del asta anterior. La variedad esporádica de causa desconocida es la más frecuente y alrededor del 5 % de los casos se heredan con carácter autosómico tanto dominante como recesivo. Se han descrito ligamientos a varios locus y se han clonado al menos cuatro genes (SOD 1, alsina, senataxina y VAPB). Hay diversas variedades, de base genética heterogénea, complicadas con demencia y parkinsonismo. El cuadro clínico empieza bien por las motoneuronas corticales en forma de paraparesia espástica y paresia seudobulbar con reflejos exaltados y signo de Babinski, bien por las motoneuronas de los núcleos bulbares con atrofia de la lengua, disfagia y

y los 60 años y suele ser más común entre los hombres que entre las mujeres, cuando en la actualidad la misma no puede ser detectada en fase prenatal o preconcepcional.

Incluso, no existirá acción por *wrongful birth* o por *wrongful life* cuando el comportamiento del profesional se ajuste a la práctica estándar imperante en la época. Tal fue lo acontecido, por ejemplo, en el caso *Munro v. Regents of University of California*²¹² donde los padres de un menor de edad (*Alexander Munro*), por sí y en representación de su hijo menor, demandaron a la médico genetista (*Barbara Crandall*) y al centro médico asistencial por no haberle practicado una prueba genética para Tay- Sachs, enfermedad con la que nació el menor. Allí, la Corte de Apelaciones de California absolvió a los emplazados por entender que la prueba genética en cuestión no había sido realizada por carecer la profesional de la información pertinente que le hubiera permitido llevarla a cabo, esto es, saber que los padres de Alexander tenían ascendencia Franco- Canadiense, población en la cual la enfermedad de Tay- Sachs suele presentarse y para la cual la prueba en cuestión suele prescribirse²¹³.

Otro ejemplo lo constituye la segunda sentencia sobre la materia del Tribunal Supremo Español. El 4 de febrero de 1999 dicho tribunal se expidió en un caso de *wrongful birth* en el que a una mujer (Ana María), a la que se le practicaron las ecografías de rutina requeridas para un embarazo de bajo riesgo como, al parecer, era el suyo, dio a luz a una niña (Marí Trini) con graves malformaciones congénitas. La demanda, interpuesta por ambos progenitores (Lucio y Ana María), fue dirigida contra la Doctora Ariadna (médica ginecóloga que ordenó las ecografías), el Ministerio de Sanidad y la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Salud (INSALUD) por la suma de doscientos millones de pesetas. Todas las instancias coincidieron en que no correspondía atribuir responsabilidad a la médica ginecóloga accionada ya que no existió ningún reproche culpabilístico en su quehacer al haber actuado con arreglo a la llamada *lex artis ad hoc* en el desempeño de sus funciones. Expresamente, el magistrado de primera instancia señaló que: “la actuación de los médicos debe regirse por la denominada “*lex artis ad hoc*”, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, caracterizándose la responsabilidad del médico por los requisitos de acción u omisión voluntaria, resultado dañoso y relación de causalidad²¹⁴” y la Audiencia Provincial entendió que “en ese lamentable resultado [el nacimiento con malformaciones], no se atisba, ni aprecia, siquiera la existencia de culpa o negligencia de cualquier orden por parte de la Doctora Ariadna ; quien en todo momento ha actuado con arreglo a la llamada *lex artis ad hoc*, en el desarrollo de sus funciones, según se desprende, de modo preponderante de las pruebas practicadas, y en particular del ya mencionado informe pericial del Doctor Daniel ,

disfonía, o bien por las motoneuronas medulares con fasciculaciones, amiotrofias, seudomiotonía y disminución de los reflejos musculares. A lo largo de la evolución se asocian, sin embargo, los síntomas y signos de afectación difusa de todas las motoneuronas. En las fases precoces no hay trastornos sensitivos ni del control de los esfínteres. Tampoco se ve deterioro cognitivo salvo que se asocie demencia de tipo frontal. Es una enfermedad de mal pronóstico que produce la muerte del paciente, generalmente por la insuficiencia respiratoria, en un período de uno a cuatro años”. Cit. <http://dtme.ranm.es/terminos/esclerosis-lateral-amiotrofica.html?id=68>

²¹² CORTE DE APELACIONES DE CALIFORNIA *in re* Munro v. Regents of University of California, 16/11/1989 [Ref. 215 Cal. App. 3d 978] [consultado 17 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/215/977.html>

²¹³ Cfr. *Ibidem*

²¹⁴ STS 1242/1998, 4 de febrero de 1999, op cit., p. 4, párrafo segundo.

y de su comparecencia, con aclaración a las partes; de donde se deduce, que la dicha doctora observó los protocolos necesarios establecidos a la condición del embarazo, calificado sin variación en su tracto, de normal y bajo riesgo, todo ello a partir de las distintas auscultaciones, análisis y demás pruebas que periódicamente y en las fechas aconsejadas por la praxis se practicó, y en particular por las ecografías aplicadas y aplicables a tales supuestos y naturaleza de la gestación; para lo que no existía por tal razón, camino distinto a seguir, a no ser que exacerbando la diligencia exigible, se siente por principio que todo embarazo es de alto riesgo y hayan de aplicársele al seguimiento, siempre, técnicas extremas, como los niveles II y III de ecografía por especialistas radiológico, cuya ausencia aquí se constituye en razón de imputar un actuar culpable de la misma, que para nada se ha demostrado²¹⁵ (el subrayado me pertenece)²¹⁶.

Igualmente, se excluirá la ilicitud de la conducta en aquellos casos en que el profesional de la salud conozca el mal que aqueja al no nato luego de transcurrido el plazo legal establecido para abortar en los distintos ordenamientos jurídicos que así lo autorizan, o con posterioridad a la implantación de los embriones en el caso de los diagnósticos preimplantatorios negligentes, o con posterioridad a la concepción de la criatura en el caso de diagnósticos preconceptivos negligentes, siempre que tal conocimiento no hubiera podido ser adquirido con anterioridad de haber actuado el nombrado diligentemente.

Formuladas estas consideraciones, resta indagar si la antijuridicidad se configura de igual manera en las acciones de *wrongful life*.

Al respecto, lo primero que debemos observar es que entre el médico y el por nacer no existe una relación contractual sino que la misma se entabla con su madre y/o padre. Son ellos, en principio, sus pacientes y por ende los destinatarios del derecho a la información que prevén expresamente las normas argentinas antes citadas.

En virtud de lo expuesto, al encontrarnos dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, pareciera ser que la antijuridicidad en los casos de *wrongful life* no está dada por el incumplimiento de la palabra empeñada en un contrato o, mejor dicho, por el incumplimiento de una obligación contractual, sino más bien por la infracción al deber genérico de no dañar. El interrogante evidente que surge, entonces, es saber si el profesional sanitario que no informa correctamente a los progenitores de la patología o discapacidad que presenta o podría presentar su hijo incumple o infringe para con el nacido ese deber genérico.

Entendemos que la respuesta dependerá de la postura que se adopte acerca del daño resarcible que será estudiado más adelante, ya que si se considera que en las acciones de *wrongful life* existe un perjuicio indemnizable, necesariamente se habrá de concluir que el profesional sanitario incumplió la máxima de raigambre romana de no dañarlo. En cambio, si se adopta la tesitura contraria, la antijuridicidad también desaparecerá.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 8 último párrafo y 9 primer párrafo.

²¹⁶ El hecho de que la médica haya actuado conforme la *lex artis* es lo que permitió al Tribunal, en el caso, desestimar la responsabilidad civil tanto suya como del centro médico donde ella prestaba sus servicios (INSALUD) por falta de configuración del requisito de la antijuridicidad. Pero, como bien observa DE ÁNGEL YÁGÜES, esa declaración de hecho, aun correcta en cuanto a la médico actuante, podía no haber impedido la condena del INSALUD, pues en la época en que se dictó la sentencia no eran infrecuentes los casos en que, absueltos los profesionales demandados, sin embargo se condenaba a la Administración sanitaria por las llamadas “deficiencias asistenciales”, postura que sí adoptó el Juzgado de Primera Instancia. DE ÁNGEL YÁGÜES, Ricardo, *La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de “wrongful birth”*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/11682/2003, p. 16.

En suma, el presupuesto de la antijuridicidad en las acciones de *wrongful birth* está dado por la falta o errónea información brindada a los padres por el profesional sanitario acerca de la enfermedad o discapacidad que afecta o podría afectar a su hijo, la cual debió ser correctamente conocida de conformidad con la *lex artis ad hoc* y dentro del plazo establecido para interrumpir el embarazo o anterior a proceder a la transferencia embrionaria o a concebir la criatura.

En los casos de *wrongful life*, al no existir una relación contractual entre el *naciturus* y el médico, la antijuridicidad se presenta por el incumplimiento al deber genérico de no dañar. En consecuencia, dependerá de la postura que se adopte con relación a la existencia o inexistencia de daño para determinar, en definitiva, si hubo antijuridicidad o no en el caso.

3.2.-El factor de atribución de la responsabilidad

En nuestro derecho, los factores de atribución de la responsabilidad civil pueden ser de dos tipos: subjetivos u objetivos. La culpabilidad, en sus versiones de culpa o dolo, constituyen el sustrato subjetivo de la responsabilidad civil. El riesgo creado, el riesgo provecho, el deber de seguridad, la equidad, las inobservancia de las normas de buena convivencia, la garantía del principal por el hecho del dependiente, la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos, lo son de los factores de atribución objetivos.

El factor de atribución de responsabilidad civil en las acciones de *wrongful birth* o *life* dependerá de quien es el sujeto pasivo de la pretensión. En consecuencia, a continuación, dividiremos nuestra exposición teniendo presente tales parámetros.

3.2.1.- El factor de atribución subjetivo: el caso de los profesionales sanitarios

Centrando nuestra atención en los factores de atribución subjetivos, el Código Civil y Comercial de la Argentina dispone que “La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar”, y “comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión²¹⁷”; mientras que “El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos²¹⁸”.

Se trata, pues, de actos voluntarios que se diferencian entre sí por la intención del sujeto que actúa: en el acto culposo, el agente dirige su voluntad hacia la realización de determinado evento mas no a su consecuencia; en el acto doloso, el sujeto obra con intención de dañar o despliega una conducta que demuestra “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

En orden a ello, encontrándose las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life* en estrecha relación con las de responsabilidad médica, el factor de atribución de la responsabilidad civil será, en la mayoría de los casos, subjetivo en lo que al médico o

²¹⁷ Cfr. artículo 1724 del Código Civil y Comercial.

²¹⁸ *Ibidem*

profesional de la salud interviniente se refiere²¹⁹. En otras palabras, es la negligencia, imprudencia, impericia, o el dolo de dicho facultativo lo que lleva a que brinde información inexacta a los progenitores del por nacer o a que no les comunique en tiempo y forma la enfermedad o discapacidad que afecta o afectará al no nato o, en el caso de la falta de detección indirecta de enfermedades o taras en fase prenatal o preconcepcional, a que no les manifieste la información que indirectamente obtuvo; circunstancias éstas que impiden que los padres tomen una decisión informada acerca de la posible concepción, implantación del embrión o continuidad del embarazo, dependiendo del caso. La actuación del profesional sanitario no causa la enfermedad o discapacidad sino simplemente “sea por omisión de la información, sea por comunicación de un diagnóstico erróneo, el comportamiento del profesional lleva a un falso negativo en tanto que (...) se crea una falsa imagen de ausencia de problemas que no se corresponde con la realidad²²⁰”.

Resulta pertinente destacar que “este requisito de la responsabilidad se presenta de igual forma para las acciones de *wrongful birth* y para las de *wrongful life*. Esto es así porque es el mismo comportamiento negligente del profesional sanitario o el mismo evento el que se sitúa como presupuesto de ambas acciones²²¹”. Dicho de otro modo, lo que califica a las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life* es el daño reclamado, la relación de causalidad y la antijuridicidad de la conducta, no el hecho del cual deriva ese daño pretendido, el cual es idéntico en ambas pretensiones.

Ahora bien, conforme venimos exponiendo la conducta del profesional sanitario puede ser culposa o dolosa.

La culpa médica puede configurarse por distintas circunstancias, entre las cuales cabe mencionar, en primer lugar, el caso en que el facultativo por impericia, imprudencia o negligencia omita directamente llevar a cabo las pruebas de diagnóstico pertinente siempre que, en consonancia con lo dicho en el apartado anterior, las mismas debieron de haber sido llevadas a cabo conforme la *lex artis* imperante en la época.

Esto fue lo que motivó, por ejemplo, el primer pronunciamiento norteamericano dictado en materia de acciones de *wrongful life* por la Corte Suprema de Nueva Jersey en los autos *Gleitman v. Cosgrove*²²².

En el *sub lite*, *Sandra Gleitman*, una mujer que había sufrido rubeola en el mes de marzo de 1959, acudió en abril de ese mismo año a una consulta con el obstetra *Robert Jr. Cosgrove*, quien le informó que estaba embarazada de dos meses. Tras comentarle al galeno la enfermedad que la había aquejado, éste le aseguró que tal padecimiento no iba a afectar al niño por nacer que llevaba en su vientre, siendo luego dicho diagnóstico confirmado por los sucesivos profesionales que la atendieron en sus posteriores controles prenatales. Empero, el 25 de noviembre de 1959, *Sandra* dio a luz a un niño, *Jeffrey*, el que si bien en un primer

²¹⁹ Si la demanda es entablada contra el centro médico asistencial donde aquel profesional presta sus servicios, las respuestas en cuanto al fundamento de la responsabilidad varían según el ordenamiento jurídico vigente en cada país. En nuestro territorio, por ejemplo, estimamos que la cuestión habrá de resolverse, a la luz de lo normado por los artículos 732 y 1753 del Código Civil y Comercial, siendo el factor de atribución en este último caso de tinte objetivo. Desarrollaremos esta cuestión en el capítulo III, apartado 3.2.2.

²²⁰ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad por los diagnósticos* (...) op. cit. p. 192-193

²²¹ *Ibidem*, p. 198

²²² CORTE SUPREMA DE NUEVA JERSEY *in re* Gleitman v. Cosgrove, 21/11/1966 [Ref. 49 N.J. 22, 63 [227 A.2d 689, 711, 22 A.L.R.3d 1411] [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>

momento parecía normal, luego de unas pocas semanas, comenzó a mostrar graves defectos en su vista, audición y, posteriormente, en el habla.

En la inteligencia de que el diagnóstico brindado por los obstetras había sido erróneo, tanto la madre como el padre del menor, por su propio derecho y en representación de su hijo, interpusieron demanda de responsabilidad civil contra los médicos que atendieron a *Sandra* durante el embarazo, siendo ambas pretensiones rechazadas por el Juez de Primera Instancia y confirmada, luego, por las ulteriores instancias²²³.

Asimismo, y como hicimos referencia en el capítulo II, apartado 2.3.2.1, la omisión de llevar a cabo las pruebas de diagnóstico pertinente conforme la *lex artis* fue el sustrato fáctico de la sentencia dictada por la Sala D de la Cámara Nacional de la Apelaciones en lo Civil de nuestro país. Nótese, en este sentido, que en el voto de la magistrada preopinante se lee lo siguiente: “Es cierto que no existía ni existe en la actualidad ninguna norma legal que establezca la obligatoriedad de llevar a cabo esas prácticas [en el caso, el diagnóstico genético a los gametos utilizados en un proceso de FIV]. De hecho, (...) el nuevo Cód. Civil y Comercial si bien regula la determinación filial de los niños nacidos mediante el empleo de las TRHA, ha dejado gran cantidad de cuestiones relacionadas con la práctica y uso de esos tratamientos como los derechos y deberes de los centro de salud, las funciones de la autoridad de aplicación, el modo y limitaciones de las donaciones, destino de embriones sobrantes sean

²²³ Los fundamentos utilizados por la mayoría de los magistrados de la Corte Suprema de Nueva Jersey para así resolver en 1967, en lo que respecta a la acción de *wrongful life* intentada, fueron:

1.- El carecer de un valor de referencia para cuantificar el daño. Siendo que la pretensión entablada por los padres en representación del menor se centraba en la circunstancia de que el hijo hubiera estado mejor de no haber nacido, el Tribunal entendió que era lógicamente imposible otorgar una reparación al no poder compararse la existencia con defectos frente a la inexistencia.

2.- Razones de política pública. El Tribunal consideró que reconocer que la vida misma puede ser fuente de daños es contrario a la creencia ampliamente aceptada de que la vida es mejor que la no vida. Específicamente se dijo que cualquier decisión que niegue el valor de la vida expresamente o implícitamente configura una expresión inadmisibles en contra de la política pública sustentada por Estados Unidos.

Por su parte, la acción de *wrongful birth* fue rechazada teniendo presente que: 1.- El aborto no era un derecho. Se discutió en el caso si el aborto de *Jeffrey* planteado por los padres como la alternativa a la que hubieran recurrido de haber conocido la real situación del feto, hubiera sido posible en los términos de la ley vigente en Nueva Jersey en ese momento toda vez que la misma criminalizaba cualquier interrupción del embarazo que no fuera para salvar la vida de la madre. 2.- El derecho a la vida del niño impide cualquier reparación pecuniaria de los padres. *Ibidem*. Los razonamientos utilizados en *Gleitman*, al menos en lo principal, fueron luego reiterados por otras jurisdicciones para denegar la indemnización pretendida en los casos de *wrongful life*. Muestra de ello son los pronunciamientos *Stewart v. Long Island College Hospital* (1968) y *Dumer v. St. Michael's Hospital* (1975) en Wisconsin. SUPREMA CORTE DE NUEVA YORK *in re Stewart v. Long Island College Hospital* 27/11/1968 [consultado 17 de junio de 2017]. Resumen del fallo disponible en: http://ny.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19681127_0043681.NY.htm/qx; SUPREMA CORTE DE WISCONSIN *in re Dumer v. St. Michael's Hospital* 3/9/1975 [Ref. 69 Wis. 2d 766 (1975) 233 N.W.2d 372 [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <http://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/1975/57-1974-3.html>

No obstante, el panorama de estas acciones cambiaría a partir de 1973. Ese año, la Corte Suprema de Estados Unidos hizo lugar a la acción de clase promovida por *Jane Roe* y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la ley texana que criminalizaba cualquier interrupción voluntaria del embarazo –salvo aquella realizada por consejo de un médico para salvar la vida de la madre– por entender que ello era una intromisión ilegítima en la vida privada de la mujer encinta. De esta manera, en Estados Unidos el aborto dejó de ser considerado como un delito y pasó a ser concebido como un derecho constitucional de la mujer. CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA *in re Roe v. Wade*, 22/01/1973 [Ref. 410 U.S. 113 (1973)] [consultado el 17 de diciembre de 2018]. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>

o no viables, entre otras, al dictado de una ley espacial y que aún no ha sido sancionada. Pero no nos olvidemos que más allá de ello y encontrándose en juego derechos humanos fundamentales como son el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la dignidad, el derecho a la identidad, garantizados por Tratados Internacionales de igual jerarquía que nuestra Constitución Nacional, no podían los demandados condenados excusarse en ese vacío legal violando las reglas del arte de la medicina²²⁴”.

De modo similar, configura culpa médica, la omisión por parte del profesional sanitario en aconsejar acerca de la posibilidad o conveniencia de realizarse pruebas de diagnóstico prenatal, preimplantatorio o preconcepcional, dependiendo del caso, cuando ellas sean aconsejables según la *lex artis*.

La omisión en informar las pruebas existentes en la época para detectar malformación o enfermedad que presentaba un por nacer fueron, por ejemplo, el sustrato fáctico de las sentencias dictadas el 7 de junio de 2002²²⁵, 19 de junio 2007²²⁶ y 6 julio de 2007²²⁷ por la Sala Civil del Tribunal Supremo español.

La sentencia del 7 de junio de 2002 constituye la tercera oportunidad en la que el Tribunal Supremo Español se expidió acerca de una acción de *wrongful birth* con motivo de la pretensión indemnizatoria seguida por Donato, María Luisa y Pedro Antonio, quienes demandaron al médico ginecólogo Bruno y a la Previsión Popular de Seguros S.A., propietaria de la Clínica donde el anterior prestaba sus servicios, en atención a que “a mediados del mes de Abril de 1989, María Luisa, de 40 años de edad, madre de tres hijos, que había tenido un aborto espontáneo en el mes de enero de 1989, acudió a la consulta de Don Bruno, quien comprobó que la paciente se hallaba embarazada de dos meses y medio; transcurrido el periodo de gestación, durante el cual la Sra. María Luisa fue atendida por el doctor Bruno, aquélla dio a luz el día 9 de Octubre de 1989, asistida por el citado médico, a un hijo varón, con el síndrome de Down, a quien se le detectó a las pocas semanas de vida cardiopatía y una hepatopatía²²⁸”.

El Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Figueras acogió la demanda y condenó a los demandados a que conjunta y solidariamente abonen a los demandantes las siguientes cantidades: diez millones de pesetas a cada uno de los progenitores, veinte millones de pesetas al hijo con Síndrome de Down y cinco millones de pesetas a los demás hijos. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Gerona, revocó parcialmente la misma, en el sentido de condenar a los demandados a que conjunta y solidariamente solamente abonen a los progenitores la suma de cuarenta millones de pesetas. Formalizado el recurso de casación, el Tribunal Supremo desestimó la demanda y absolvió a los accionados.

El principal argumento para así resolver, se encuentra en el considerando cuarto de los fundamentos de derecho, en el que se lee: “Aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante. El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de

²²⁴ CNCiv., Sala D, *in re* “G.A.M y otros (...)” op. cit.

²²⁵ STS 581/2002, op. cit.

²²⁶ STS 4827/2007, 19 de junio de 2007, Sala I.

²²⁷ STS 4806/2007, 6 de julio de 2007, Sala I.

²²⁸ Cfr. STS 581/2002, op. cit. p. 3, Primer Fundamentos de Derecho, párr. 1°

pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, pues como declara probado la sentencia de primera instancia, sin que ello se contradiga por la de apelación “la Sra. María Luisa en ningún momento quiso abortar”; no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo. No puede afirmarse, por tanto, que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto. El hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo. Al no existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido, procede la estimación del motivo²²⁹” (el subrayado nos pertenece).

En otras palabras, entendió el Tribunal Supremo que si bien existía un obrar reprochable por parte del galeno Bruno al no informar la existencia de pruebas médicas que podían detectar el síndrome de Down que padecía el hijo de los accionantes, no existía relación de causalidad: 1) “Entre la actuación médica y la malformación, ya que no está al alcance de la ciencia médica evitar que el feto esté afectado por el síndrome de Down, incluso en el caso en que se hubiera detectado durante el embarazo”; y 2) “Entre la falta de información y la privación de la facultad de optar por la interrupción del embarazo ya que no es posible probar que la mujer habría decidido abortar si hubiese conocido el estado del feto²³⁰”. Volveremos sobre este tema más adelante al referirnos a la relación de causalidad.

Igual solución adoptó el 19 de junio de 2007 el Tribunal Supremo al expedirse nuevamente en un caso de un niño ²³¹ nacido con Síndrome de Down no detectado durante el embarazo. La demanda, interpuesta por los progenitores del menor (Cesar y Virginia) contra el médico ginecólogo Juan Pedro por los daños y perjuicios causados a raíz del nacimiento de su hijo, fue acogida por el Juzgado de Primera Instancia N°6 de Badajoz y rechazada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz. El Tribunal Supremo, confirmó esta última sentencia.

Encontrándose acreditado que el galeno no informó a los padres acerca de los *tests* disponibles en la época para detectar tal afección, la cuestión a dilucidar radicaba en saber si era obligación del facultativo proporcionar dicha información. El Juzgado de Primera Instancia entendió que sí, toda vez que el deber de información hace al contenido obligacional del contrato de arrendamiento entre el médico y el paciente y, siendo que el ginecólogo conocía los antecedentes médicos “suficientemente preocupantes” de la actora²³², éste debió informarle “sobre la distintas técnicas invasivas (...), emitiendo en su caso su juicio clínico sobre la conveniencia o no de someterse a tales pruebas, teniendo en cuenta los riesgos

²²⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 4, Cuarto Fundamento de Derecho, pár. 6°.

²³⁰ GARRICA GORINA, Margarita *Negligencia en el diagnóstico prenatal. Cometario a la STS, 1º, 7.6.2002*, InDret, Barcelona, 2003, disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/82554/107400>

²³¹ El nacimiento tuvo lugar el 16 de diciembre de 1994 en el Centro Hospitalario Clideba. STS 4827/2007, op. cit.

²³² Conforme los hechos probados expuestos en la sentencia, Virginia padecía desde un año antes del nacimiento de su hijo, trastorno ansioso depresivo lo cual que la había llevado a la ingesta de fármacos y realización de diversos estudios radiográficos. Asimismo, su parto anterior fue precedido de un periodo de gestación especialmente delicado con reposo absoluto. *Ibidem*.

concurrentes y dejando la decisión final, como no podría ser de otra forma, a la paciente²³³”, por lo que, al no hacerlo, era procedente la demanda entablada.

En cambio, la Audiencia Provincial, llegó a una conclusión diametralmente opuesta en virtud del informe pericial médico efectuado en esa instancia, prueba esencial y elemental cuya realización fue omitida por el *a quo*. El experto en medicina informó al Tribunal que la ciencia imperante en la época no había demostrado que la ingesta de los medicamentos que tomaba la actora tuvieran relación directa con el aumento del riesgo de concebir un niño con síndrome de Down y “que no se aprecia ningún antecedente ni indicación de riesgos del síndrome en una paciente de 29 años [como tenía la madre de la criatura] sin antecedentes familiares ni personales²³⁴”. En consecuencia, al faltar la relación de causalidad entre el incumplimiento material (la falta de información) y el daño producido (el nacimiento del niño con síndrome de Down), no existió responsabilidad civil del ginecólogo, lo que así resolvió la Audiencia Provincial.

Similar fue el razonamiento seguido por el Tribunal Supremo. Expresamente se dijo que “el deber de información sobre la posibilidad de práctica de pruebas para comprobar la posibilidad de que el feto esté afectado por el Síndrome de Down, con el fin de permitir a la gestante hacer efectivo su derecho a abortar por causas eugenésicas dentro de las veintidós semanas de embarazo, únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* [reglas del oficio] la existencia de un riesgo de que el feto presente algún tipo de anomalía psíquica, pero no en los casos de embarazos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinarias²³⁵” (lo resaltado me pertenece), ejemplificando aquellos casos cuando: “existía un diagnóstico de alto nivel de riesgo y, a pesar de haberse practicado, se omitió comunicación del resultado de la prueba de amniocentesis (STS de 6 de junio de 1997); se conocía la existencia de un pariente colateral con síndrome de Down y había fracasado la primera prueba (STS 18 de mayo de 2006); concurría la circunstancia de una avanzada edad de la gestante (STS de 7 de julio 2002); o se daba esta misma circunstancia, junto con un resultado dudoso de la prueba primeramente realizada (STS de 21 de diciembre de 2005)²³⁶”. Por lo tanto, al no haberse demostrado “que concurrieran circunstancias de riesgo que aconsejaran o hicieran conveniente con arreglo a la *lex artis* aceptada en el año 1994 en que se produjeron los acontecimientos, la práctica de la prueba de amniocentesis^{237,238}, estimó que no correspondía atribuir responsabilidad al galeno.

²³³ Cfr. *Ibidem*, p. 3, Tercer Antecedente de Hecho, pár. 2º.

²³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 6, Primer Fundamento de Derecho, pár. 1º.

²³⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 15, Tercer fundamento de derecho, pár. 2º.

²³⁶ Cfr. *Ibidem*, pár. 3º.

²³⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 16, Tercer fundamento de derecho, pár. 6º.

²³⁸ Los fundamentos en los que basa esta afirmación son: a) aparecen informes de ambos progenitores con cariotipos normales; b) según los informes periciales no se asocia la alegada influencia de la ingesta de determinados fármacos durante el embarazo a la posible aparición del síndrome; c) los informes periciales consideran que el seguimiento del embarazo fue el habitual, correcto y ajustado a la *lex artis* en su momento histórico, año de 1994; d) consideran que no se aprecia ningún antecedente ni indicación de riesgo del síndrome, en una paciente de 29 años sin antecedentes familiares ni personales; e) consideran que del tratamiento estomatológico practicado a la madre, no puede derivarse o producirse el síndrome de Down durante el embarazo. *Ibidem*, p. 16, Tercer fundamento de derecho, pár. 5º.

Finalmente, en la sentencia del 6 de julio de 2007 también frente a similares hechos (nacimiento de un niño con síndrome de Down)²³⁹, la solución a la que arribó el Máximo Tribunal Español fue, sin embargo, distinta²⁴⁰. En el caso, se consideró que sí había responsabilidad de los profesionales de salud por la omisión en su deber de informar sobre la base de que la *lex artis* vigente al momento de los hechos (1994) sí mandaba a realizar la prueba diagnóstica no informada a los actores. De allí que en un pasaje de la sentencia se afirmó que “si existían pruebas para conocer el riesgo de concebir un hijo con malformaciones, es evidente que al margen de que la madre pudiera por su edad (31 años) no estar estadísticamente en situación de riesgo relevante, debió ser informada sobre las técnicas de diagnóstico²⁴¹”.

En suma, en la sentencia del año 2002, a pesar de que se configuró el incumplimiento, el Tribunal Supremo, desestimó la demanda por falta de relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento. Igualmente, en el pronunciamiento de junio de 2007 no hizo lugar a la demanda pero por un fundamento distinto: no era obligación del galeno informar en la época en que sucedieron los hechos acerca de esos *tests* existentes a una paciente como era actora de dichos actuados. En cambio, en la sentencia de julio de ese mismo año, sí hizo lugar a la pretensión de los accionantes al entender que era obligación del galeno informar en la época en que se desarrollaron los hechos acerca de esos *tests*. En consecuencia, los pronunciamientos citados, demuestran a las claras que la impericia, imprudencia o negligencia en que incurre el facultativo en su deber de informar encuentra como límite para de la responsabilidad civil la *lex artis* imperante en la época: si ésta manda informar, el médico que omite hacerlo será responsable civilmente; si, por el contrario, la *lex artis* no manda informar, el médico que no informa no es responsable civilmente.

La omisión por parte del profesional sanitario en aconsejar acerca de la posibilidad o conveniencia de realizarse pruebas de diagnóstico prenatal o preimplantatorio también puede advertirse en los casos que calificamos bajo el rótulo de “falta de detección indirecta de enfermedades o de una discapacidad en fase prenatal o preconceptiva” que recordemos se presentaba cuando el médico, en virtud de una prestación no enfocada directamente en la descendencia de una persona o de una mujer embarazada, detectaba el riesgo de una enfermedad o discapacidad que dicha persona –o sus progenitores si el paciente es un menor – puede transmitir a sus futuros hijos o, en el caso de la mujer embarazada, al por nacer en su vientre, y no aconsejaba practicarse otros estudios para comprobar la existencia del mal que observó.

Ahora bien, habiendo el profesional sanitario prescripto y realizado las pruebas pertinentes, también la culpa médica puede presentarse si el galeno brinda una falsa información a los padres del por nacer, al interpretar incorrectamente los resultados de las

²³⁹ El 13 de noviembre de 1996, Concepción, dio a luz al niño Carlos Alberto, afectado de Síndrome de Down. Durante el embarazo fue atendida por los doctores Don Alejandro y Don Federico, dependientes del Instituto Catalán de la Salud a quienes demanda junto con su marido (Millán), actuando en su propio nombre y en representación de su hijo, por la no realización de la analítica de sangre específica (conocida como Triple Screening) y vulneración de los derechos de información, privándoseles de su derecho a decidir si se sometía a una interrupción legal del embarazo. STS 4806/2007, op. cit.

²⁴⁰ El Juzgado de Primera Instancia N° 21 de Barcelona habría resuelto hacer lugar a la demanda y condenar a los demandados a abonar solidariamente a los actores la suma de quince millones de pesetas. Apelada la sentencia, la Sección Catorce de la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la sentencia y absolvió a los demandados en atención a que la madre tenía 31 años, no había declarado ningún antecedente médico que pudiera valorarse como factor de riesgo y que la *lex artis* no mandaba realizar la prueba omitida y no informada. *Ibidem*.

²⁴¹ Cfr. *Ibidem*, p. 3, Tercer Fundamento de Derecho, pár. 1°.

pruebas realizadas, por lo que “la información que se proporciona a la gestante no responde, en realidad, a la situación real del embrión o del feto; concretamente, se le informa que no existe problema alguno respecto del *naciturus*, cuando la realidad es que éste se encuentra afectado por un grave defecto o malformación o por una enfermedad incurable; se emite lo que se denomina técnicamente un ‘falso negativo’²⁴²”.

Sobre el particular, debe hacerse hincapié en que para que exista culpa por parte del profesional interviniente, éste tiene que haber interpretado mal los resultados obtenidos de las pruebas realizadas. Si la prueba fue realizada correctamente pero por su propio margen de error arrojó un resultado que no era el que se correspondía con la realidad, el facultativo no será, en principio, responsable²⁴³.

Un ejemplo de lo hasta aquí expuesto puede hallarse en el caso *Duplan v. Harper* resuelto en 1999 por el Tribunal de Distrito de Oklahoma²⁴⁴. Los hechos del caso fueron los siguientes: En junio de 1992, *Roseanne Duplan* fue a una clínica (OB/GYN) situada en la Base de la Fuerza Aérea de *Tinker* para obtener un test de embarazo. Allí, le comunicaron que estaba embarazada y, como su ambiente laboral la colocaba en riesgo de contraer el citomegalovirus (CMV) que podía causar daños a la salud del niño que llevaba en su vientre, la Sra. *Duplan* quiso realizarse un test para ver si ella era inmune al virus porque, en el caso que no lo fuera, iba a abortar. En julio de ese mismo año, el Dr. *Harper*, un médico que trabajaba en la clínica aludida, examinó a la Sra. *Duplan* y realizó la prueba, la que dio resultado positivo. El Dr. *Harper* instruyó a la enfermera *Elizabeth Reed* para que notifique los resultados a la Sra. *Duplan*, quien le consultó qué significaba que el resultado sea positivo. La enfermera le dijo que positivo implicaba que era inmune al virus, por lo que la Sra. *Duplan* decidió continuar con su embarazo. Tiempo después, nació *Zachary* con CMV lo que le provocó defectos en la audición, retraso madurativo y mental, pérdida de la motricidad, microcefalia y nistagmo. En consecuencia, y como *Zachary* iba a necesitar asistencia por el

²⁴² MACÍA MORILLO, Andrea *La responsabilidad civil médica* (...) op. cit., p. 5.

²⁴³ Macía Morillo explica esto de la siguiente manera: “cuando el proceso de diagnóstico y de comunicación del mismo sea realizado diligentemente, deberá negarse en este contexto la responsabilidad del profesional demandado, aunque el diagnóstico no se corresponda con la situación del paciente. En estos casos el daño se deberá considerar producto de caso fortuito o de fuerza mayor y, por tanto, no imputable al profesional diligente. Lo contrario supondría objetivar la responsabilidad del profesional sanitario, que debería responder más allá de los límites de la diligencia. Esto supone la necesidad de distinguir entre diagnóstico erróneo (como diagnóstico que no se corresponde a la situación real) y negligencia. Como todo paciente conoce y asume, la ciencia médica tiene sus límites, por lo que es posible que se emita un diagnóstico que no se corresponda con la situación real del paciente, o que no se pueda alcanzar diagnóstico alguno. El error, por tanto, es un riesgo inseparable de la ciencia médica y puede producirse en el contexto de una diligencia profesional. Por ello, en un contexto en que la responsabilidad se imputa a partir de un criterio de culpa, esta imputación sólo se produce ante la concurrencia de tal criterio y no por la mera existencia de un error médico. Este, en sí mismo, no es causa de responsabilidad, salvo que sea ocasionado por un comportamiento negligente. Ante la existencia de un diagnóstico erróneo, consiguientemente, habrá que comprobar si tal resultado era el único que podía ofrecer la ciencia médica, de acuerdo con el estado de conocimientos; es decir, habrá que plantearse si la falta de reflejo de la situación real del paciente es debida a una carencia en el saber científico, que no permite detectar y diagnosticar el mal en cuestión que aqueja al paciente. Sólo ante una respuesta negativa se deberá investigar qué comportamiento -o comportamientos- negligente fue el que produjo el error del diagnóstico (que podía haber sido correcto), a fin de reclamar responsabilidad contra su autor y, en su caso, contra quien deba responder por él”. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad por los diagnósticos* (...) op. cit. p. 194-195.

²⁴⁴ CORTE DE APELACIONES DEL 10° DISTRITO DE OKLAHOMA *in re Duplan v. Harper*, 11/08/1999 [Ref. 188 F.3d 1195 (10th Cir. 1999)] [consultado 13 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://casetext.com/case/duplan-v-harper>

resto de su vida así como también de cuidados médicos, rehabilitación y una educación especial, los padres interpusieron demanda por *wrongful birth*.

El Juzgado de Primera Instancia, hizo lugar a la pretensión interpuesta por los progenitores de *Zachary* contra el Gobierno de los Estados Unidos por ser el Dr. *Harper* y la enfermera *Reed* empleados de un nosocomio estatal y, en consecuencia, se condenó al Gobierno al pago de una indemnización de U\$S 3.056.100 (dólares tres millones cincuenta y seis mil cien) comprensiva U\$S200.000 (dólares doscientos mil) en concepto de daño moral y U\$S2.856.100 (dólares dos millones ochocientos cincuenta y seis mil cien) en concepto de gastos extraordinarios para el cuidado de *Zachary*, dinero que debía quedar en un fideicomiso a su favor por ser parte del caso.

La Corte de Apelación confirmó parcialmente la demanda pero determinó que el dinero del fideicomiso debía ser para los padres del menor y no para *Zachary* por no ser él parte en el litigio.²⁴⁵

Otro supuesto de culpa médica que puede verificarse en las acciones que estudiamos se presenta cuando el diagnóstico realizado no es comunicado a los padres, o lo es tardíamente con relación al plazo establecido por la legislación para poder realizar un aborto o luego de implantado el embrión o concebida la criatura, dependiendo el caso.

Ejemplo de lo dicho es el primer pronunciamiento efectuado sobre la materia por el Tribunal Supremo de España²⁴⁶. En el *sub lite*, una mujer que dio a luz un hijo con síndrome de Down, interpuso una demanda de responsabilidad civil contra dos médicos del Hospital Clínico Universitario de Valencia y el Servicio Valenciano de Salud en virtud de que la prueba de amniocentesis²⁴⁷ realizada le fue comunicada dos meses más tarde, momento en el

²⁴⁵ En la jurisprudencia española, el tratamiento del tema relativo a proporcionar un “falso negativo” a los padres se puede apreciar claramente en las sentencias dictadas por el Máximo Tribunal español el 4 de febrero de 1999, 18 de diciembre de 2003, 21 de diciembre de 2005, 4 de noviembre de 2010, 31 de mayo de 2011 y 15 de septiembre de 2015. Mientras que en la primer sentencia referida (4/2/1999) se descartó la responsabilidad profesional de la médica actuante por entender que la profesional de la salud actuó conforme a la *lex artis*, en las restantes el Tribunal Supremo hizo lugar a la demanda puesto que el incumplimiento en el deber de informar es uno de los pilares básicos de la responsabilidad médica. Cfr. STS 1242/1998, op. cit.; STS 8215/2003, 18 de diciembre de 2003, Sala I; STS 7433/2005, 21 de diciembre de 2005, Sala I; STS 6363/2010, op. cit.; STS 3556/2011, 31 de mayo de 2011, Sala I; STS 3752/2015, 15 de septiembre de 2015, Sala I.

²⁴⁶ La sentencia referida fue dictada el 6 de junio de 1997. STS 3999/1997, 06 de junio de 1997, Sala I.

²⁴⁷ “La amniocentesis y el muestreo de las vellosidades coriónicas, MVC son análisis que ayudan a detectar trastornos genéticos antes del nacimiento. Durante la amniocentesis, se remueve del útero una muestra de líquido amniótico (el líquido que está alrededor del bebé) y se manda al laboratorio para evaluación. La amniocentesis se realiza insertando dentro del útero (la matriz) una aguja fina a través del estómago y extrayendo una pequeña cantidad de líquido. Su cuerpo producirá más líquido para reemplazar aquel que fue sacado. El bebé no va a ser lastimado durante el procedimiento. Algunas mujeres sienten cólicos leves durante o después del procedimiento. Su médico puede pedirle que descanse durante el día del examen, pero por lo general, usted puede reanudar sus actividades normales al día siguiente. El MVC se realiza removiendo una pequeña muestra de placenta —que proporciona la nutrición al bebé— del útero. Se remueve ya sea por medio de un catéter (un tubo delgado) o de una aguja. Para este examen se usa anestesia local. La muestra de placenta puede obtenerse a través de la cervix. Un catéter se inserta dentro de la vagina y a través de la cervix y se extrae la muestra. La muestra también puede obtenerse insertando una aguja dentro del abdomen y extrayendo algo de placenta. La mayoría de las mujeres se sienten bien después del examen; a pesar de ello, algunas pueden tener sangrado (manchado) leve después. El MVC usualmente se hace entre las semanas 10 y 12 del embarazo. La amniocentesis usualmente se realiza durante la quinceava (15) semana del embarazo o después. El MVC usualmente se realiza entre las semanas 10 y 12 del embarazo”. Cit. <http://es.familydoctor.org/familydoctor/es/pregnancy-newborns/fetal-health/prenatal-diagnosis-mniocentesis-and-cvs.printerview.html>

que ya había transcurrido el plazo para la interrupción voluntaria del embarazo²⁴⁸. La demanda interpuesta fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia N° 10 de Valencia y luego confirmada por el Tribunal de Alzada: la Audiencia Provincia de Valencia. Sin embargo, el Tribunal Supremo Español, hizo lugar al recurso de casación y anuló, así, totalmente la sentencia del *a quo*, y condenó solidariamente a la médica (la Dra. R.P.T) y al Servicio Valenciano de Salud, del cual dependía el Hospital Clínico Universitario de Valencia, a abonar una indemnización de daños y perjuicios a María Purificación por la suma reclamada en autos (esto es, cincuenta millones de pesetas).

Para así decidir, el Tribunal entendió que “surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el Síndrome de Down...; lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales. Puesto que si la misma hubiera sabido con el suficiente tiempo, el fracaso de las pruebas determinantes de la situación del feto dentro del límite de tiempo legal, hubiera actuado en consecuencia y dentro del amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se hubiera prestado a la intervención médica de interrupción del embarazo, y si ello no fue así se debió a la actuación negligente de la Dra. R.P.T., que no le comunicó a su tiempo el fracaso de las pruebas, lo que se hubiera podido remediar con la repetición de las mismas o con otras de igual garantía o fiabilidad, pues había plazo suficiente aun, como ya se ha indicado, para proceder a interrumpir el embarazo dentro del plazo legal permisivo²⁴⁹” (el subrayado nos pertenece).

Finalmente, cabe destacar que la negligencia o impericia por parte del facultativo interviniente no sólo puede presentarse a la hora de efectuar el diagnóstico o cuando se comunican sus resultados, sino también en las etapas previas a la elaboración del mismo. Así, la realización defectuosa de la anémesis, es decir, la recolección incompleta de los antecedentes del paciente que se vuelcan en su historia clínica; o la falta o incorrecta realización del examen clínico del mismo, pueden llevar a que no se detecte el mal que aqueja o podría aquejar al *naciturus*.

En lo que respecta a la conducta dolosa en que puede incurrir el profesional sanitario, hemos de advertir que no tenemos conocimiento de ningún fallo dictado sobre acciones de *wrongful birth* o *life* en el que se haya acreditado la intención o la manifiesta indiferencia por omitir o brindar falsa información a los padres o futuros padres.

Igualmente, y siendo que como dijimos la culpa y el dolo sólo se diferencia por la intención del agente que obra, entendemos que los mismos escenarios antes descritos son de aplicación si media dolo.

En suma, consideramos que será latente la culpa o el dolo del médico o profesional sanitario necesaria para configurar el segundo presupuesto de la responsabilidad civil en las acciones que aquí estudiamos si:

1.- Omite informar las pruebas existentes para detectar malformación o enfermedad que luego presentará el *naciturus* conforme la *lex artis*;

²⁴⁸ Sobre el particular, CASALS, Martín Miquel, SOLÉ FELIU, Josep, *Responsabilidad civil por privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth) Comentario a la STS, 1º, 18.12.2003*, InDret, Working Paper N° 217, Barcelona, abril 2004, p. 4

²⁴⁹ STS 3999/1997, op. cit. p. 4, Tercer Fundamento de Derecho, pár. 7º.

2.- No aconseja acerca de la posibilidad o conveniencia de realizarse pruebas de diagnóstico prenatal, preimplantatorio o preconcepcional, dependiendo del caso, cuando ellas sean aconsejables según la *lex artis*.

3.- Proporciona un “falso negativo” a los padres, siempre y cuando él sea quien interpreta mal los resultados obtenidos de las pruebas realizadas y no si el “falso negativo” se origina en una falla del procedimiento de diagnóstico empleado;

4.- Realiza el diagnóstico pero comunica tardíamente su resultado con relación al plazo establecido por la legislación para poder realizar un aborto o luego de implantado el embrión o concebida la criatura.

5.- Omite realizar o realiza defectuosamente la recolección de datos necesarios para la elaboración del diagnóstico.

3.2.2.- El factor de atribución objetivo: el caso de las instituciones sanitarias, obras sociales, prepagas, centros de fecundación artificial y bancos de gametos

Tal como vimos al tratar el tópico de la legitimación pasiva, en las pretensiones resarcitorias por *wrongful birth* y/o *life*, además del médico o profesional sanitario que incurre en la conducta antijurídica, existen otros sujetos que pueden ser considerados responsables del daño reclamado. Así, eventualmente, la demanda puede dirigirse contra la institución, pública o privada, donde el facultativo presta sus servicios; la obra social o entidad de medicina prepaga que cubrió la prestación; el centro de fecundación artificial donde el diagnóstico preimplantatorio no se realizó o se realizó pero su resultado fue erróneamente interpretado o comunicado a destiempo; el banco de gametos que, por ejemplo, no efectuó el diagnóstico preconcepcional de los gametos; y las respectivas compañías de seguros.

Pero, ¿cómo responden tales sujetos en nuestro derecho?

El artículo 1721 del Código Civil y Comercial Argentino dispone que: “La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”.

Por su parte, el artículo siguiente reza que el factor de atribución objetivo se configura cuando “la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad”, en cuyo caso, “el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario” (cfr. artículo 1722 del Código Civil y Comercial) y el artículo 1723 de ese mismo cuerpo legal precisa que “Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”.

Por consiguiente, de los artículos transcritos surge que:

1.- La aplicación de un factor de atribución objetivo requiere una normativa específica, es decir, la descripción legal de las situaciones que lo vuelven operante²⁵⁰;

2.- Cuando media un factor de atribución objetivo no se valora la conducta propia del agente que obra antijurídicamente, o, lo que es lo mismo, la obligación de reparar se efectúa con abstracción de la imputación subjetiva;

²⁵⁰ Cfr. MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *Factores de atribución* [en línea] en Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012, Buenos Aires, El Derecho, 2012, [Fecha de consulta: 19 de julio de 2017], Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/factoresatribucion-mazzinghi.pdf>

3.- En los casos de factor de atribución objetivo la eximente opera distinto que en los casos de factores de atribución subjetivos. Aquí el sindicado como responsable no puede eximirse de responsabilidad demostrando su falta de culpa o dolo sino que es necesario demostrar una causa ajena que rompa totalmente el nexo causal entre el daño y la conducta antijurídica;

4.- Si el deudor en un contrato asume un resultado su responsabilidad es objetiva.

En el apartado anterior afirmamos que la responsabilidad de los facultativos es, en la mayoría de los casos, de carácter subjetivo. Corresponde indagar ahora brevemente si este mismo criterio se utiliza también para imputar responsabilidad a los demás sujetos pasibles de una acción de *wrongful birth* o *life*, o si por el contrario el factor de atribución para ellos es diferente: es decir, objetivo.

Principiando por la responsabilidad que corresponde atribuirle a las instituciones, pública o privada, donde el médico desarrolla su actividad, las obras sociales y las prepagas, lo primero que debe observarse es que los profesionales sanitarios se pueden vincular con sus pacientes de dos maneras: 1) directamente, porque el paciente lo elige y contrata personalmente; 2) indirectamente, a través de la obra social, prepaga o plan prestacional del establecimiento sanitario al cual el paciente se encuentra adherido. En el primer caso, existe consenso jurisprudencial y doctrinario en sostener que la responsabilidad del facultativo es, en la mayoría de los casos, subjetiva y contractual, ya que el acuerdo de voluntades entre ambos y la obligación de medios que asume el primero así lo justifica.

En el segundo, y en lo que respecta al vínculo que se establece entre el paciente y los entes asistenciales, prepagas y obras sociales, también se entiende que la responsabilidad de tales sujetos es contractual. No obstante, no existe consenso en lo que se refiere al carácter de directo o indirecto de dicha responsabilidad.

En efecto, cierto sector del pensamiento jurídico entiende que las entidades de medicina prepaga, las obras sociales y los establecimientos sanitarios responden por el hecho ajeno ya que por lo general existe un vínculo con el agente productor del daño o con la víctima; vínculo del que suele hacerse depender el surgimiento de un deber de control de la actividad del tercero, por el cual se considera apropiada la imputación a este sujeto del riesgo de los daños procedentes de su actividad. Así, Trigo Represas sostiene que existe “un sistema general de responsabilidad contractual del principal o patrono por el hecho de sus dependientes, basado en un implícito deber de seguridad o garantía a cargo de quien se vale de la actuación de terceros para el cumplimiento de la prestación a su cargo²⁵¹”, por lo que la responsabilidad de los entes sanitarios, empresas de medicina prepaga u obras sociales es indirecta.

De modo similar, aunque partiendo de una idea de “dependencia” más amplia, Tobías, explica que entre el establecimiento asistencial, prepaga u obra social, y el paciente existe una relación contractual “de las resultas del cual aquél se obliga a prestar una atención médica adecuada y diligente, a cuyo fin se vale imprescindiblemente de terceros -profesionales habilitados- por cuya conducta culposa debe responder²⁵²”. Por consiguiente, si el profesional sanitario no cumple la prestación con la diligencia debida, la responsabilidad de los establecimientos asistenciales, prepagas u obras sociales nace de forma refleja. Y agrega que

²⁵¹ TRIGO REPRESAS, Félix A. y LOPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 460.

²⁵² TOBIÁS, José W., *El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/14873/2001.

“así enfocada la cuestión, debe, a su vez, concluirse que la responsabilidad del galeno frente al enfermo es extracontractual en tanto que ningún nexo negocial existe entre ellos, por lo que la acción del acreedor contra los auxiliares del deudor es de aquella naturaleza²⁵³”.

Participan de igual tesitura Ramella y Mosset Iturraspe, a pesar de que el primero niega que en tales casos el médico deba responder frente al paciente²⁵⁴, y el segundo, que debe hacerlo aunque bajo los parámetros de la responsabilidad contractual²⁵⁵.

En las antípodas de este pensamiento se encuentran aquellos que niegan que exista una relación de dependencia o subordinación entre el galeno y la clínica, prepaga u obra social. Consideran, por el contrario, que en su actuar el médico posee independencia técnica por lo que la responsabilidad de las obras sociales, prepagas, mutuales, o entidades prestatarias no se rige por las normas que regulan la responsabilidad refleja sino que lo hace de manera directa por las reglas propias de la estipulación celebrada a favor de un tercero.

Así, y sobre la base de lo dispuesto por el art. 504 del Código Civil, se consideró que “entre la clínica, sanatorio o establecimiento –estipulante– y el médico –promitente– se celebraba un contrato a favor del paciente –beneficiario–²⁵⁶” por lo que “se originaban dos relaciones simultaneas: la del paciente con la clínica, sanatorio o ente asistencial, por un lado; y la del paciente con el médico, por el otro, resultando ser las responsabilidades emanadas de ambos vínculos contractuales y directas²⁵⁷”. Pero, mientras que la responsabilidad del médico es subjetiva (basada en la culpa como criterio de imputación), se entendió que la de las entidades médicas, obras sociales y prepagas es objetiva en tanto no deviene del propio sujeto sino del actuar de un tercero (el del médico) y se funda en la “obligación de seguridad de prestar asistencia médica mediante los profesionales de su institución²⁵⁸”.

Ahora bien, siendo que el daño que sufre un paciente resulta de la actuación del profesional sanitario, bajo el escenario descrito se sostuvo que era condición ineludible para que nazca la responsabilidad objetiva y directa de aquellos entes, demostrar, en primer término, que el profesional de la salud ejecutor de la prestación obró con culpa. Ello así no por tratarse de un supuesto de responsabilidad refleja, sino porque la prueba de aquella culpa patentiza la transgresión de la obligación tácita de seguridad, con lo cual se torna inexcusable e irrefragable la responsabilidad directa y objetiva de la obra social, del ente sanatorial y los demás sujetos involucrados, quienes sólo podían liberarse del deber de responder acreditando la causa ajena no imputable a ellos y no la ausencia de culpa en la elección o en la vigilancia del médico, defensas éstas propias de la responsabilidad por hecho ajeno.

No obstante, más recientemente, los autores comenzaron a observar que en la mayoría de los casos el paciente se relaciona con el profesional que lo asiste a través de su prepaga, obra social o del plan médico que contrató con un determinado nosocomio. Tómese por ejemplo los casos en que el paciente llama a su obra social o entidad de medicina prepaga para que le envíe un médico a domicilio; o los casos en los que el paciente va a la guardia de un nosocomio público o privado para recibir atención sanitaria. En todos estos supuestos, “el

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ RAMELLA, A., *Dictamen presentado ante las Primeras Jornadas de Derecho Civil*, Boletín del Instituto de Derecho. Civil, Santa Fe, núm. 5, p. 163.

²⁵⁵ MOSSET ITURRASPE, S., *Responsabilidad Civil del médico*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 115 y ss.

²⁵⁶ CALVO COSTA, Carlos A., *Responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales, empresas de medicina prepaga y obras sociales. un cambio de paradigma*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/1452/2016

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ *Ibidem*.

vínculo contractual no se realiza con el galeno, sino con la persona jurídica en cuestión (establecimiento asistencial, empresa de medicina prepaga u obra social)²⁵⁹.

Por ello, en los últimos años surgió una fuerte tendencia doctrinaria que entiende que el paciente no es un mero tercero o beneficiario de una estipulación celebrada a su favor sino que es parte de un contrato que celebra con la obra social, entidad de medicina prepaga o ente asistencial, el que en nada se altera por el hecho de que éstos últimos empleen terceros (profesionales de la salud) para ejecutar materialmente sus prestaciones. Es que la “obligación principal del establecimiento asistencial no se agota en la provisión de los profesionales necesarios para la atención del paciente, sino que consiste en prestar al enfermo el servicio médico en su totalidad, desarrollando un plan de conducta diligente a fin de obtener el resultado perseguido por el acreedor²⁶⁰” – esto es, la atención médica–; plan que, a su vez, en los hechos ejecuta un tercero: el médico o profesional de la salud.

Dicho de otro modo, el plan de conducta que lleva adelante el facultativo constituye, en realidad, la ejecución de la obligación principal a cargo del establecimiento asistencial, razón por la cual su inexacto cumplimiento comprometerá la responsabilidad de este último, no por el incumplimiento de una obligación de seguridad (como sucedía con la postura anterior), sino por el de la mencionada obligación principal. Es allí donde adquiere relevancia la culpa del médico en el desarrollo del plan de conducta, pues dicho plan es lo debido por el ente asistencial, y será este último quien responderá, en el marco del contrato, por su propio incumplimiento²⁶¹.

De lo expuesto se colige que si el paciente sufre un daño, el establecimiento asistencial, obra social o entidad de medicina prepaga con la que contrató la prestación incumplida serán sus responsables directos. Son estos sujetos los deudores principales frente al paciente, siendo el médico un mero tercero del cual se sirvieron para ejecutar la prestación debida.

No obstante, los defensores de esta tesitura no se detienen aquí. Sobre la base de que el contrato celebrado entre los pacientes y las clínicas, empresa de medicina prepaga, obra social o entidad sanitaria, importa la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos, consideran además que dicho contrato debe regirse por el régimen de defensa del consumidor. Claro está que la relación que se entable entre el paciente y el médico no se regirá por tal normativa ya que el segundo párrafo del art. 2° de la ley 24.240 expresamente excluye de su ámbito de aplicación a los profesionales liberales. Lo hará, por lo tanto, por las normas del derecho común. Empero, tal situación no obsta a que los establecimientos asistencias, o las empresas de medicina prepaga u obras sociales que desarrollan profesionalmente servicios de atención médica, sean consideradas como proveedores de este servicio y, por consiguiente, responsables bajo las directivas del derecho consumeril.

En otras palabras, existe una relación contractual, directa y de consumo que une al paciente con las instituciones médicas, empresas de medicinas prepagas y obras sociales, distinta de la que puede unir al facultativo con el paciente, que se regirá por las reglas propias del derecho civil.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ SÁENZ, Luis R. J., *La responsabilidad de las clínicas, hospitales y demás establecimientos asistenciales en el marco de la ley de defensa del consumidor*, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, Buenos Aires, Ed. La Ley, Tomo III, p.626 y ss.

Ahora bien, como el art. 10 bis de la Ley 24.240 estipula la responsabilidad objetiva del proveedor por el incumplimiento del contrato, los partidarios de esta postura, señalan que su aplicación lisa y llana resulta inadecuada cuando se trata de prestaciones que involucran la asistencia del paciente en sí mismo ya que el deber que asume el facultativo para con el paciente es de medios y no de resultado. Por ende, para que sea procedente la responsabilidad de los entes asistenciales, obras sociales o entidades de medicina prepaga, se requiere (al igual que sucedía con la tesitura de la estipulación a favor de terceros) acreditar la culpa galénica en el desarrollo de la prestación, o, lo que es lo mismo, la demostración de la falta de culpa del profesional sanitario exime de responsabilidad al establecimiento, obra social o prepaga.

Del repaso de lo hasta aquí dicho se puede concluir que la gran mayoría de los autores coincide en señalar que el factor de atribución por el que los nosocomios, entidades de medicina prepagas y obras sociales deben responder es objetivo y que la falta de culpa del profesional de la salud opera como factor eximente de responsabilidad. Por consiguiente, siendo las acciones de *wrongful birth* y *life* demandas de responsabilidad civil médica, no vemos motivos por los cuales idénticos criterios no deban aplicárseles.

En lo que respecta a la responsabilidad que corresponde endilgarle a los centros de fecundación artificial, en un artículo dedicado al tema, Herrera y Salituri Amezcua plantean que el factor de atribución es objetivo en virtud de la “obligación refleja por el hecho de sus dependientes o de los profesionales de los que se sirve para brindar el servicio (arts. 1753 y 732 CCyC)²⁶²”.

Asimismo, las autoras citadas argumentan que el factor de atribución es también objetivo cuando se transmiten enfermedades por manipulación genética y cuando el tratamiento mismo o las cosas de las que se sirven los profesionales para su realización pueden suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los usuarios.

Por su parte, Medina y Hooft sostienen que la “responsabilidad de los centros donde se realizan las técnicas de fecundación asistida es objetiva, pues revelada la culpa del médico, dicha responsabilidad se torna inexcusable o irrefragable, ya que la misma es producto de la violación del crédito de seguridad, de ahí que el establecimiento sanitario no pueda eximirse probando su culpa en la elección o vigilancia²⁶³”.

En la misma línea de pensamiento se expresa Venini, aunque por motivos distintos. Explica la nombrada que “los centros especializados en procreación asistida son responsables solidariamente con los médicos, siendo ésta una responsabilidad contractual directa, de carácter objetivo, de la clínica o entidad asistencial respecto de los usuarios de las técnicas, la cual emerge de una estipulación a favor de tercero (art. 504 CCiv.), celebrada entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) a favor del enfermo (beneficiario), y se apoya en una obligación tácita de seguridad fundada en el principio de buena fe contractual (art. 1198 CCiv.), destinada a preservar a las personas contratantes contra los daños que puedan originarse de la ejecución del contrato²⁶⁴”.

Igual criterio de imputación rige para la responsabilidad de los bancos de gametos, habiéndose establecido por unanimidad en las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad

²⁶² HERRERA, Marisa, SALITURI AMEZCUA, Martina M., *Técnicas de reproducción humana asistida y responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/1607/2016

²⁶³ MEDINA, Graciela, *Daños en el derecho de familia*, op. cit., p. 394

²⁶⁴ VENINI, Guillermina, *El resarcimiento de daños y las relaciones de familia. especial referencia a los daños causados por la manipulación genética y el uso de las nuevas técnicas de reproducción asistida*, Buenos Aires, La Ley, cita online: 0003/014204

Civil y Seguros de 1992 que en las técnicas de fecundación, los agentes biomédicos responderán por el nacimiento de un niño con deficiencias, producto del uso de gametos defectuosos o en mal estado de conservación.

3.3.- El daño resarcible

El tercer presupuesto de la responsabilidad civil es el daño.

En sentido lato, el daño puede ser interpretado como cualquier menoscabo o detrimento que sufre una persona. Pero, como bien señala Calvo Costa, “con tal amplitud de significado, la vida cotidiana resulta ser una fuente incesante de daños²⁶⁵”, ilustrando sus dichos con los siguientes ejemplos: “así, ocasiona daño -aún sin quererlo- quien se impone a sus competidores en un concurso determinado, [o] quien capta los clientes de un competidor por prestar mejores servicios que él aun cuando no utilice mecanismos ilegítimos para ello²⁶⁶”. En consecuencia, resulta preciso analizar qué daños generan la obligación de indemnizar desde un punto de vista jurídico.

Al respecto, y si bien cabe señalar que la doctrina se encuentra dividida entre aquellos que consideran que el daño es una lesión a bienes jurídicos²⁶⁷, los que piensan que es una violación a los derechos subjetivos de una persona²⁶⁸, y quienes defienden la tesis de la lesión de un interés patrimonial, lo cierto es que nuestro Código Civil y Comercial, a diferencia del código velezano, dispone en su artículo 1737 que:

“Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

En consecuencia, habrá “daño jurídico” cuando se lesione, menoscabe o perjudique un derecho –entendido éste dentro de una concepción positivista dado que el artículo 1737 alude al “ordenamiento jurídico”– o un interés.

Al mismo tiempo, y para que el daño sea resarcible, se exige la concurrencia de tres requisitos; a saber:

1.- Certeza: La existencia del daño (no su actualidad) debe ser cierta, es decir, debe ser real, efectiva, indubitable o con un alto margen de probabilidad.

2.- Personal: El menoscabo debe recaer sobre un derecho o interés propio, lo que equivale a decir que solo quien ha sufrido un daño, directa o indirectamente, puede reclamar reparación.

²⁶⁵CALVO COSTA, Carlos A. *El significado y las especies de daño resarcible*, [en línea], [Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2018], Disponible en: <http://ccalvocosta.com.ar/articulos/El%20significado%20y%20las%20especies%20de%20da%C3%B1o%20resarcible.pdf>. Ver también CALVO COSTA, Carlos A. *Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/555/2015

²⁶⁶ *Ibidem*

²⁶⁷ ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Lerner, Córdoba 1992, p. 13 y ss.; ZABALA DE GONZALEZ, Matilde, *Resarcimiento de Daños*, Hammurabi, t. 4, Buenos Aires, 1999, p. 115 y ss.; PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, 2º ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p 31 y ss. ; cit. en OSSOLA, Federico A., *Daños causados a recién nacidos y a personas menores de edad. Algunas reflexiones y propuestas* en TRIGO REPRESAS, Félix A. y BENAVENTE, María I, *Reparación de Daños a la Persona*, Ed. Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, p. 145.

²⁶⁸ ALTERINI, Atilio Anibal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, op. cit., p. 224.

3.- Subsistente: La lesión debe encontrarse presente a la hora del resarcimiento²⁶⁹.

Por ello, el Código Civil y Comercial en su artículo 1739 dispone que “para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

Ahora bien, conforme el estado actual de las ciencias jurídicas, la noción de “daño” se ha vuelto central a la hora de valorar la procedencia y extensión del resarcimiento civil. De hecho, la máxima “no existe responsabilidad sin culpa” que centraba su mirada en el victimario, ha perdido virtualidad. Lo que preocupa hoy en día al Derecho Civil es la víctima: si ella sufrió injustamente un perjuicio, entonces el mismo habrá de ser reparado.

Teniendo en cuenta tales premisas, corresponde preguntarnos entonces cuál es el daño que se presenta en las acciones de *wrongful birth* y en las acciones de *wrongful life*.

Abordaremos el tratamiento de esta cuestión por separado para cada una de las acciones puesto que, como se adelantó, entendemos que el daño reclamado, aunque similar, no es el mismo en ambos tipos de pretensiones.

3.3.1.- El daño en las acciones de *wrongful birth*

A lo largo de la investigación desarrollada, hemos visto cómo en las acciones de *wrongful birth* la negligencia médica impide a los padres contar con la correcta información acerca de la enfermedad o mal que podría aquejar, o que efectivamente aqueja, al por nacer y que, de haber sido brindada correctamente, hubiera permitido a estos decidir si concebir; llevar a término un embarazo o implantar un embrión. Por lo tanto, parece ser que el actuar del profesional sanitario de alguna manera “permitió” el nacimiento de ese niño con discapacidad o enfermo. Pero es justamente esta vinculación que existe entre el nacimiento y la negligencia médica lo que cuestiona la categorización de un “daño” a los progenitores que sea susceptible de resarcimiento.

Conscientes del dilema moral y jurídico que tal asimilación trae apareja, quienes pregonan la admisión de este tipo de demandas han tratado de identificar el perjuicio de los progenitores con algo distinto al hecho del nacimiento mismo. No obstante, no existe consenso en la doctrina autoral ni en la jurisprudencia existente sobre la materia a la hora de resolver la pregunta de cuál es el daño que se presenta en estas acciones; interrogante fundamental puesto que de su respuesta dependerán los rubros a resarcirse.

Así, quienes sostienen que el daño en las acciones de *wrongful birth* se identifica con los gastos de manutención que el nacimiento de un niño con discapacidad o enfermedad acarrea, enfrentan el inconveniente del resarcimiento de los daños extrapatrimoniales (daño moral) que dicho nacimiento genera²⁷⁰; mientras que quienes identifican el daño con la frustración o angustia que les causa el nacimiento de un hijo enfermo o con discapacidad del cual no habían sido correctamente informados, tienen el problema contrario: los daños patrimoniales derivados del nacimiento.

²⁶⁹ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Derecho Civil- Obligaciones*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1970, t. I, p. 277.

²⁷⁰ En efecto, esto es lo que sucede en Alemania, donde la jurisprudencia elaboró la teoría de la separación, según la cual es posible diferenciar la vida o el nacimiento del niño, de los gastos que implica su manutención. A raíz de esta teoría se permitió comenzar a identificar el daño reclamado en las acciones de *wrongful birth* con algo distinto que la vida del recién nacido.

Por tal motivo, otros autores plantean que el daño se relaciona con la lesión que sufren los progenitores a su derecho a la autonomía reproductiva o libertad de procreación, y/o a la pretendida prerrogativa que tendría la madre de interrumpir voluntariamente el embarazo.

Ya hemos hecho referencia a la estrecha vinculación que existe entre las acciones de *wrongful birth* y el aborto y cómo desde nuestra perspectiva es necesario que al menos éste sea reconocido expresamente como un derecho de la mujer encinta y no solamente como un delito no punible, por lo que sobre el particular allí nos remitimos (capítulo II, apartado 2.3.4).

En cambio, nada se dijo acerca de la autonomía reproductiva o libertad de procreación.

La autonomía reproductiva o libertad de procreación, vistas como derivaciones del derecho a la autodeterminación, a la intimidad, y al libre desarrollo de la personalidad, refieren a la potestad subjetiva que detentan los progenitores para decidir libremente acerca de su vida reproductiva: el modo, tiempo y lugar en el cuál desean ser padres o madres y con quién lo desean. De esta forma, la autonomía reproductiva o libertad de procreación guarda estrecha relación con la planificación familiar, entendida ésta como “el derecho humano básico [de todas las parejas e individuos] de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus niños y a tener educación, y medios para hacerlo”.

Aplicando tales conceptos al caso de las acciones de *wrongful birth* – y más allá de señalar que quien escribe estas páginas no comparte el criterio de que la libertad de procreación y la planificación familiar constituyan “derechos humanos” tal como la Conferencia sobre Población de Bucarest en 1974 pretendió por primera vez reconocer–, podemos concluir que para esta tesitura, en los casos de las acciones de *wrongful birth*, la libertad o autonomía reproductiva se verán afectadas principalmente en los supuestos de falta de diagnósticos indirectos o de diagnósticos preconceptivos erróneos, cuando el yerro o la omisión de la prueba por la negligencia en que incurre el médico no permita a los futuros padres conocer la problemática que afecta a su futura descendencia.

Una vez concebida la criatura, consideramos que lo que se verá conculcado es el pretendido derecho de la madre a interrumpir su embarazo, siempre y cuando, como ya adelantamos, el ordenamiento jurídico reconozca expresamente esta potestad como un “derecho” de la mujer encinta. En otras palabras “si la posibilidad de abortar no es admitida legalmente, no hay ataque al derecho a elegir entre continuar con el embarazo o no, por lo que el comportamiento médico del profesional sanitario, como regla, no configurará un ataque antijurídico²⁷¹”, a lo que agregamos: al menos, en el sentido de las acciones de *wrongful birth* que aquí estudiamos²⁷².

Una mención particular merece el error de diagnóstico preimplantacional en el caso de las TRHA, cuando la omisión o el yerro del profesional interviniente, no permite a los comitentes de la técnica advertir la anomalía o posible anomalía que presenta el embrión, por lo que ellos se lo implantan.

²⁷¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAM, Eleonora *El daño derivado de una persona que padece discapacidad grave* (...) op. cit. p. 377

²⁷² Ello así puesto que entendemos que si bien un ordenamiento jurídico puede reputar como ilegal el aborto, el médico que no informa a los progenitores el mal que aqueja al por nacer, incumple con una de las obligaciones básicas de la relación médico-paciente y, por lo tanto, los padres podrían llegar a reclamarle el perjuicio moral sufrido al no haber estado psicológicamente preparados para afrontar el nacimiento de ese niño con esa patología o discapacidad.

Para aquellos que consideran que la vida comienza con la unión del óvulo con el espermatozoide, lo que se afectará en definitiva es el derecho de la madre a abortar, puesto que la no implantación de los embriones enfermos o con anomalías y su posterior descarte o su destino a investigación y/o experimentación no es en el fondo algo distinto a la interrupción voluntaria de un embarazo natural.

En cambio, para aquellos que defienden que la vida comienza con la implantación del embrión en el útero materno, lo que se verá afectado en un caso de diagnóstico preimplantacional erróneo imputable al actuar negligente del profesional interviniente es la libertad o autonomía reproductiva de los comitentes.

Igualmente, la distinción formulada no será de mayor importancia si en el país donde se plantea estas acciones tanto la facultad de abortar como la libertad de procreación se encuentran reconocidas por el ordenamiento positivo como derechos. Sí, en cambio, lo será en nuestro país donde la última de estas libertades se encuentra reconocida²⁷³ pero no la primera.

A todo evento, lo que genera reales inconvenientes para los defensores de esta tesitura, es la limitación en la legitimación activa de quienes pueden reclamar por el daño sufrido puesto que se negará legitimación en algunos casos al padre que por su propio derecho ejerza la acción e indudablemente a los hermanos y otros parientes del menor que nace afectado por el mal por no ser ellos los titulares del derecho a abortar o a la autonomía reproductiva.

No obstante esta salvedad, fundamentan el daño en la lesión a la facultad de la madre de optar por interrumpir el embarazo gran parte de los pronunciamientos que ha habido en materia de *wrongful birth* por parte de la Sala Civil del Tribunal español²⁷⁴ y la mayoría de los fallos de la jurisprudencia norteamericana²⁷⁵. También lo hacen los autores españoles Martín Casals y Solé Feliu quienes entienden que parece “clara la indemnización del daño moral que deriva de los sufrimientos y padecimientos que ocasiona a los padres el nacimiento y ulterior crecimiento del hijo con malformaciones²⁷⁶” ya que deriva directamente de la privación a la facultad de abortar, así como también los costes extras que provienen de la anomalía del hijo por representar una carga excesiva para la madre y la familia que la despenalización del aborto le ofrecía la posibilidad de evitar.

Igualmente, Emaldi Cirió se enrola en esta tesitura por cuanto defiende que el resultado dañoso es “la perspectiva frustrada de abortar legalmente que tiene la madre –por culpa de la negligencia médica –y por ello, los daños económicos que supone hacerse cargo de un hijo con deficiencias²⁷⁷”.

En nuestro país, y si bien es escasa la doctrina nacional sobre la materia, Medina parece adherir a esta tesitura al afirmar que en las acciones de *wrongful birth* el “daño es la pérdida del derecho a elegir”. No obstante, la autora citada no ciñe ese derecho a elegir únicamente a la posibilidad de abortar sino también a la de optar por diversos tratamientos

²⁷³ Así lo hace expresamente la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, tratado internación con jerarquía constitucional ratificado por ley 23.179, en sus artículos 10, inc. h), 12 y 16, inc. e).

²⁷⁴ V. gr. STS 581/2002, 7433/2005, 4827/2007, 6363/2010, 3556/2011 y 3752/2015, op. cit.

²⁷⁵ Ver MEDINA, Graciela, WINOGRAD, Carolina, *Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy. Análisis de la Jurisprudencia* (...) op. cit.

²⁷⁶ CASALS, Martín Miquel, SOLÉ FELIU, Josep, *Responsabilidad civil por privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)*, (...) op. cit., p. 4

²⁷⁷ EMALDI CIRIÓN, Aitziber, *El consejo genético* (...) op. cit. p. 257.

prenatales para mitigar, paliar o combatir la enfermedad congénita que tiene el hijo de quienes interponen estas demandas. En vistas de tal consideración, Medina defiende la idea de que “las acciones de *wrongful birth*, o nacimiento injusto, podrían estar orientadas a incentivar a los especialistas médicos a adoptar los mayores recaudos para que la persona pronta a nacer pueda gozar de una mejor calidad de vida. Caso contrario, estas clases de acciones y las condenas que se dicten al respecto deberían resarcir el no haber podido elegir (o por lo menos intentar) mejorar la vida del nuevo ser²⁷⁸”. Y aclara, “entiéndase que no se resarcirá la mera posibilidad de una mejora, aquí la impericia médica pudo privar a los padres del derecho a elegir, del derecho a la procreación y planificación de la propia reproducción, y del derecho a una vida normal y disfrute de la salud del hijo por nacer²⁷⁹”.

Por su parte, Kemelmajer de Carlucci y Lamm sostienen que “la característica básica de la demanda de *wrongful birth* es, pues, su estrecha conexión con la existencia del aborto legal, en tanto el derecho atacado es la facultad de la madre de optar por interrumpir el embarazo, de acuerdo con los plazos y en las condiciones previstas por ley²⁸⁰”.

Otra postura que tiene varios adeptos es aquella que identifica el daño con la pérdida de una chance. Y si bien enfrenta similares inconvenientes a los de la tesis anterior en lo que atañe a la legitimación activa, a diferencia de aquella “se afirma que el daño reside en haber perdido los progenitores la oportunidad de evitar una pérdida: en concreto, la oportunidad de haber evitado el nacimiento de un niño con discapacidad y, con ello, los gastos patrimoniales extraordinarios y los daños morales que van aparejados a él. Con ello, se conecta el comportamiento del profesional sanitario con el hecho del nacimiento del niño a través de la idea de la oportunidad perdida²⁸¹”.

Ahora bien, hemos dicho que para que el daño resulte indemnizable debe ser cierto, personal y subsistente, a lo que cabe añadir que debe mediar una relación causal jurídicamente relevante entre la conducta antijurídica y el daño sufrido. Por lo tanto, para que se configure una pérdida de chance (daño cierto y actual) en el caso de una acción de *wrongful birth* se requiere causalidad probada entre el hecho del nacimiento y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de abortar, no concebir o no implantar, según el caso, que tenían los progenitores si ese evento no se hubiera producido, prueba que puede resultar de difícil producción.

Además, y tal como Martín Casals y Solé Feliu señalan, la pérdida de oportunidad consiste en la desaparición de la probabilidad de un evento favorable cuando la posibilidad del mismo aparezca como suficientemente seria. Empero ese evento favorable habrá de ser aleatorio, casual o producto del azar, o lo que es lo mismo, independiente de la voluntad de la víctima, por lo que esta teoría no puede aplicarse a los supuestos de *wrongful birth*, puesto que la facultad de interrumpir el embarazo depende de la voluntad de la madre que, como perjudicada, estaría facultada para ejercitar la demanda²⁸².

He aquí, pues, los inconvenientes a los que se enfrentan los partidarios de esta postura.

En efecto, esta pareciera ser la posición que adoptó, en un principio, el Tribunal Supremo español para desestimar la demanda cuando la Sala Civil dictó la segunda sentencia

²⁷⁸ MEDINA, Graciela, WINOGRAD, Carolina, *Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy. Análisis de la Jurisprudencia* (...) op. cit.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAM, Eleonora *El daño derivado de una* (...) op. cit. p. 377.

²⁸¹ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad por los diagnósticos* (...) op. cit. p. 345

²⁸² MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, *Comentario a la STS de 7 de junio de 2002 en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 60, octubre/diciembre 2002, p. 1097 y ss.

sobre la materia y a la cual hicimos referencia en el apartado anterior, puesto que la no acreditación de la intención de la facultad de abortar de la mujer fue uno de sus argumentos centrales a la hora de decidir²⁸³. Asimismo, la sentencia del 7 de junio de 2002 de la misma Sala volvió a reiterar esta necesidad de acreditar la intención de la madre de interrumpir el embarazo en curso para que sea procedente el resarcimiento en las acciones de *wrongful birth*²⁸⁴. No obstante, a partir de la sentencia del 18 de diciembre de 2003 el criterio jurisprudencial mutó puesto que según los magistrados, la demostración de tal extremo “constituye un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no hacen más que añadir cierta complejidad probatoria a estos supuesto²⁸⁵”, alcanzando con sólo probar que la posibilidad de abortar se vio afectada.

Una quinta postura en materia del daño resarcible de las acciones de *wrongful birth* es sostenida por quienes aducen que el daño en estas acciones está dado por la lesión al derecho a la información que sufren los padres como pacientes. Ejemplos de ello lo constituyen, en el derecho comparado, el caso estadounidense *Robak v. United States*²⁸⁶. Asimismo, y si bien tuvo como antecedente fáctico la falta de información brindada por un médico a una pareja acerca de las posibilidades de reversión de una técnica esterilizante –es decir, un contexto propio de una acción de *wrongful pregnancy*–, en el fallo “V., P. V. J. y otro c. I. M. d O. S.A. y otros s/ daños y perjuicios” que antes comentamos (ver capítulo I, apartado 1.1.1) la Sala G resolvió que el padre no podía reclamar los daños sufridos dado que “es un tercero ajeno a la relación médico-paciente, aunque resulte indirectamente afectado²⁸⁷”.

Y si bien es cierto que en las acciones de *wrongful birth* el profesional sanitario no informa correctamente a los padres acerca del mal que aqueja o podría aquejar a su descendencia, algunos critican esta teoría al afirmar que “La privación de información no es, pues, un daño en sí, sino que es un daño por el efecto que produce, que en este caso en concreto es la privación de la decisión sobre la procreación futura o sobre la interrupción del embarazo²⁸⁸”. Dicho de otro modo, la falta de información que tienen los padres sobre el verdadero estado de salud de su descendencia o futura descendencia no ocasiona un daño *per se* a los padres, sino que es la decisión de concebir, implantar un embrión o llevar a término un embarazo que ellos adoptan en base a esa falta de información lo que les termina generando perjuicios.

Finalmente, algunos autores argumentan que en las acciones de *wrongful birth* los padres reclaman por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que indirectamente les ocasiona el nacimiento de un hijo con discapacidad o enfermo. Se trataría, entonces, de un daño personal pero a la vez indirecto o de rebote que se genera como consecuencia del perjuicio que sufre su hijo. Él es la víctima o damnificado directo de la enfermedad o discapacidad con que nace y sus padres, por encontrarse en un estrecho vínculo con él, son los damnificados indirectos, es decir, terceros cuyos intereses lícitos también resultan afectados por ese nacimiento.

²⁸³ STS 1242/1998, op. cit.

²⁸⁴ STS 581/2002, op. cit.

²⁸⁵ STS 8215/2003, op. cit.

²⁸⁶ CORTE DE DISTRITO DE ILLINOIS *in re Robak v. United States* 09/12/1980 [Ref. 503 F. Supp. 982 (N.D. Ill. 1980)] [consultado 13 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://casetext.com/case/robak-v-united-states>

²⁸⁷ CNCiv., Sala G, *in re* “V., P. V. J. y otro c. I. M. d O. S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, op. cit.

²⁸⁸ MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, *Comentario a la STS de 7 de junio de (...) op. cit.*

Como puede apreciarse, la determinación del daño en las acciones de *wrongful birth* no es un tema sencillo.

De las tesis hasta el momento elaboradas, coincidimos con Macía Morillo en que las que identifican el daño con la lesión al derecho a la autonomía reproductiva o libertad de procreación, y/o al derecho que tienen la madre de interrumpir voluntariamente el embarazo, y con los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que indirectamente experimentan los progenitores, son las que más se acerca a la realidad de los hechos.

No obstante, teniendo presente los lineamientos del ordenamiento positivo nacional, observamos que la presencia o ausencia de esos daños dependerá del supuesto de hecho del que partamos.

Así, si nos encontramos frente a un diagnóstico prenatal que se omitió realizar cuando conforme la *lex artis* era menester efectuar, o que proporcionó un falso negativo, o cuyo resultado fue comunicado tardíamente, creemos que la teoría que identifica el daño con la lesión que sufren los progenitores al derecho que tiene la madre de interrumpir voluntariamente el embarazo es acertada, siempre, claro está que tal “derecho” sea expresamente reconocido por el ordenamiento positivo como tal. Empero, al no encontrarse reconocido el aborto como derecho en nuestro país, los padres no podrán válidamente alegar su vulneración ante nuestro Tribunales.

Asimismo, consideramos que tampoco en tales casos los padres pueden pretender los eventuales daños que de rebote el nacimiento de su hijo les ocasione dado que, de haber conocido el estado de salud de su hijo en fase prenatal, no hubieran podido legalmente impedir su nacimiento.

Así las cosas, bajo el amparo de la legislación nacional, tal vez lo único que podrían llegar a demandar los padres de verificarse el supuesto aludido es el daño moral que les generó el conocer a destiempo la información sobre el correcto estado de salud de su hijo o, como dice Medina, el daño que les ocasionó la pérdida de la oportunidad de optar por diversos tratamientos prenatales para mitigar, paliar o combatir la enfermedad congénita que tiene su hijo pero, cabe aclarar, ello no será una acción de *wrongful birth*; al menos en los términos que aquí estudiamos.

Más compleja es la situación en los casos de diagnósticos preimplantatorios que no se practican, o cuyo resultado es mal interpretado, o comunicado extemporáneamente, es decir, con posterioridad a la implantación del embrión en el útero materno. Recordemos que aquí nos encontramos como antecedente necesario con una relación contractual entre una o dos personas y un Centro de Fecundación en la cual los primeros—que serán reputados por nuestro ordenamiento como los padres o progenitores del niño que nazca—, encargan al segundo una TRHA extracorpórea. A tal fin, el Centro de Fecundación, con el material genético de esos comitentes o con el de unos dadores, concibe varios embriones en el laboratorio y luego implanta uno o algunos en el útero de una mujer. Sobre esos embriones, y para que se configure el presupuesto de hecho de una acción de *wrongful birth*, bien puede el Centro no realizar el diagnóstico previo a la implantación, bien puede realizarlo pero interpretar erróneamente su resultado, o bien puede comunicar dicho resultado a destiempo.

En todos los casos, y de nacer un hijo con una discapacidad o enfermedad, sus padres se vieron impedidos de decidir informadamente sobre el embrión o los embriones que se implantaron. La pregunta lógica que se sigue, entonces, en primer término, es saber si esa decisión de la que se vieron impedidos vulneró su derecho a la libertad de procreación o si, más bien, la posibilidad de no implantar un embrión concebido ex útero es asimilable a una decisión de interrumpir el embarazo en base a la teoría que expusimos.

Entendemos que la respuesta a este interrogante resulta compleja no sólo a la luz de nuestra legislación que como vimos no se pronuncia explícitamente sobre esta técnica, sino también por el concepto que se tenga de la libertad procreacional. En este sentido, si por libertad procreacional se entiende la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre si procrear o no procrear, necesariamente se habrá de sostener que la libertad de procreación no se ve vulnerada en los escenarios antes descritos dado que la voluntad de los comitentes de la técnica se encuentra viciada con posterioridad a la concepción del o los embriones. En cambio, si se concibe a la libertad de procreación como un derecho subjetivo, la tesis contraria puede primar.

Personalmente me pronuncio por la primera postura. Es que advierto que en estos casos los comitentes de la TRHA en cuestión acuden a ella con una voluntad primaria de concebir un hijo y así lo hacen. Empero, y descartada la lesión a la libertad de procreación, tampoco considero que si, al cabo de nueve meses, nace una persona con una enfermedad o discapacidad, y por ello los padres accionan, lo que se vea conculcado en este caso sea el pretendido derecho que pudieran detentar a interrumpir el embarazo en curso. Me explico.

Hemos dicho en otra oportunidad que semánticamente la palabra aborto implica “interrumpir, de forma natural o provocada, el desarrollo del feto durante el embarazo”. No obstante, en el caso de los diagnósticos preimplantatorios que no se realizan, o que se mal interpretan, o que se comunica tardíamente su resultado, no existe un embarazo en curso al momento en que se efectúa la conducta antijurídica. Existen embriones que se encuentran concebidos ex útero pero no implantados. Nótese, en este sentido, que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define al embarazo como “los nueve meses durante los cuales el feto se desarrolla en el útero de la mujer²⁸⁹” por lo que puede afirmarse que es el lugar donde se desarrolla el feto lo que califica a un embarazo y no la fecundación del óvulo y el espermatozoide que da lugar a la existencia de una nueva vida, distinta a la de sus progenitores lo que imprime tal característica.

Por lo tanto, en estos casos de diagnósticos preimplantatorios a los que hicimos alusión el daño que los padres reclaman no puede válidamente identificarse con el derecho truncado de poder interrumpir el embarazo ya que éste hecho jurídico no existe al momento en que se realiza la conducta antijurídica por parte del profesional sanitario²⁹⁰.

Por consiguiente, pareciera ser, más bien, que lo que los padres pretenden, en definitiva en estos casos es accionar por la lesión a un derecho o interés de tener un hijo sano. No olvidemos que, como ya afirmamos en su oportunidad, el DGP se realiza a los embriones concebidos extracorpóreamente con la intención de tener un embarazo libre de anomalías genéticas. Por lo tanto, si fue realizado pero su resultado fue comunicado extemporáneamente o arrojó un falso negativo imputable a su intérprete, podría argumentarse que el interés en tener una descendencia sin problemas de salud es lo que se conculcó con las consiguientes

²⁸⁹ Cfr. <http://www.who.int/topics/pregnancy/es/> consultado el 5 de julio de 2017.

²⁹⁰ Igualmente, corresponde dejar asentada la siguiente circunstancia: si luego de realizada la fecundación se da al embrión o los embriones concebidos ex útero otro destino distinto a de la implantación, nos encontraremos ante un panorama en el que, en última instancia, se puede hablar de matar una vida humana. Así, por ejemplo, si se opta por congelarlos, ello no podrá perpetrarse para siempre ya que no existe un método que así lo permita, por lo que al cabo de un tiempo esos embriones morirán. Si, en cambio, se lo destina a investigación o experimentación, el resultado final también será su muerte. Y finalmente, si se los dona, salvo que el donatario decida implantárselo, los mismos escenarios antes descritos pueden ser de aplicación. Por ello, entendemos que teniendo presente las premisas expuestas, sí puede interpretarse que el aborto y la no implantación de embriones es asimilable por el efecto que ambos producen sobre la vida concebida.

repercusiones patrimoniales y extrapatrimoniales que ello trajo aparejado. Lo mismo si el DGP no se realizó cuando era aconsejable según la *lex artis* efectuarlo.

Así las cosas, los casos de diagnóstico genéticos preimplantatorios demuestran a las claras que las tesis que identifican el daño con la lesión a la facultad de abortar o a la autonomía reproductiva no son válidamente aplicables. En última instancia, somos partidarios de que lo que se vulnera en estos casos es el “derecho” o interés a tener una descendencia sin problemas de salud; interés o derecho que no se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, lo hasta aquí expuesto no conlleva necesariamente a que, como sucedía con los diagnósticos prenatales, descartemos la existencia de un posible daño patrimonial y/o extrapatrimonial que indirectamente les ocasione a los padres el nacimiento de un hijo desvalido producto de la mala praxis incurrida en estos diagnósticos. Ello así dado que cuando el Centro de Fecundación no realiza el diagnóstico preimplantatorio, o lo realiza pero su resultado es equivocadamente interpretado, o comunicado luego de la implantación del embrión, y nace un hijo con una discapacidad o enfermedad, de lo que en definitiva se priva a los comitentes de la técnica es de poder decidir informadamente sobre el embrión o los embriones que se implantaron.

Por lo tanto, y de haber contado con la información correspondiente, los comitentes podrían haber decidido no implantar el embrión que prestaba la discapacidad o enfermedad y, en consecuencia, darlo para fines reproductivos o congelarlo ya que nuestra legislación sí autoriza tales prácticas²⁹¹. No nos encontramos, entonces, con el mismo escenario que se presentaba en los casos de diagnósticos prenatales en los que la única alternativa era abortar al por nacer que se encontraba en el vientre materno –lo que a todas luces se encuentra penado por nuestra legislación–, sino que aquí hay otras alternativas que el ordenamiento permite adoptar a los comitentes de la técnica.

Por ello, sostenemos que si el diagnóstico preimplantatorio no se realiza cuando debió realizarse, o su resultado no fue interpretado acorde con la realidad de los hechos, o fue comunicado luego de la implantación del embrión enfermo o con discapacidad, y nace un hijo con una patología o enfermedad, los padres pueden pretender los daños patrimoniales y/o extrapatrimoniales que tal nacimiento les ocasionó.

En lo que atañe a los casos de los diagnósticos preconceptivos o a los casos de falta de detección indirecta de enfermedades y taras en los que el profesional sanitario que debía aconsejar la realización de los estudios pertinentes no lo hizo, o los realizó pero interpretó su resultado erróneamente, o no comunicó en tiempo y forma el mismo, sostenemos que, el paciente o los pacientes que no recibieron la información adecuada sobre su estado de salud y que, en consecuencia, concibieron un hijo con una discapacidad o enfermedad hereditaria, podrán, con sustento en nuestra legislación actual, alegar que se vieron impedidos de decidir libremente acerca de su vida reproductiva ya que de haber sido informados correctamente hubieran podido simplemente decidir no tener descendencia.

En otras palabras, siendo que nuestra leyes indudablemente sí reconocen la libertad de decidir si procrear o no procrear y que la voluntad de los padres se encontró viciada al

²⁹¹ Dejamos asentados que no coincidimos con esta postura que adoptó la ley argentina. No obstante, ello merece mayores reflexiones que excede el marco de este trabajo efectuar. Igualmente, y si el lector quisiera instruirse sobre el tema, recomiendo la lectura de LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, *La ley 26862 y el decreto 856/2013 sobre acceso integral a la reproducción médicamente asistida: cuestiones no resueltas*, Buenos Aires, ErreparNews, Agosto de 2013 (online).

momento de decidir concebir su descendencia, y no con posterioridad a su concepción, ellos pueden llegar a pretender el resarcimiento por la lesión a tal libertad, la que, de acreditarse, deberá ser resarcida bajo el rubro del daño moral por tratarse claramente de una repercusión no patrimonial.

Al respecto, hemos de recordar que el art. 1738 del Código Civil y Comercial, a diferencia de su antecesor, entre los supuestos que configuran el daño moral enuncia concretamente la injerencia en el proyecto de vida de la víctima como parte de su contenido, por lo que la lesión a la libertad de procreación bien puede ser un ejemplo de ella.

Además, y como comprensivos del daño moral, podrán reclamar todas las afecciones espirituales que indirectamente experimentaron a raíz del nacimiento de su hijo con discapacidad o enfermo, es decir, el daño extrapatrimonial de rebote sufrido. Y si bien el art. 1741 del Código Civil y Comercial en su primera parte reza que sólo “Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo”, a continuación, establece una excepción a la norma cuando del hecho dañoso resulte la muerte o el sufrimiento de una gran discapacidad por parte de dicho damnificado directo. En tal caso, el artículo mencionado, prescribe que “también tiene legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivan con aquél recibiendo trato familiar ostensible”, por lo que claramente los padres del menor pueden ostentar la legitimación procesal para pretender por los mencionados daños.

En lo que respecta a los daños patrimoniales que pudieran procurar los padres como damnificados indirectos, advertimos que en los casos de diagnósticos preconceptivos o falta de detección indirecta de enfermedades o taras el reclamo no solo podrá consistir en los gastos o erogaciones pecuniarias que la crianza de su hijo les ocasiona, sino también en la incapacidad psicológica sobreviniente que el nacimiento les trajo aparejado, el eventual tratamiento psicológico que habrán de realizar para paliar sus efectos y en el lucro cesante producido.

Valuar estos últimos rubros –la incapacidad psicológica sobreviniente, el eventual tratamiento y el lucro cesante– será, en definitiva, para el juzgador algo no muy distinto a los casos de responsabilidad civil que en general se juzgan. En cambio, urge resaltar que no existe consenso jurisprudencial ni doctrinal en lo que hace a cuáles son los gastos de crianza del hijo desvalido que habrán de resarcirse.

Así, para un sector del pensamiento jurídico sólo corresponde hacer lugar – en caso de comprobarse los demás extremos de la responsabilidad civil, claro está – a los gastos extraordinarios que el nacimiento de su hijo les generó toda vez que existió una voluntad primaria de concebir la descendencia a pesar del vicio que esta voluntad pudo ostentar por la falta de correcta información con la que contaron al momento de tomarla. En contraposición, otro sector sostiene que no sólo los gastos extraordinarios deben resarcirse sino que también deben reconocerse los ordinarios o propios de toda crianza puesto que la decisión de la que se vieron privados los padres en definitiva consistió entre tener un hijo o no tener ninguno. La cuestión es discutible y no tenemos aún formado un pensamiento sobre el tema.

A todo evento, y como cierre de estas reflexiones, interesa señalar que el fallo de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil al cual hicimos referencia en el apartado 2.3.2.1 del capítulo II –que, a nuestro entender, admitió por primera vez una acción de *wrongful birth* en la jurisprudencia argentina al hacer lugar a la demanda de los padres–, en ningún momento se expresó acerca de la lesión que sufrieron los progenitores a su derecho de autonomía reproductiva o libertad de procreación por no haberse practicado los estudios genéticos correspondientes sobre los gametos femeninos que luego se utilizaron para la

concepción de su hija. Sí aludió al derecho a la vida, a la salud, a la dignidad y a la identidad, vulnerados en la menor, pero nada dijo acerca de los derechos afectados de los padres, limitándose simplemente a modificar la sentencia de grado con respecto a la indemnización solicitada para resarcir el rubro de incapacidad psíquica reclamada por ambos.

No obstante, una interpretación teleológica de esta sentencia podría conducirnos a identificar, en el caso, el daño de los padres con la lesión a la libertad de procreación puesto que su lectura nos conduce a presuponer que de haber conocido los padres la patología que presentaban los gametos que se utilizaron para la concepción de su hija, ellos hubieran elegido otros dadores.

En definitiva, no existe consenso en cuanto a cuál es el “daño” como presupuesto de la responsabilidad civil que ha de verificarse en las acciones de *wrongful birth*, encontrándonos con aquellos que pregonan su identificación con:

- 1.- Los gastos de manutención del *naciturus*;
- 2.- La frustración o angustia que les causa el nacimiento de un hijo enfermo o con discapacidad del cual no habían sido correctamente informados;
- 3.- La lesión que sufren los progenitores a su derecho de autonomía reproductiva o libertad de procreación o al derecho a interrumpir el embarazo;
- 4.- La pérdida de chance;
- 5.- La lesión al derecho de información que tiene todo paciente.
- 6.- Los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que indirectamente el nacimiento genera en los padres.

Desde nuestra perspectiva, la tercera y sexta posturas son las que más se ajustan a la realidad, aunque entendemos que su procedencia en el derecho argentino dependerá de cada presupuesto de hecho del que partamos.

Así, en los casos de diagnósticos prenatales, los padres no podrán alegar la violación al derecho a interrumpir el embarazo que en tales escenarios se encuentra en juego, por no encontrarse tal prerrogativa reconocida en nuestro ordenamiento positivo. Tampoco podrán pretender los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que indirectamente el nacimiento de su hijo les ocasionó en atención a que no tenían otra alternativa lícita al momento en que se produjo la acción antijurídica por parte del profesional sanitario.

Por su parte, en los casos de diagnósticos preimplantatorios, somos de la opinión que ni la libertad de procreación, ni el derecho a interrumpir el embarazo se encuentran en juego, sino que lo que se pretende, en definitiva, es resarcir una lesión al derecho o interés a tener una descendencia sin problemas de salud, el cual no encuentra acogida en nuestra legislación. No obstante, bajo estos escenarios y a diferencia de lo que sucedía con los diagnósticos prenatales, consideramos que los padres pueden pretender los daños materiales y extrapatrimoniales que el nacimiento indirectamente les trae aparejados dado que de haber sido correctamente informados, hubieran podido decidir no implantar el embrión enfermo o con la discapacidad que luego del nacimiento se verifica.

Finalmente, sostenemos que en los casos de diagnósticos prenatales y en los de falta de detección indirecta de enfermedades y taras, sí existe una vulneración a la libertad procreacional la que, de acreditarse, habrá de resarcirse bajo el rubro de daño moral por tratarse de una consecuencia no patrimonial que el art. 1738 del Código Civil y Comercial

enumera al hacer alusión a las interferencias en el plan existencial como parte integrante de su contenido.

También en este rubro los padres pueden pretender el resarcimiento de las afecciones espirituales que indirectamente les ocasionó el nacimiento de su hijo enfermo o con discapacidad y pueden reclamar, además, los daños patrimoniales que de rebote tal nacimiento les generó. Estos últimos perjuicios podrán consistir en: 1) los gastos de crianza del menor; 2) la incapacidad psíquica sobreviniente que pueden tener los padres; 3) el tratamiento psicológico necesario para paliar la incapacidad psíquica sobreviniente que presentan; y 4) el lucro cesante.

La discapacidad psíquica, el tratamiento psicológico y el lucro cesante, deberán valorarse como en cualquier caso de responsabilidad civil. En cambio, en lo que hace a los gastos de crianza, la doctrina y jurisprudencia no es uniforme, encontrándonos con algunos que sostienen que su resarcimiento habrá de consistir sólo en los gastos extraordinarios que el nacimiento trajo consigo; y otros que se pronuncian tanto por los gastos extraordinarios como los ordinarios.

3.3.2- El daño en las acciones de *wrongful life*

Como vimos, resulta complejo establecer cuál es el daño resarcible en las acciones de *wrongful birth*, habiéndose elaborado distintas tesis al respecto. Pues bien, aquí la tarea resulta aún más ardua puesto que quien reclama debe su propia existencia a la negligencia médica por la que reclama. En otras palabras, de haber actuado diligentemente el profesional de la salud, el niño que nació con la enfermedad o patología muy probablemente no hubiera nacido. Entonces, pareciera ser que quien reclama por medio de estas acciones lo hace en la creencia de considerar que era preferible no haber nacido que nacer como lo hizo.

He aquí, pues, la razón por la cual buena parte de la doctrina, identifica el daño en las acciones de *wrongful life* con la misma vida de la persona que reclama.

No obstante, identificar el daño con la propia existencia acarrea no sólo un gran dilema ético y moral sino que también conlleva una importante disyuntiva jurídica: ¿puede la vida ser valuada como un perjuicio?

Frente a tal interrogante, hay quienes pregonan el rechazo de estas acciones sobre la base de que:

1.- El ordenamiento jurídico asigna a la vida el carácter de bien supremo y, por lo tanto, nunca puede ser un perjuicio en sí mismo²⁹².

²⁹² En este sentido, la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, recordando las palabras de De Ángel Yaguez acerca de que el nacimiento de una criatura nunca puede ser considerado un daño expresó que “Esta es una premisa que (...) se impone en el ordenamiento jurídico local, por cuanto la vida es un bien o un valor y no podría constituir en sí misma un menoscabo a un interés lícito –patrimonial o extrapatrimonial– (...) Son esas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (...), con entidad para afectar derechos de terceros. Si todo daño injusto se presume antijurídico considerando a tal efecto el ordenamiento jurídico en su totalidad (...), a partir de ese mismo anclaje y por el principio lógico de no contradicción, debe inferirse que esos bienes y valores que tutela el derecho tampoco podrían dar lugar a un daño indemnizable”. Así las cosas, la Cámara afirma que “el nacimiento, la vida de una persona, no puede ser considerado un daño injusto, que afecte la intimidad o la libre autodeterminación de terceros (art. 19, CN). Sería un contrasentido que el ordenamiento legal tutele especialmente la vida y la erija al propio tiempo como fuente de menoscabo”. Cfr. CNCiv., Sala G, *in re* “V., P. V. J. y otro c. I. M. d O. S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, op. cit.

2.- Existir es siempre mejor que no existir, aun cuando ello sea bajo condiciones sumamente adversas como puede ser una enfermedad o discapacidad. Por lo tanto, siendo que la vida siempre es un beneficio, nunca puede configurar un daño y mucho menos, ser fuente de resarcimiento²⁹³.

3.- El resarcimiento civil busca poner a la víctima en la misma situación en la que estaba antes del perjuicio sufrido, circunstancia que, en las acciones de *wrongful life* deviene imposible puesto que el niño que reclama nació con la discapacidad o enfermedad por la que reclama. Dicho de otro modo, no se podría reestablecer el estado de la víctima puesto que el niño no ha conocido un estado de vida mejor respecto del cual su enfermedad o mal constituyan un menoscabo; no hay, pues, empeoramiento respecto de un estado de salud anterior.

En efecto, esta última fue una de las dos razones²⁹⁴ por la cual la Corte Suprema de Nueva Jersey en el primer pronunciamiento norteamericano sobre una acción de *wrongful life*²⁹⁵, desestimó la demanda. En dicha oportunidad, el Máximo Tribunal de Nueva Jersey entendió que era lógicamente imposible otorgar una reparación al no poder compararse la existencia con defectos frente a la inexistencia²⁹⁶.

Igualmente lo hizo la Corte Suprema de California en *Turpin v. Sortini* en tanto señaló que los daños reclamados por *James y Donna Turpin*, en representación de su hijo *Joy*²⁹⁷, resultantes de la vulneración de su derecho a nacer como un ser humano funcional no podían ser indemnizados en atención a la naturaleza esencialmente compensatoria del derecho civil.

²⁹³ En efecto, este fue el fundamento por el cual en 1979 la Corte Suprema de Nueva Jersey rechazó la acción de *wrongful life* en el emblemático caso *Berman v. Allan*. Allí, la mayoría de los magistrados, si bien hicieron lugar a la demanda promovida por los padres por el daño moral causado por el nacimiento de una hija (*Sharon*) con Síndrome de Down – por lo que cambiaron, de este modo, el precedente *Gleitman v. Cosgrove* al que ya hicimos referencia – rechazaron la entablada en representación de la menor por considerar que la vida, sin importar sus condiciones, es siempre preferible a la no existencia. Cfr. CORTE SUPREMA DE NUEVA JERSEY *in re Berman v. Allan*, 26/06/1979, [Ref. 80 N.J. 421 (1979) 404 A.2d 8] [consultado 17 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1979/80-n-j-421-0.html>

²⁹⁴ El otro motivo por el cual no se hizo lugar a la acción de *wrongful life* fue porque el Tribunal consideró que reconocer que la vida misma puede ser fuente de daños es contrario a la creencia ampliamente aceptada de que la vida es mejor que la no vida. Concretamente se dijo que cualquier decisión que niegue el valor de la vida expresamente o implícitamente configura una expresión inadmisibles en contra de la política pública sustentada por Estados Unidos. CORTE SUPREMA DE NUEVA JERSEY *in re Gleitman v. Cosgrove*, op. cit

²⁹⁵ El caso al que hacemos alusión es *Gleitman v. Cosgrove*. *Ibidem*

²⁹⁶ Específicamente, la Corte dijo que: “*This Court cannot weigh the value of life with impairments against the nonexistence of life itself. By asserting that he should not have been born, the infant plaintiff makes it logically impossible for a court to measure his alleged damages because of the impossibility of making the comparison required by compensatory remedies*” [Esta Corte no puede sopesar el valor de la vida con discapacidad en comparación con la no existencia de la vida misma. Al aseverar que él no debió de haber nacido, el infante demandante hace ilógico para la Corte medir su supuesto daño porque es imposible hacer la comparación requerida por el remedio compensatorio (la traducción es propia)] Y agregó: “*Ultimately, the infant's complaint is that he would be better off not to have been born. Man, who knows nothing of death or nothingness, cannot possibly know whether that is so. We must remember that the choice is not being born with health or being born without it ... Rather the choice is between a worldly existence and none at all. ... To recognize a right not to be born is to enter an area in which no one can find his way*” [Últimamente, la queja del infante es que él hubiera estado mejor de no haber nacido. El hombre, que nada sabe de la muerte o de la nada, no puede posiblemente saber que eso sea así. Debemos recordar que la elección no es entre nacer con salud o nacer sin salud... en cambio la elección es entre una vida mundana y ninguna existencia... Reconocer un derecho a no nacer es entrar en un área en la que nadie puede encontrar su camino (la traducción es propia)] *Ibidem*

²⁹⁷ Los hechos de este caso fueron desarrollados en el capítulo II, apartado 2.3.1., del presente trabajo por lo que allí nos remitimos.

Concretamente, los magistrados entendieron que el fin de la indemnización civil no es castigar al victimario sino reponer a la víctima el *status quo* que detentaba con anterioridad al acaecimiento del hecho lesivo, situación que resulta imposible en un caso de *wrongful life* toda vez que ese *status quo* es la no existencia misma. Asimismo, señalaron que los beneficios derivados de la existencia frente a los perjuicios que esa misma vida genera, se erigen como otro escollo que impide cuantificar el daño resarcible en estas acciones²⁹⁸.

No obstante, en respuesta a tales premisas, otros autores plantean que la identificación del daño con el hecho del nacimiento debe resarcirse ya que:

1.- La vida es un valor relativo. Esta línea de pensamiento es explicada por Macía Morillo en los siguientes términos: “el argumento de la vida como valor absoluto es en su mayor parte un argumento ideológico. Ciertamente, desde un punto de vista jurídico, la vida aparece como un bien supremo del Ordenamiento, pero frente a ella se admiten algunas excepciones a la pretendida absolutividad que se predica ideológicamente. A modo de ilustración, se constata cómo el derecho a la vida cede su carácter absoluto en los supuestos de legítima defensa, cómo se relativiza su titularidad ante un conflicto como el que plantea el aborto, o cómo no se protege contra los atentados por parte de su propio titular en el caso del suicidio. Todos estos ejemplos responden a opciones de política legislativa, algunas de ellas largamente asentadas -otras aún discutidas-, que demuestran que, jurídicamente, el derecho a la vida no es un bien jurídico absoluto. Este punto de partida es ciertamente importante, pues demuestra que gran parte del rechazo del concepto de daño se basa en presupuestos morales o religiosos, más que jurídicos. El rechazo *a radice* de que el niño de las acciones de *wrongful life* pueda reclamar un daño por el hecho de haber nacido tiene, pues, una gran carga ideológica, como ya se había visto. Si se mira más allá de estas ideologías, opiniones y creencias -en la medida de lo posible-, se observará cómo existe realmente una posibilidad remota de establecer un daño en relación a la demanda de *wrongful life*²⁹⁹”.

2.- Hay casos en que el no existir es preferible a la existencia misma. Entre ellos, se menciona los supuestos de eutanasia pasiva y suicidio asistido donde el paciente requiere dejar de vivir porque considera que muerto estará mejor que vivo.

3.- Que el daño no se pueda cuantificar no implica descartar la existencia del mismo. “Esto es así porque el hecho de que el daño resulte difícil de cuantificar no es en general un obstáculo a la estimación de la responsabilidad, ya que el daño resarcible no se define por su resarcibilidad, ni es obstáculo al mismo su difícil valoración. De hecho, de aceptarse tal

²⁹⁸ No obstante, consideraron distinta la situación de los gastos extraordinarios de enseñanza, entrenamiento y equipo de audición reclamados, puesto que estos daños sí eran ciertos y conmensurables. Al respecto, los juzgadores establecieron que la menor debía ser resarcida por tales conceptos porque eran fundamentales no solo para su bienestar sino también para su supervivencia. Además, sostuvieron que era injusto legitimar sólo a los padres para reclamarlos –como sucedía en los casos de *wrongful birth*– y no a la niña discapacitada o enferma porque tales erogaciones podían tener lugar luego de que la niña dejara de estar bajo el cuidado de aquellos y porque, lo contrario, implicaría dejar librado a la voluntad de los progenitores el reclamo de este resarcimiento. Similares argumentos fueron utilizados por la Corte Suprema de Washington para reconocer la indemnización por gastos médicos extraordinarios demandados por el menor y denegar la pretendida por los demás daños causados a raíz del nacimiento en *Harbeson v. Parke-Davis*. SUPREMA CORTE DE ILLINOIS *in re Harbeson v. Parke-Davis, Inc.* [Ref. 98 Wn.2d 460 (1983) 656 P.2d 483] [consultado 31 de agosto de 2019] Disponible en: <https://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1983/48331-1-1.html>

²⁹⁹ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad por los diagnósticos* (...) op. cit. p. 423.

argumento se debería predicar también el rechazo de toda demanda donde los tribunales se enfrentaran a la dificultad de establecer una cuantía para el daño³⁰⁰”.

4.- Se debe asignar a la no existencia y a la existencia un valor relativo. Como variante del punto anterior, se ha dicho que el problema de la cuantificación del daño se puede resolver si se asigna a la no existencia un valor de referencia relativo que podría identificarse con el número cero ya que la no existencia es la nada misma. Entonces, posicionando la no existencia en el valor cero, uno puede preguntarse si lo malo en la vida del niño es mayor que lo bueno de esa vida, y si la respuesta es afirmativa, por lo tanto, la no existencia es mejor que la existencia.

Como puede apreciarse, existen voces tanto a favor como en contra de identificar el daño en los casos de acciones de *wrongful life* con la propia vida del *naciturus*. Así, quienes defienden que la vida es el valor supremo del ordenamiento jurídico se enfrentan con aquellos que consideran lo contrario; esto es, que la vida es un valor relativo, que cede en algunos supuestos. Asimismo, los partidarios de la teoría de que existir es siempre mejor que no existir, soslayan los casos de eutanasia y suicidio asistido en los que las personas elijen dejar de vivir. Y, finalmente, quienes creen que el resarcimiento civil busca restituir a la víctima al estado en que se encontraba con anterioridad al hecho lesivo –lo que, según ellos, resulta manifiestamente imposible en los casos de *wrongful life* dado que ese estado anterior es la no existencia– reciben como respuesta que la cuantificación de un daño no puede ser obstáculo para el otorgamiento de la reparación y que el problema se soluciona si se asigna a la no existencia un valor de cero.

Por ello, y tal como sucedió con las acciones de *wrongful birth*, existe otro grupo de autores que busca identificar el daño en las acciones de *wrongful life* con algo distinto de la propia vida del niño enfermo o con discapacidad.

Así, algunos pregonan que el daño se configura por la discapacidad o la enfermedad con la que nace quien reclama y no con la vida misma de la persona que reclama. Se trataría, entonces, de una demanda similar a la que interpone quien sufre una lesión prenatal, en la que la discapacidad o enfermedad con la que nace quien pretende, es resarcida.

No obstante, tal tesis, además de soslayar la finalidad misma del resarcimiento civil, encuentra inconvenientes a la hora de explicar la relación de causalidad entre la conducta antijurídica del facultativo y el daño, ya que, a diferencia de las demandas por lesiones prenatales, en las acciones por *wrongful life* el profesional sanitario no es quien ocasiona la enfermedad o discapacidad. Ésta es independiente del actuar galénico.

Por tal motivo, otros doctrinarios –y alguna jurisprudencia³⁰¹– sostienen que así como existe el derecho a nacer también existe el derecho a no nacer; derecho que surge en aquellas

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 395

³⁰¹ Este fue uno de los fundamentos del famoso caso francés *Perruche*, en el que el Tribunal de Casación – máxima instancia judicial de Francia–, reconoció el derecho de un niño nacido con minusvalías a ser indemnizado porque su madre se vio impedida, por un error de diagnóstico médico, de abortarlo. CORTE DE CASACIÓN FRANCESA *in re* Perruche 17/11/2000, [consultado 26 de septiembre de 2019]. Disponible en http://www.courdecassation.fr/publicationscour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/jurisprudence_1363/cour_cassation_1364/arret_public_integralement_3593.html#1. No obstante, la doctrina del caso *Perruche* fue revertida con el dictado de la ley N° 303 del 4 marzo de 2002.

situaciones en las que el futuro ser humano sufrirá de defectos o enfermedades que fueran a convertir su vida futura en insoportable³⁰².

Al respecto, y sobre la base de que la vida no es un derecho absoluto, Medina explica que si transferimos el criterio que se aplica en los casos de eutanasia en los que el legitimado activo para tomar la decisión vital es el interesado a los casos de *wrongful life* “podemos advertir que también el ser por nacer tiene derecho a tomar esa decisión y determinar en qué momento poner fin a su existencia. En estos casos la definición importa la posibilidad de no nacer, es decir, el llamado derecho a no nacer³⁰³”.

Sin embargo, establecer quién es el titular de este derecho y quién lo ejerce constituye alguno de los problemas que no logra resolver esta postura. Igualmente, lo es su falta de reconocimiento positivo.

Un cuarto grupo de pensadores alega la existencia de un derecho a nacer sano o como un ser humano funcional, prerrogativa que se vería vulnerada en los casos de *wrongful life*. Así lo hizo, por ejemplo, en 1977 la Corte de Apelación de *Queens City* en los autos *Parck v. Chessin* para hacer lugar a la demanda de *wrongful life* articulada³⁰⁴. También lo hizo la Corte de Casación Italiana en la sentencia N° 10741/09 del 11 de mayo de 2009, en la que “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 nacimiento³⁰⁵”. No obstante, este pretendido derecho no encuentra reconocimiento positivo en ningún ordenamiento.

Finalmente, hay quienes pregonan que si bien la vida misma no se puede indemnizar, sí deben resarcirse los daños patrimoniales que el nacimiento de un niño con discapacidad o enfermo acarrea. Empero, “aunque la idea de la indemnización de un daño patrimonial pueda ser más fácil de asumir en estas acciones, pues permite una cierta separación entre el daño reclamado y el hecho de la vida en sí, será difícil de admitir una demanda por *wrongful life* sobre la base del mismo, en tanto que fallará el presupuesto de la relación de causalidad, requisito cuya presencia es tan necesaria como el del daño³⁰⁶”.

Por nuestra parte, compartimos la apreciación de Macía Morillo en cuanto a que considerar la vida como valor supremo del ordenamiento jurídico tal vez no sea el argumento más fuerte para rechazar la existencia de un daño en las acciones de *wrongful life* dado que si bien es cierto que la vida es el sustrato fáctico para el resto de los derechos, muchas veces cede en post de otros bienes mayores.

También consideramos de poco peso la tesis que alude a la predilección de la existencia sobre la muerte o la no existencia como fundamento para rechazar las demandas

³⁰² Más allá de la discutida existencia de tal derecho, esta postura enfrenta inconvenientes en cuanto a la titularidad y ejercicio de este alegado derecho. Sobre el particular, ver MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad por los diagnósticos* (...) op. cit. p. 408 y ss.

³⁰³ MEDINA, Graciela, FAMÁ, María Victoria y REVSIN, Moira, *Tutela jurídica de la persona por nacer frente al derecho de daños: jurisprudencia francesa y norteamericana* en Menor dañado y menor dañino, Revista de Derechos de Daños, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Vol. 2002-2, p. 277.

³⁰⁴ SUPREMA CORTE DE QUEENS COUNTY *in re* Park v. Chessin, op. cit.

³⁰⁵ Sobre el particular recomiendo consultar el siguiente artículo de doctrina: MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo, *Jurisprudencia extranjera comentada Responsabilidad civil médica*, Revista Chilena de Derecho Privado Diciembre 2011, N° 17, pp. 227-238 [Fecha de consulta: 31 de agosto de 2019], Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n17/art07.pdf>.

³⁰⁶ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad por los diagnósticos* (...) op. cit. p. 446.-

de *wrongful life*, especialmente cuando la misma se contrasta con los casos de eutanasia o suicidio asistido, los que, es sabido, se encuentran permitidos por muchas legislaciones. Igualmente, y vale la aclaración, ello no implica que comulgemos con el argumento contrario que pregona que muchas veces es mejor no existir que existir por cuanto somos de la opinión que la vida es un bien indisponible desde su concepción hasta su muerte natural, a lo que necesariamente debe añadirse la falta de parámetros objetivos que esta teoría presenta puesto que a la hora de valorar la gravedad de la enfermedad o discapacidad que presenta el *naciturus* para ejercer la acción de *wrongful life* el mal habrá de ser de una entidad tal que nos permita afirmar que la persona prefiere la primer alternativa (no existir) frente a la segunda (existir), lo que en los hechos deviene prácticamente imposible o conlleva su establecimiento siempre arbitrariamente al carecer de un criterio objetivo en el cual sustentarse.

En lo que hace al pretendido derecho a no nacer, descartamos su virtualidad como fundamento del daño en las acciones de *wrongful life* puesto que, además de su falta de reconocimiento por parte de los ordenamientos legales, entendemos que encierra una contradicción en sí mismo imposible de soslayar al depender su ejercicio del nacimiento. Es que pretender no existir cuando se existe, es tanto lógica como filosóficamente insostenible³⁰⁷. Al respecto, Emaldi Cirión enseña que aun si la vida pudiera compararse frente a la no existencia (argumento que, dicho sea de paso, la autora descarta) “la persona deficiente podría preferir su propia muerte (por suicidio o eutanasia), frente a su indeseable vida, pero nunca podría preferir su no concepción, puesto que es algo que desconoce³⁰⁸”.

Misma consideraciones merece, a nuestro entender, el alegado derecho a nacer sano o como un ser humano funcional ya que a la par de carecer de reconocimiento positivo, sólo puede ejercitarlo quien nació enfermo. Y si bien algunos autores, consientes de tal contradicción y en su afán por encontrar una identificación del daño en las acciones de *wrongful life* pregonan que en realidad se trata de “una acción de resarcimiento por daños en la salud³⁰⁹” asimilable a los casos de lesiones prenatales, desde nuestra perspectiva ello constituye un error conceptual dado que la única existencia posible para quien ejerce una acción de *wrongful life* es con la enfermedad o discapacidad con la que fue concebida. Nótese que en los casos de lesiones prenatales la acción es dirigida contra aquella persona, distinta de los padres –sea profesional sanitario o no–, que por su actuar causó la enfermedad o malformación con la que la criatura nació, por lo que, de no haber sido por su accionar, el niño hubiera podido nacer sano. En cambio, en las acciones de *wrongful life*, el profesional sanitario no es el autor material de la discapacidad o enfermedad con el que nace la persona que reclama, sino que el demandante presenta el mal que lo aqueja desde el mismo instante de su concepción, a pesar de que éste pueda evidenciarse tras el nacimiento o, inclusive, años más tarde.

Por ello, no compartimos el criterio adoptado por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en los autos “*G.A.M y otros c/ R. L. R y otros s/ Daños y perjuicios*” al que antes hicimos referencia³¹⁰. Recordemos que en el caso se hizo lugar a la demanda promovida por los padres de una menor, tanto por su propio derecho como en su representación, por la fibrosis quística con la que su hija nació por haberse demostrado que

³⁰⁷ Al respecto, recomiendo la lectura de CRICENTI, Giuseppe, *Wrongful Life*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/2043/2013

³⁰⁸ EMALDI CIRIÓN, Aitziber *Los análisis genéticos predictivos y la responsabilidad médica por error en el diagnóstico, según la normativa Española*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/5092/2010

³⁰⁹ Así lo hace por ejemplo Cricenti. Cfr. CRICENTI, Giuseppe, *Wrongful Life* (...) op. cit.

³¹⁰ CNCiv., Sala D, *in re* “G.A.M y otros (...)” op. cit.

el banco de gametos femenino no realizó los test genéticos correspondientes a los óvulos, lo que aumentó la probabilidad de que ella naciera en las condiciones que lo hizo.

En orden a ello, y sobre la base de los “dictámenes periciales producidos, su elevado porcentaje de incapacidad psicofísica de carácter permanente, su promedio de vida, la calidad de la misma a raíz de la enfermedad que es portadora y las consecuencias que ello le apareja en su vida de relación³¹¹”, los juzgadores confirmaron la suma de \$2.500.000 que la sentencia de grado había fijado en concepto de incapacidad sobreviniente de la menor y, a la luz de los padecimientos que atravesó y atravesará probablemente por su enfermedad maligna, elevaron a \$1.000.000 la partida por el daño moral que experimenta y experimentó.

Al así fallar, el nombrado Tribunal reconoció por primera vez en la jurisprudencia argentina una acción por *wrongful life* a pesar de que la lectura de su pronunciamiento no indica que los juzgadores fueran conscientes de ello. Es que la clave para otorgar el resarcimiento radicó en que compararon la vida enferma que presentaba la menor con una vida sana, o lo que es lo mismo, en identificar el daño con una violación a su derecho a la salud, lo que –como dijimos anteriormente– a nuestro entender constituye un error dado que la única existencia posible para esa niña era con la enfermedad con la que nació. Por eso, en los casos de acciones de *wrongful life* no puede aplicarse el mismo razonamiento que se da en los demás casos de responsabilidad civil en los que la incapacidad sobreviniente es una disminución en la salud de la víctima que se prolonga en el tiempo y el daño moral es el resarcimiento destinado a reparar las legítimas afecciones de una persona que han perturbado su tranquilidad y ritmo normal de vida, dado que la persona que reclama ya nace con la enfermedad o discapacidad por lo que mal puede hablarse de una disminución en su salud o ritmo normal de vida perturbado.

En efecto, pensamos que otorgar una indemnización en los casos de *wrongful life* va en contra de la esencia misma de la teoría de la reparación puesto que no hay estado anterior en el que colocar al niño que nace con una discapacidad o con una patología. No se debe comparar la vida enferma con la vida sana o la vida con discapacidad frente a una vida sin la discapacidad tal como sucede con otras acciones de responsabilidad civil donde puede verificarse incapacidad sobreviniente en las víctimas.

No obstante, somos conscientes que la polémica dista de quedar saldada con estas palabras.

En suma, lo hasta aquí expuesto, demuestra a las claras lo ya apuntado con relación a la complejidad en la identificación del daño en las acciones de *wrongful life*. Prueba de ello es que la jurisprudencia que ha hecho lugar a estas acciones resulta escasa en comparación con la que existe en igual sentido en materia de acciones de *wrongful birth*. Es más, en muchos lugares, las acciones de *wrongful life* se encuentran prohibidas por ley³¹².

Pensamos que otorgar una indemnización en los casos de *wrongful life* va en contra de la esencia misma de la teoría de la reparación puesto que no hay estado anterior en el que

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² En este sentido, en Estados Unidos, se prohíbe las acciones de *wrongful life* en el Título 21, Capítulo 55 del Código de *South Dakota*; y en el Capítulo 32 -03-43 del *North Dakota Century Code*. En *Michigan* (Mich. Comp. Laws, Section 600.2971), *Missouri* (Revised Statutes Title XII, Chapter 188, Section 188.130) y en *Idaho* (Idaho Code Sección 5-334) se prohíben tanto las acciones de *wrongful birth* como las de *wrongful life*.

colocar al niño que nace con la patología o enfermedad. De allí que no compartamos las reflexiones de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en los autos “G.A.M y otros c/ R. L. R y otros s/ Daños y perjuicios”. Igualmente, la cuestión es discutible.

3.4.- La relación de causalidad

El cuarto y último presupuesto que habrá de verificarse para que un evento tenga la virtualidad suficiente como para dar lugar a una indemnización civil es el de la relación que debe establecerse entre la conducta antijurídica y el daño. Tal relación habrá de ser de “causalidad”, o lo que es lo mismo, una relación de causa y efecto.

Sin embargo, establecer qué “causa” produce un “efecto” no es un tema sencillo. Al respecto, Lorenzetti explica que “en puridad, el empleo del término "relación causal" se presta a equívocos, porque puede llevar a confusiones entre la causalidad "material" (es decir, tal como es entendida por las ciencias naturales) y la "jurídica". Normalmente, el Derecho no asigna el carácter de “causa” de un determinado efecto a hechos que según las leyes de la física no posean ya ese carácter, sino que se asienta sobre la causalidad material, y a partir de allí releva alguna o algunas de esas causas, y alguno o algunos de esos efectos (o todos ellos, en el caso extremo de la teoría "de la equivalencia de las condiciones"), a fin de asignarles determinadas consecuencias jurídicas. En otras palabras, la llamada "causalidad jurídica" es en realidad una relación de imputación, que tiene lugar únicamente luego de establecida la existencia de causalidad material. Las teorías jurídicas acerca de la denominada "relación de causalidad" son reglas que permiten imputar determinados resultados a ciertos hechos desde un punto de vista conceptual, y en modo alguno determinan causalidades "reales"³¹³”.

En consecuencia, frente a la existencia de un daño, lo primero que habrá de indagarse es si el mismo tiene una causalidad material en el obrar antijurídico, o lo que es lo mismo si el daño fue causado desde el punto de vista físico por el comportamiento de determinado sujeto. Se deberá realizar, en definitiva, un análisis empírico o fáctico de los hechos.

Luego, si efectuado tal ejercicio, la respuesta es positiva, el segundo punto a dilucidar será la causalidad jurídica, esto es, si ese sujeto debe responder por el daño que ocasionó y, en su caso, hasta qué medida.

Por ello, la relación de causalidad cumple una doble función: determinar la autoría (es decir, quién debe considerarse jurídicamente como el autor de un determinado daño) y establecer la extensión del resarcimiento (qué consecuencias debe reparar quien resulte responsable)³¹⁴. La respuesta que se brinde a tales interrogantes dependerá, en definitiva, de qué teoría se adopta acerca de la relación de causalidad.

A continuación abordaremos las teorías jurídicas tradicionales más relevantes en materia de relación de causalidad –la teoría de la *conditio sine qua non*, la teoría de la causa próxima, la teoría de la causa eficiente y la teoría de la causalidad adecuada³¹⁵– y

³¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo VIII, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2015, p. 419

³¹⁴ TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo *Tratado de la responsabilidad civil* cit., t. I, p. 590.

³¹⁵ Cabe aclarar que elegimos este camino debido a la extensión de este trabajo. Igualmente, si el lector quisiera profundizar respecto de otras teorías recomiendo la lectura del siguiente artículo: MORENO RODRÍGUEZ

analizaremos si ellas sirven para pregonar la existencia de este elemento de la responsabilidad civil en las acciones objeto de nuestra investigación. Claro está, que especial énfasis pondremos en la teoría de la causalidad adecuada, al ser esta la que nuestro Código Civil y Comercial adopta.

3.4.1.- La teoría de la de la equivalencia de condiciones o *conditio sine qua non*

En primer lugar, se encuentra la denominada “teoría de la equivalencia de condiciones” o *conditio sine qua non*.

Elaborada por el alemán Maximiliano *Von Buri* —quien, a su vez, se inspiró en el pensamiento del economista y filósofo inglés *Stuart Mill*—, los partidarios de esta tesis no distinguen entre las condiciones, sino que, por el contrario, elevan todas ellas a la categoría de causas. Ello se explica, según sus adherentes, en el hecho de que para que un determinado resultado o efecto acaezca (en el caso de la responsabilidad civil, el daño) una multitud de condiciones debieron suceder de manera previa, siendo todas ellas, desde el punto de vista causal, igualmente necesarias, y por tanto, equivalentes.

Por consiguiente, según esta teoría, causa será toda condición de la que no quepa hacer abstracción mental sin que deje de producirse el resultado en su configuración concreta; o lo que es lo mismo, no será causa la condición que, suprimida mentalmente, conduce igualmente a que el resultado dañoso se produzca.

Empero, así entendida, la causalidad resulta ser un criterio de imputación demasiado amplio. Un ejemplo puede servirnos para comprenderlo. Supongamos que un día como hoy, y tal como lo hacía todas las mañanas, Juan salió en su automóvil de su casa con dirección a su lugar de trabajo. Ahora bien, al llegar a una intersección que le obligó a detener su marcha, dos delincuentes que iban en una moto le rompen una de las ventanillas de su automóvil y le sacan la mochila que Juan llevaba en el asiento trasero. Nuestro protagonista desesperado comienza a perseguir a los malhechores, los alcanza y embiste la rueda trasera del ciclomotor, razón por la cual los forajidos caen sobre la calzada. Por desgracia, en ese momento una camioneta que transitaba por el lugar, los atropella. Los asaltantes mueren prácticamente en el acto. ¿Quién es el responsable por la muerte de los delincuentes?³¹⁶

ALCALÁ, Roberto, *La causalidad: un requisito crucial (¿e insoluble?) de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/149/2010

³¹⁶ Para poner de resalto la complejidad y enorme dificultad del análisis de la relación de causalidad, Moreno Rodríguez Alcalá trae a colación los siguientes pintorescos ejemplos: “Erase una vez un perro —de nombre “Cachi”— que cayó accidentalmente del decimotercer piso de un edificio en un apacible barrio porteño, con tan mala fortuna que terminó golpeando la cabeza de una señora que caminaba tranquilamente por la acera. La señora, de apellido Fortunata, murió instantáneamente. A continuación, una ronda de curiosos se comenzó a formar alrededor del cadáver: el grupo se hizo grande y desbordó la vereda hasta ingresar a la calle. En ese punto, un ómnibus impactó sobre una señora de apellido Solá, quitándole la vida luego de arrastrarla por varias cuadras. El estupor que causó todo esto terminó en un ataque al corazón de un señor de edad que estaba en la rueda de curiosos. Murió minutos después, en la ambulancia que lo llevaba al hospital”.

“Hacia el año 1959, en la campiña española, una vaca escapo de un campo y fue a morir al adyacente campo de un vecino. Se dio noticia de ello a varios empleados del mismo para transportar al animal muerto; sin embargo, como se sospechaba que la vaca había muerto de hidrofobia, se decidió someter a los trabajadores a un tratamiento médico antirrábico (posteriormente, se demostró que la hidrofobia no existía). Inesperadamente, uno de los empleados empezó a sentirse gravemente mal, debiendo ser internado en un hospital al efecto. El desafortunado empleado terminó paralítico e incapacitado para trabajar por el resto de su vida”.

“En tiempos de la Segunda Guerra Mundial, una compañía inglesa de limpieza de ropas adquirió a una fábrica una máquina secadora de gran envergadura. La fábrica entregó la máquina en perfecto estado; pero con cinco

Para quienes adhieren a la teoría de la equivalencia de condiciones, será autor del daño quien realizó una conducta que llevó a que aquel se produzca sin importar cuándo fue la intervención del agente; mientras que si el daño ocurrió independientemente de la intervención del agente, la persona no será considerada como el autor del perjuicio.

Por lo tanto, bajo tales premisas, se podría decir que el responsable de la muerte de los asaltantes no es sólo el conductor de la camioneta que los embistió, sino también nuestro protagonista Juan, puesto que si él en primer lugar no los hubiera perseguido y chocado, nunca la camioneta los hubiera atropellado y por consiguiente nunca hubieran muerto. Pero, acaso no serán también en última instancia responsables los propios delincuentes que generaron la reacción en Juan, o el empleador de Juan y el fabricante del auto que él conducía con el que los embistió. Incluso, se podría ir más lejos ya que, insistiendo con la misma tesis, bien podría afirmarse que son las madres de los delincuentes las causantes del daño, dado que de no haberlos concebidos, ellos jamás habrían nacido, ni sufrido daño alguno. Es justamente por esta extremada laxitud que esta teoría ha sido abandonada y otras se han elaborado tendientes a distinguir los conceptos de “condición” y “causa” de los actos.

Ahora bien, y no obstante la disquisición apuntada, hemos visto cómo para la teoría de la equivalencia de condiciones o *conditio sine qua non* el nexo causal entre el incumplimiento y el daño se verifica si, suprimido mentalmente el comportamiento del responsable, se comprueba que el resultado dañoso no se habría producido.

Aplicando tales conceptos a los casos de *wrongful birth* y siendo que la conducta antijurídica en estas acciones está dado por la falta o errónea información brindada a los padres por el profesional sanitario acerca de la enfermedad o discapacidad que afecta a su hijo, debemos decir que si se suprimiera la omisión médica, igualmente los padres tendrían un diagnóstico que no se comparece con la realidad.

Así, si la negligencia médica consistió en que el profesional omitió informar las pruebas existentes para detectar la malformación o enfermedad que tras el nacimiento presentará el *naciturus*, suprimida mentalmente la conducta, igualmente los padres no tendrán la información necesaria acerca del estado de salud de su hijo. Lo mismo si el experto proporcionó un “falso negativo” a los padres –es decir, les informó que el niño nacería sano cuando la realidad era la contraria–, o si realizó el diagnóstico pero comunicó tardíamente su resultado, o si omitió realizar (o realizó defectuosamente) la recolección de los datos necesarios para elaborar el diagnóstico. En todos estos casos, suprimida la negligencia, igualmente los padres no podrán contar con la información acerca de la enfermedad o discapacidad que afecta a su hijo. No importa si se trata de una conducta antijurídica

meses de retraso. Por causa de ese retraso, la compañía de limpieza perdió un lucrativo contrato con el gobierno, por no contar aún con la máquina secadora para operar. Demandó al fabricante no solo por los daños causados por el retraso, sino además reclamando los daños por el lucro cesante por la pérdida del lucrativo contrato que no pudo celebrar con el gobierno inglés”.

“En una calurosa tarde del año 1918, en una estación de ferrocarril en el estado de Nueva York, un apurado pasajero corría para alcanzar uno de los trenes en el andén norte; logró subir al mismo en movimiento pero quedó balanceándose en un estado que indicaba que iría a caer. Dos empleados de la estación, tratando de ayudar a este pasajero para que no cayese del tren, lo empujaron, pero con la escasa fortuna de que como consecuencia el paquete que llevaba este señor en sus brazos, cubierto por papel de periódicos, cayó al andén de la estación. El paquete contenía fuegos artificiales (cosa que los empleados de la estación no podían saber, dada su abertura), y al caer explotaron en forma violenta. La onda expansiva movió una báscula que se encontraba bastante lejos del lugar de la explosión, que terminó golpeando la humanidad de una señora de apellido Palsgraf, causándole lesiones de importancia como consecuencia del accidente”. MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto, *La causalidad: un requisito crucial (¿e insoluble?)* (...) op. cit.

realizada en el marco de un diagnóstico preconcepcivo, preimplantatorio, prenatal o en el caso de la falta de detección indirecta de enfermedades o taras. En cualquiera de estos supuestos, eliminada la conducta antijurídica, igualmente los padres no podrán contar con la información veraz que deberían haber obtenido.

Es que en razón de verdad, lo que debiera hacerse para observar cómo el actuar del profesional sanitario influyó en el curso causal de los daños es sustituir la omisión del galeno por un comportamiento diligente. No obstante, tal proceder mental “obligaría a introducir criterios de imputación subjetiva en el ámbito de la relación de causalidad, lo cual no responde a la idea pura de la aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non*³¹⁷”.

De allí que, de acogerse esta teoría, la relación de causalidad en las acciones de *wrongful birth* debe necesariamente negarse.

A la misma conclusión cabe arribar si se toman en consideración las acciones de *wrongful life* aun cuando el daño se identifique con algo distinto a la vida del nacido, como puede ser con la lesión al derecho a no nacer o a la salud que algunos pregonan. Es que si la conducta antijurídica está dada por la infracción al deber genérico de no dañar y la misma se materializa a través de no informa correctamente a los progenitores de la patología o discapacidad que presenta o podría presentar su hijo, suprimida mentalmente tal accionar, igualmente el daño se consumaría.

Por ende, esta teoría descarta la existencia de una relación de causalidad tanto en las acciones de *wrongful birth* como en las de *wrongful life*, lo que en definitiva, conlleva a un rechazo de la reparación civil pretendida.

3.4.2.- La teoría de la causa próxima

Entre quienes tienden a individualizar ciertas “causas” entre las “condiciones”, cabe mencionar a aquellos que pregonan que sólo la condición que está más próxima, inmediata o es anterior al resultado es la causa del mismo. De esta manera, la “teoría de la causa próxima” se vale de la cercanía en tiempo y espacio en que acaecen las condiciones respecto del menoscabo experimentado como pauta para establecer la causa del mismo.

Volviendo al ejemplo brindado en el punto anterior, y no obstante haber sido Juan el que embistió en primer término a los delincuentes, el responsable de su muerte, según esta teoría, será el conductor de la camioneta puesto que fue él quien realizó el antecedente más próximo en el tiempo, en tanto inmediatamente anterior a la producción del daño.

Es conocido el ejemplo de Orgaz de la enfermera y la vacuna alterada por un tercero para demostrar los inconvenientes a los que esta teoría lleva. Asimismo, sus postulados resultan insuficientes para resolver aquellos casos en los que hay concurrencia de causas o los daños que se manifiestan con una distancia temporal significativa respecto del hecho generador. De allí que, los partidarios de esta tesitura se enfrentan a inconvenientes a la hora de justificar la procedencia de las acciones de *wrongful life* y ciertos daños en las acciones de *wrongful birth*. Me explico.

Ya hemos visto como en las acciones de *wrongful life* el daño está representado por la propia existencia de quien reclama. No obstante, si se adhiere a la teoría de la causa próxima, la negligencia médica nunca podrá ser considerada como causa del daño porque es el nacimiento el acontecimiento más cercano en el tiempo y espacio que lleva a que el perjuicio se manifieste. Lo mismo si se considera que el daño se identifica con la lesión a

³¹⁷ MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad por los diagnósticos* (...) op. cit. p. 498.

otros derechos: a no nacer, a la salud, o a nacer como un ser humano funcional. Por lo tanto, habrá de rechazarse la procedencia de las acciones de *wrongful life* bajo los postulados de esta teoría por ausencia de la relación de causalidad.

En lo que hace a las acciones de *wrongful birth*, la teoría de la causa próxima puede justificar la presencia de una relación de causalidad pero ello dependerá de la postura que se adopte frente a la pregunta de cuál es el daño resarcible en estas acciones, tema que como vimos, no es pacífico ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Así, si los progenitores sustentan su reclamo en la lesión que sufren a su derecho de autonomía reproductiva o al derecho a interrumpir el embarazo, en la pérdida de chance, o en la lesión al derecho de información que tiene todo paciente, tal vez esta teoría sí pueda brindar respuestas satisfactorias en lo que al nexo de causalidad se refiere. En cambio, si la demanda identifica el daño con los gastos de manutención o la frustración y angustia que les causó el nacimiento de un hijo enfermo o con discapacidad del cual no habían sido correctamente informados, o en los daños de rebote, la causa próxima de estos perjuicios no será el actuar del médico sino el nacimiento de la criatura, tal como acontece en los casos de *wrongful life*, por lo que, en este sentido, de aplicarse esta teoría también el rechazo de estas demandas correspondería por ausencia de nexo causal.

3.4.3.- La teoría de la causa eficiente

Asimismo, entre quienes individualizan las causas entre las condiciones, se encuentran los que sostienen que lo relevante a considerar es la “causa eficiente” del acto, es decir aquello que en mayor medida o con mayor fuerza, ha contribuido al resultado o bien aquella condición cuya mayor calidad ha llevado a que el resultado acaezca³¹⁸. Es ese poder intrínseco que habrá de tener la condición lo que precisamente conduce a criticar la teoría al carecer de una pauta o patrón medianamente objetivo o racional para determinar cuál condición causal tiene la eficiencia requerida.

Aplicando tales conceptos a los casos de acciones de *wrongful birth* o *life*, ¿es el comportamiento del profesional de la salud la causa eficiente del daño?; ¿puede reputarse que las angustias o gastos que deberán afrontar los padres por la enfermedad o discapacidad que presenta su hijo tiene como causa eficiente la negligencia del profesional sanitario?; en el caso de los diagnósticos preconceptivos erróneos, ¿en qué medida influyó el error o la falta de diagnóstico en la concepción del nuevo ser?; ¿es el nacimiento la causa eficiente del mal que aqueja al niño o su causa eficiente es la omisión del profesional de la salud?

Repetimos, al no haber una pauta o patrón objetivo para establecer cuál es la causa eficiente, en última instancia, ello dependerá del criterio del juzgador. Por consiguiente, la causa eficiente como criterio para determinar el nexo causal en las acciones que constituyen el objeto de nuestro trabajo puede llevar al rechazo de estas acciones, o al menos, la respuesta que se brinde no será uniforme para todos los casos.

3.4.4.- La teoría de la causalidad adecuada

Al igual que la teoría de la causa próxima o de la causa eficiente, la teoría de la causalidad adecuada, individualiza ciertas causas entre las condiciones. Empero, a diferencia

³¹⁸ Sobre el particular, ver PRIETO MOLINERO, Ramiro J *Causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil*. Publicado en: RCyS 2014-VI, 5 Cita Online: AR/DOC/1560/2014

de aquellas, esta tesis no requiere proximidad (ni temporal ni espacial) o una condición que esté presente en mayor medida entre la causa y el efecto. Propone, más bien, que es causa de un determinado resultado aquel hecho que, de acuerdo a lo que suele suceder, en función de las reglas de la experiencia, lo produce normalmente.

La idea primordial de la que parte, por lo tanto, es que los hechos no ocurren aisladamente, puesto que si así lo hicieran, no podría afirmarse que existe entre ellos una relación de causa y efecto. Debe existir una cierta regularidad o normalidad para poder afirmar que algo causa otra cosa.

De esta noción de regularidad, se infiere que la previsibilidad juega un rol importante en esta teoría puesto que el juzgador deberá preguntarse cuál es el resultado que de consuno le sigue a determinada conducta.

Si bien esta corriente es la que cuenta con mayor adhesión entre los autores, “particulares dolores de cabeza causó la determinación del momento y la perspectiva a partir del cual debía formularse el juicio de probabilidad: ¿antes o después del hecho? ¿Desde una perspectiva concreta, esto es, la posición del dañante en particular, o mejor, una perspectiva abstracta, que aprecie según el hombre normal, corriente, etc.?”³¹⁹

Más allá de estas críticas, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá con relación a la responsabilidad contractual, cabe recordar que en esta tesis se inscribió el Código Civil velezano y ahora lo hace el Código Civil y Comercial argentino, cuyo artículo 1726 reza lo siguiente: “*son reparables las consecuencias dañosas que tienen adecuado nexo de causalidad con el hecho productor del daño*” y, salvo disposición legal en contrario, “*se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles*”.

¿Cómo opera, entonces, la teoría de la causalidad adecuada en las acciones objeto de nuestro trabajo?

En el análisis de esta cuestión, lo primero que ha de repararse es que el actuar del profesional sanitario (o más bien su omisión) pone en marcha una serie de acontecimientos –la decisión de concebir, de implantarse un embrión o de continuar un embarazo, el posterior nacimiento de un hijo, la concreción de la discapacidad o enfermedad en el niño, y el surgimiento de daños patrimoniales y extrapatrimoniales indirectos en sus progenitores– en cuyo *iter* los daños que luego reclaman los progenitores en los casos de *wrongful birth* y el niño en los casos de *wrongful life* se van concretando. Por lo tanto, y si bien ambas acciones son interpuestas luego de que nace un niño con problemas de salud, lo cierto es que la producción de los daños que se reclaman a través de las mismas pueden situarse en dos espacios temporales distintos: algunos antes del nacimiento y otros con posterioridad.

Así, los daños que surgen de la lesión a la libertad de procreación o al derecho de interrumpir el embarazo (propios de las acciones de *wrongful birth*) se verifican con anterioridad al nacimiento, mientras que los daños indirectos de las acciones de *wrongful birth* o aquellos que se concretan en la propia existencia enferma, o en lesión al derecho a no nacer o en el daño a la salud que la discapacidad o enfermedad genera (característicos de las acciones de *wrongful life*), son posteriores a tal evento.

La disquisición apuntada es importante ya que resulta más sencillo afirmar la relación de causalidad con la conducta antijurídica del profesional sanitario respecto de los daños que se sitúan temporalmente antes del nacimiento, que alegar la existencia de tal relación causal respecto de los daños posteriores a ese acontecimiento. Nótese que la deficiente información

³¹⁹ MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto, *La causalidad: un requisito crucial (¿e insoluble?) de la responsabilidad civil*, Publicado en: RCyS 2010-IV , 273 Cita Online: AR/DOC/149/2010

o falta de información brindada por el profesional sanitario en los diferentes escenarios que se analizaron en el capítulo II conlleva necesariamente a lesionar la libertad de procreación o el “derecho” a abortar que pueden detentar quienes accionan. Son sus consecuencias inmediatas, o lo que es lo mismo, aquellas que “*acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas*” (art. 1727).

Por lo tanto, afirmar que existe relación de causalidad adecuada entre la conducta antijurídica que despliega el facultativo y dichas prerrogativas que resultan vulneradas es más sencillo³²⁰.

En cambio, cuando se trata de los daños indirectos o de rebote, o de los daños que se pueden reclamar en una acción de *wrongful life* (los que si bien no compartimos, analizamos aquí igualmente por entender que hay quienes piensan distinto que nosotros) la relación causal es menos palmaria puesto que existe una ventana de tiempo entre la conducta antijurídica y la verificación de los daños. A lo que necesariamente debe agregarse que, a diferencia de lo que sucede con los daños que se verifican con anterioridad al nacimiento, la conducta antijurídica que despliega el médico no es la que materialmente ocasiona la enfermedad o la discapacidad que presenta el *naciturus* –y que sirve de base para el reclamo de los daños indirectos que reclaman los padres, o por la lesión al derecho a no nacer o por el daño a la salud que la discapacidad o enfermedad genera –, sino que la misma responde a un origen natural o biológico. El actuar del profesional sanitario sólo se limita a no detectar o a no informar sobre el verdadero estado de salud que presentará el niño, pero no interviene activamente en su génesis.

Por este motivo, muchos autores directamente se pronuncian en contra de la existencia de este elemento de la responsabilidad civil en las acciones de *wrongful life*³²¹.

Otros, en cambio, distinguen los escenarios de diagnósticos prenatales o preimplantatorios en los que la privación de la información sobre el estado enfermo del feto o embrión, respectivamente, parece necesariamente determinar el nacimiento del niño enfermo o con discapacidad –salvo que concurra un obstáculo ajeno a la voluntad de los progenitores que impida tal nacimiento (v. gr. el aborto espontáneo o provocado por un tercero sin intención de los padres, o la no implantación del embrión transferido)–, y los supuestos de diagnósticos preconceptivos en los que la experiencia demuestra “que la decisión sobre la concepción futura es libre y se ve influida por múltiples factores, de manera que es posible que con o sin conocimiento de la información relevante los progenitores opten por no procrear³²²”.

Así las cosas, aducen que en los diagnósticos prenatales o preimplantatorios la relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño sin lugar a dudas existe, mientras que en los preconceptivos su presencia es más dudosa ya que los perjuicios que

³²⁰ No obstante, Vicandi Martínez advierte que en las demandas de *wrongful birth* “De aplicarse estrictamente el concepto del nexo causal, los padres del recién nacido, y en concreto la madre se verían en la obligación de probar que su intención, al conocer el verdadero estado de salud del feto, sería acudir a la interrupción voluntaria del embarazo; algo que es prácticamente imposible, al verse implicada la voluntad interna de la persona”. Por ello, esta autora señalada que la jurisprudencia española ha acudido a la construcción doctrinal de los cursos causales no verificables, “presunción legal que facilita la prueba, por la cual se deduce que lo que movió a la madre a someterse a un examen, no era únicamente conocer cómo estaba el *naciturus*, sino actuar en consecuencia de la información obtenida”. Sobre el particular VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu, *El concepto de wrongful birth* op. cit.

³²¹ V. gr. MEDINA, Graciela, WINOGRAD, Carolina, *Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy. Análisis de la Jurisprudencia (...)* op. cit., p. 457

³²² MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad por los diagnósticos (...)* op. cit.

indirectamente pueden tener los padres derivan en gran medida de su propia decisión y actuación.

Coincidimos con la apreciación expuesta en cuanto a que en los diagnósticos prenatales y preimplantatorios la relación de causalidad se muestra con mayor facilidad que en los diagnósticos preconceptivos, especialmente si se tiene en cuenta que las consecuencias inmediatas –que, como vimos, son resarcibles–, en la terminología del Código Civil y Comercial nacional son aquellas que “*acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas*” (art. 1727). Así, si el diagnóstico prenatal o preimplantatorio no se practica, o se realiza pero su resultado es interpretado incorrectamente, o comunicado a destiempo, la consecuencia que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas es que el embarazo en curso continúe o que el embrión se implante, por lo que, salvo que medie un hecho de un tercero por el cual el facultativo no deba responder o se configure un caso fortuito o intervenga una fuerza mayor que impidan el alumbramiento –es decir, acontecimientos que quiebren el nexo causal–, al cabo de un tiempo nacerá un niño con un perjuicio en su salud. Por ende, la consecuencia inmediata de la conducta antijurídica del facultativo es, bajo estos escenarios, el nacimiento del niño con discapacidad o enfermo.

En cambio, en los casos en que la conducta antijurídica se desarrolla en el marco de un diagnóstico preconceptivo, la concepción de un nuevo ser humano no siempre es la consecuencia que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas dado que la voluntad de los padres puede verse influenciada por múltiples factores a la hora de decidir tener descendencia y no sólo por la información que reciben del profesional sanitario. Por ello, y para que pueda reputarse el nacimiento de un hijo como una consecuencia inmediata del actuar antijurídico del médico, consideramos que será carga de los padres acreditar que el diagnóstico preconceptivo que se omitió realizar, o que se realizó pero fue erróneamente interpretado o tardíamente comunicado, fue determinante para que ellos decidieran concebir un hijo³²³.

Ahora bien, más allá de la salvedad apuntada con relación a los diagnóstico preconceptivos, lo cierto es que cuando hacemos alusión a los daños indirectos que reclaman los progenitores en una acción de *wrongful birth*, el perjuicio no se encuentra identificado con el hecho mismo del nacimiento (es decir, con la consecuencia inmediata de la conducta antijurídica) sino con todos los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que ese nacimiento les generó. Por consiguiente, esos daños de rebote no son consecuencias inmediatas de la conducta antijurídica sino consecuencias mediatas, o lo que es lo mismo, “*consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto*” (art. 1727 CCyC)³²⁴. La cuestión que surge, a la sazón, es saber si a la luz de nuestro derecho esas consecuencias mediatas deben ser resarcidas por el facultativo que actuó antijurídicamente.

³²³ Por ejemplo, en el caso resuelto el 26 de octubre de 2016 por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que mencionamos en el capítulo II, apartado 2.3.2.1, el diagnóstico preconceptivo omitido por los galenos demandados causó el deber de indemnizar los daños sufridos por el *naciturus* pues el tribunal entendió que según la *lex artis* estos eran obligatorios de realizarse en un procedimiento de TRHA extracorpóreo heterólogo.

³²⁴ En su libro “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”, Alterini, Ameal y López Cabana traen a colación el ejemplo brindado por Donaldson para ilustrar mejor este tema. “Muevo el dedo, aprieto el interruptor, prendo la luz, ilumino la habitación y, sin saberlo, alerto al ladrón. Esa actividad puede llegar a ser descrita como la ejecución material de cinco acciones, pero para el Derecho, la acción de mover el dedo produce la iluminación de la habitación como consecuencia inmediata (conexión de 1er grado con el hecho de mover el dedo), y no como consecuencia remota (conexión, en el caso, de 4º grado) y, por lo tanto, el alertar al ladrón debería ser considerada como la consecuencia mediata (conexión de 2º grado)” ALTERINI, Atilio Aníbal,

Al respecto, hemos de recordar que el artículo 1726 del Código Civil y Comercial, al que antes aludimos, reza que “*excepto disposición en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles*”. Asimismo, el artículo siguiente, dispone que las consecuencias mediatas previsibles son aquellas “*consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto*” y que pudieron preverse; de lo contrario esas mismas consecuencias son “*causales*”. Y finalmente, el art. 1728 de ese mismo cuerpo legal, aclara que “*En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento*”

A simple vista, entonces, pareciera ser que las consecuencias mediatas previsibles son las que deben indemnizarse (cfr. art. 1726) ya sea en la esfera extracontractual (cfr. 1727 del CCyC) o en la contractual (cfr. art. 1728 CCyC), agravándose está última en caso de mediar dolo en cuyo caso la responsabilidad se fija también en consideración de las consecuencias mediatas al momento del incumplimiento.

En virtud de lo expuesto, cierta parte de la doctrina nacional entiende que los artículos en cuestión unificaron las consecuencias indemnizables, erigiéndose el art. 1728 en una regla especial en lo que hace a la evaluación de las consecuencias mediatas previsibles.

No obstante, otros autores consideran que una lectura más reflexiva del artículo 1728 arroja que, mediando culpa contractual, no sólo deben indemnizarse las consecuencia que las partes pudieron prever al momento de celebrarlo (consecuencias mediatas previsibles) sino también aquellas que “*pudieron haber previsto*”, expresión que no se ajusta a la definición que el artículo anterior aporta de consecuencia mediata previsible; a la par de que, cuando media dolo contractual, deben repararse dichas consecuencias previstas o que pudieron preverse evaluadas no sólo al momento de celebrarse el contrato sino también al momento del incumplimiento, lo cual tampoco encuentra acogida en el artículo 1727 del Código Civil y Comercial antes transcripto.

En orden a ello, estos doctrinarios pregonan la distinción de las esferas contractual y extracontractual en cuanto a la determinación de las consecuencias resarcibles y sostienen que “*En concreto, el art. 1728 del CCCN adopta el parámetro de la previsibilidad para la responsabilidad contractual, mientras que los arts. 1726 y 1727 del mismo Código determinan la regla de la relación de causalidad adecuada para la órbita extracontractual. Por consiguiente las categorías definidas en el art. 1727 CCCN (consecuencias mediatas, inmediatas y casuales) no resultan de aplicación para efectuar el juicio de previsibilidad, el que se realiza con referencia a lo que las partes previeron efectivamente o pudieron prever al momento de la celebración del contrato a lo que, cuando se tratare de un caso de incumplimiento doloso, se adicionarán las consecuencias que se previeron o pudieron preverse al momento del incumplimiento³²⁵”.*

Sea cual fuera la postura que se adopte, lo cierto es que el artículo 1728 del Código Civil y Comercial es claro en cuanto a qué consecuencias deben indemnizarse cuando las partes celebraron un contrato, lo que cobra especial relevancia en las acciones de *wrongful*

AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, op. cit. p. 234.

³²⁵ GALDÓS Jorge Mario, VALICEN Ezequiel, *La reparación del daño y la previsibilidad contractual (el art 1728 CCC N)*, cita on line última vez visto 11/7/2017: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/La-reparaci%C3%B3n-del-da%C3%B1o-y-la-previsibilidad-contractual-por-Gald%C3%B3s.pdf>

birth que aquí estudiamos ya que los padres muchas veces se vinculan de tal modo con el profesional sanitario que realiza la conducta antijurídica.

Por ello, en definitiva, sostenemos que la pregunta que habrá de resolver el juzgador es si válidamente puede afirmarse que al momento en que los pacientes concurren a la consulta de un profesional de la salud con el objeto de efectuarse un diagnóstico prenatal, preconcepcivo, o preimplantatorio, tanto los primeros como el segundo previeron o pudieron haber previsto los daños de rebote que la falta o deficiente información brindada les ocasionaría.

Somos sensatos en que aventurar una respuesta genérica a tal interrogante puede derivar en equívocos por lo que optamos por no pronunciarnos sobre el particular. No obstante, tenemos presente que el artículo 1725 del Código Civil y Comercial puede ser de gran utilidad para meritar tal extremo por cuanto establece que: “*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente*”.

En lo que respecta a las acciones de *wrongful life*, y si bien al referirnos al daño resarcible en estas acciones nos pronunciaremos en contra de su configuración (por lo que la ausencia de este requisito obsta cualquier resarcimiento civil), vimos que hay quienes afirman que el perjuicio que se reclama en estas demandas se identifica con la propia existencia de quien pretende. Por ende, siendo que la consecuencia inmediata de la conducta antijurídica del facultativo es en los casos de diagnósticos preconcepcivos, prenatales y preimplantatorios el nacimiento del niño con discapacidad o enfermo, para los partidarios de tal tesis la relación de causalidad se encontraría configurada.

En cuanto a aquellos daños distintos a la propia vida del *naciturus* que a través de estas acciones de *wrongful life* se podrían llegar a reclamar (tales como la lesión al derecho a no nacer o al derecho a nacer sano que, reiteramos, nosotros descartamos), el lapso que transcurre entre la conducta antijurídica que despliega el facultativo y la verificación de aquellos es –al igual que sucedía con los daños indirectos que reclaman los progenitores en las acciones de *wrongful birth*– un gran obstáculo para valorar la relación de causalidad existente entre ambos. Es que la conducta antijurídica que en el capítulo III, apartado 3.1, identificamos con el incumplimiento al deber genérico de no dañar transcurre en una etapa anterior al nacimiento, mientras que los daños que se demandan se presentan con posterioridad a aquel evento.

Por consiguiente, si bien el nacimiento puede llegar a ser considerado como la consecuencia inmediata del accionar antijurídico del profesional sanitario en virtud de lo ya expuesto, los daños que el menor reclame no serán sino consecuencias mediatas, siendo de aplicación al caso el parámetro de previsibilidad normado por el artículo 1727 del Código Civil y Comercial por no existir relación contractual entre el nacido y el profesional de la salud incumplidor.

Dicho de otro modo, la persona que nace con una discapacidad o enfermedad en virtud de la defectuosa información o falta de información que el profesional sanitario le proporcionó a sus progenitores y que por tal motivo acciona por *wrongful life* debe acreditar que sufrió un daño que al momento en que se llevó a cabo el incumplimiento era previsible.

Finalmente, una consideración especial merecen los casos en que la negligencia que da lugar a la promoción de una acción de *wrongful birth* o *life* se origina no ya en el ámbito de un diagnóstico preconceptico, preimplantatorio o prenatal, sino en la falta de detección indirecta de enfermedades y taras. Recordemos que este presupuesto de hecho se configura cuando el facultativo, que realiza una prestación sanitaria a un paciente ajena a su futura descendencia, detecta la presencia de una enfermedad o tara –o la presencia de un grave indicio de ella– que puede incidir en la futura descendencia de ese paciente si decide concebir y omite informarle al mencionado paciente acerca de su hallazgo o de la conveniencia de realizarse mayores estudios. También dijimos que este supuesto se configuraba cuando la prestación sanitaria se lleva a cabo sobre una mujer embarazada que acude al profesional sanitario por un motivo ajeno al niño por nacer que lleva en su vientre, y el facultativo, no obstante ello, detecta la presencia de una enfermedad o tara que puede tener ese bebe –o un grave indicio de ella– y omite informarle a la mencionada mujer acerca de su hallazgo o de la conveniencia de realizarse otros estudios. Y, por último, incluimos en el caso bajo estudio la prestación sanitaria que se realiza a un menor de edad, en la que no se detecta la patología hereditaria que ese menor presenta y, en consecuencia, no se informa a los padres de la misma, por lo que ellos conciben otro hijo, que no hubieran concebido de haber conocido la patología hereditaria que portaban.

En tales escenarios, establecer una relación de causalidad entre la conducta antijurídica del profesional de la salud y el daño que posteriormente se reclama por vía de acciones de *wrongful birth* o *life* es aún más arduo que en los de diagnósticos preconceptivos, preimplantatorios y prenatales no sólo por el tiempo que transcurre entre aquella y la verificación de los perjuicios sino porque la previsibilidad de esos daños es casi nula.

De lo hasta aquí expuesto se colige que el tratamiento de la relación de causalidad en las acciones de *wrongful birth* y *life* trae aparejado grandes complejidades. En primer lugar, habrá que decidir qué teoría jurídica se adopta para juzgar la relación de causalidad que puede existir entre la conducta antijurídica y el daño. En el presente acápite, y por una cuestión de extensión de este trabajo, hicimos sólo referencia a las teorías jurídicas tradicionales más relevantes en esta materia, a saber:

1.- **La teoría de la *conditio sine qua non***, que pregona que es causa de un hecho toda condición de la que no quepa hacer abstracción mental sin que deje de producirse el resultado en su configuración concreta;

2.- **La teoría de la causa próxima**; que sostiene que sólo es causa de un determinado hecho la condición que está más próxima, inmediata o es anterior al mismo;

3.- **La teoría de la causa eficiente**; que determina como causa a aquello que en mayor medida o con mayor fuerza, ha contribuido a su resultado o bien aquella condición cuya mayor calidad ha llevado a que el resultado acaezca; y

4.- **La teoría de la causalidad adecuada**; que propone que es causa de un determinado resultado aquel hecho que, de acuerdo a lo que suele suceder, en función de las reglas de la experiencia, lo produce normalmente.

Así las cosas, de las teorías expuestas, sólo la teoría de la causalidad adecuada es la que resulta más satisfactoria a la hora de explicar el fenómeno causal que puede existir entre la conducta antijurídica que despliega el galeno y los daños que se reclaman en las acciones de *wrongful birth* y *life*.

En efecto, y de adoptarse la primera teoría, la relación de causalidad en las acciones de *wrongful birth* y *life* debe necesariamente negarse dado que si se suprimiera mentalmente la conducta antijurídica que realiza el profesional sanitario, igualmente el daño se consumaría. La teoría de la causa próxima, por su parte, también resulta insatisfactoria para justificar la procedencia de las acciones de *wrongful life* y ciertos daños en las acciones de *wrongful birth* –excepto aquellos que se identifican con la lesión al derecho de autonomía reproductiva o al derecho a interrumpir el embarazo, en la pérdida de chance, o en la lesión al derecho de información que tiene todo paciente– en virtud de la distancia temporal significativa que existe entre la conducta antijurídica y el daño. Y finalmente, la teoría de la causa eficiente es muy endeble ya que no existe una pauta o patrón objetivo para establecer cuál es la causa eficiente de un hecho.

No obstante, lo expuesto no implica que necesariamente la relación de causalidad se encuentre probada en las acciones de *wrongful birth* y *life* si se adhiere a la teoría de la causalidad adecuada. Dependerá, en definitiva, de cuáles son los daños que se reclaman (anteriores o posteriores al nacimiento) y el supuesto de hecho del que se parta (diagnósticos preconceptivos, preimplantatorios, prenatales, falta de detección de enfermedades y taras).

CONCLUSIONES

Los avances biotecnológicos acaecidos en el siglo pasado en el ámbito sanitario junto con la tendencia doctrinaria y jurisprudencial a ampliar cada vez más los horizontes de la responsabilidad civil, han llevado a la articulación de acciones relacionadas con el inicio de la vida humana como herramienta para obtener un resarcimiento a raíz de los daños que pudiera experimentar el ser naciente y su entorno familiar. Así las cosas, hemos dedicado nuestra investigación a estudiar dos de estas acciones por cuanto las mismas presentan singularidades que las diferencia de cualquier otra acción de responsabilidad civil y que las convierte en un nuevo desafío jurídico: la estrecha vinculación que existe entre el hecho del nacimiento y el daño reclamado; la circunstancia de que el profesional sanitario contra quien principalmente se dirige la demanda no intervenga en el curso causal de la enfermedad o discapacidad, la que se presentará independientemente del actuar de dicho galeno; la legitimación pasiva de la pretensión, al ser principalmente los profesionales sanitarios que incurrieron en el error o falta de diagnóstico de la patología o enfermedad que afectaba al *naciturus* los emplazados; y el deseo primario de los progenitores de concebir un niño pero sin la enfermedad o discapacidad que lo aqueja.

Así las cosas, a lo largo del desarrollo de este trabajo, hemos constatado que:

1.- Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* guardan especialmente estrecha vinculación con los diagnósticos preconceptivos, preimplantatorios y prenatales. No obstante, siendo que incluimos la falta en el deber de información en que puede incurrir el profesional sanitario cuando indirectamente detecta una enfermedad o tara –o un indicio de ella– en su paciente al atenderlo por un motivo distinto al de su futura descendencia como un supuesto que puede autorizar la promoción de una acción de *wrongful birth* y/o de *wrongful life*, los escenarios frente a los cuales pueden articularse estas demandas son inimaginables.

2.- El establecimiento por el derecho positivo del aborto –al menos eugenésico– como un “derecho” de la mujer encinta es presupuesto fundamental para que estas demandas se articulen. Igualmente lo es el reconocimiento a la libertad de procreación y la legalización de las TRHA y de las distintas técnicas de diagnóstico preconceptivas, preimplantatorias y prenatales en el país donde ellas se planteen. Si estas prerrogativas y técnicas no se encuentran permitidas por el ordenamiento legal, las acciones de *wrongful birth* y *life* carecen de los presupuestos fácticos necesarios para su planteamiento.

3.- La legitimación activa para entablar una demanda de *wrongful birth* compete indiscutiblemente a la madre pero también puede resultar factible que bajo ciertos escenarios un padre, por su derecho propio, se encuentre legitimado para articular una demanda de este tipo, independientemente de la actitud que asuma la madre de la criatura. La legitimación de otros terceros, es más dudosa, a pesar de que ha habido casos jurisprudenciales en la que se la ha reconocido. Por su parte, la legitimación activa en las acciones de *wrongful life* es del niño que nace con una enfermedad o discapacidad. No obstante, procesalmente son generalmente los padres de dicho menor o sus tutores quienes las promueven. Ello así fundamentalmente por un tema de prescripción de la acción.

4.- La legitimación pasiva de las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life* es amplia ya que no vemos ningún inconveniente para que sean plausibles de estas demandas no sólo todo aquel profesional de la salud que actuó negligentemente, sino también: a) la institución donde dicho profesional sanitario prestó sus servicios; b) la obra social, prepaga, mutual o entidad que preste cobertura médica, que vinculó a esos padres con los primeros; c)

sus respectivas compañías de seguros; d) los centros donde se practicó la TRHA y los bancos donde se almacenaron los gametos que se utilizaron luego para efectuar la TRHA; y finalmente e) el donante de los gametos con los que luego se concibe una persona con una enfermedad genética hereditaria.

6.- Las acciones de *wrongful birth* y *life* presentan las complejidades propias de las acciones de responsabilidad civil que se originan en un actuar culposo por omisión, en las que el hecho negativo en sí mismo no se erige como una infracción al ordenamiento jurídico pero su resultado sí lo hace, al causar un perjuicio a un tercero. En efecto, la falta de detección de la discapacidad o enfermedad que presenta –o presentará– el *naciturus* por parte del profesional sanitario no es por sí misma un actuar antijurídico. Lo es, en cambio, si existía el deber jurídico de actuar de una determinada manera y esa manera era fácticamente posible de llevarse a cabo. En consecuencia, lo primero que habrá que indagarse es si existía en el profesional de la salud la obligación de actuar de determinada manera. Si la respuesta positiva se impone, deberá constatarse si ese actuar era fácticamente posible. Y si nuevamente la respuesta afirmativa resulta procedente, se deberá indagar si ese actuar causó un daño a alguien. Así las cosas, en las acciones de *wrongful birth*, el profesional sanitario tiene en nuestro derecho la obligación de informar a los padres – o futuros padres – la patología o discapacidad – o su indicio– que detecta o que debió detectar, pues ésta es una obligación propia de la relación de todo médico con su paciente (cfr. arts. 2 y 5 de la ley 26.529). Se trata de una obligación de hacer, impuesta legalmente, de la que sólo puede exceptuarse si media una imposibilidad material de detectar esa discapacidad o enfermedad a raíz del estado de la ciencia médica al momento de efectuar la prestación o alguna causa de justificación (cfr. art. 1718 CCyC). Por lo tanto, lo único que queda por analizar es si tal incumplimiento causa un perjuicio a los padres. Por su parte, en las acciones de *wrongful life*, la cuestión es un poco más sencilla pues al no existir un vínculo contractual entre el médico y el por nacer (pues éste último no es su paciente), el actuar antijurídico del médico sólo se encontrará configurado si se considera que su omisión causó un daño, pues la violación del deber de no dañar a otro da lugar a la reparación del daño causado (cfr. art. 1716 CCyC).

7.- De lo expuesto en el punto 6, se sigue que de los cuatro elementos de la responsabilidad civil que analizamos, el daño y la relación de causalidad son los que mayores dificultades presentan a la hora de evaluar su configuración, lo que ha motivado en reiteradas oportunidades el rechazo de las acciones de *wrongful birth* y *life* tanto por parte de la jurisprudencia como de la doctrina autoral. Creemos justamente que la clave para elaborar cualquier pensamiento crítico acerca de estas acciones radica en estudiar cabalmente estos dos presupuestos de la responsabilidad civil.

Por nuestra parte, y tras haber dedicado varios años al estudio de la cuestión, consideramos que, si bien en principio el obrar antijurídico del médico no puede quedar impune, entendemos que la responsabilidad del profesional sanitario debe meritarse teniendo presente que, en última instancia, él no ha sido el responsable causal de la discapacidad o enfermedad con la que nace la persona. Ésta circunstancia, sumada a la voluntad primaria que tenían los padres de concebir a su hijo, deben ser dos parámetros que no pueden pasar desapercibidos por parte del juzgador en caso de que éste entienda que todos los presupuestos de la responsabilidad civil se encuentran configurados. Por ello, somos de la idea de que habrá que evaluarse cada caso con prudencia y con las particularidades propias que presentan. Las pautas apuntadas en este trabajo pueden ser herramientas que ayuden en tal tarea. Asimismo, la justicia entendida como la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo, y fundamentalmente la equidad, jugaran un rol fundamental.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADA

1.- LEGISLACIÓN

1.1.- NACIONAL

1.1.1.- Normas nacionales

- Constitución de la Nación Argentina
- Código Civil
- Código Civil y Comercial
- Código Penal
- Ley Nacional N° 12.331 de Organización de la profilaxis de las enfermedades venéreas en todo el territorio de la Nación.
- Ley Nacional N° 16.668
- Ley Nacional N° 17.132 del Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración.
- Ley Nacional N° 22.431 de Sistema de protección integral de los discapacitados
- Ley Nacional N° 24.240 de Defensa del Consumidor
- Ley Nacional N° 24.901 de Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad
- Ley Nacional N° 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable
- Ley Nacional N° 26.130 de Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica
- Ley Nacional N° 26.529 de Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado modificada por la Ley N° 26.742
- Ley Nacional N° 26.657 de Salud Mental
- Ley Nacional N° 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida
- Decreto 956/2013

1.1.2.- Tratados y documentos de organismos internacionales

- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por ley 23.179
- Proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968
- Conferencia sobre Población de Bucarest 1974
- Resolución del 2 de julio de 199 aprobada por la Asamblea General de la ONU relativa al Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo o, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994
- Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995
- Informe de la Secretaría del Consejo Ejecutivo EB116/3 116 de la Organización Mundial de la Salud, reunión del 21 de abril de 2005. Disponible en: http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/eb116/b116_3-sp.pdf [consultado 13 de diciembre de 2018]

1.2.- EXTRANJERA

1.2.1.- Normas de España

- Ley General de Sanidad
- Ley 41/2002
- Ley Orgánica 9/1985

1.2.2.- Normas del Reino Unido de Gran Bretaña

- *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* de 1967 reformada por la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990

1.2.3.- Normas de Francia

- Ley N° 303.

1.2.4.- Normas de Estados Unidos

- Código Civil Californiano, Sección 43.6
- Código Civil de *South Dakota*, Título 21, Capítulo 55
- *North Dakota Century Code*, Capítulo 32 -03-43
- *Michigan* (Mich. Comp. Laws, Section 600.2971)
- *Missouri* (Revised Statutes Title XII, Chapter 188, Section 188.130)
- *Idaho* (Idaho Code Sección 5-334)

1.2.5.- Normas de Australia

- Justice and other Legislation Amendment Act 2003, Sección 41
- New South Wales Civil Liability Act 2002, Sección 71

1.2.6.- Normas de otros países

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

2.- JURISPRUDENCIA

2.1.- NACIONAL

2.1.1.-Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Fallo 340:23
- Fallo: 330:2304
- Fallo: 303:820;
- Fallo: 308:1160
- Fallo: 320:536
- Fallo: 321:487
- Fallo: 338:779
- Fallo 003732/2014/RH001

2.1.2.- Fallos de Tribunales inferiores

- CFed de Salta in re “M., I. c/ OSDE s/amparo ley 16.986” (Expte. N° 135/2014) junio/2016
- CNCiv., Sala D, in re “G.A.M y otros c/ R. L. R y otros s/ Daños y perjuicios”, 26/10/2016
- CNCiv., Sala G, in re “V., P. V. J. y otro c. I. M. d O. S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, 19/12/2017

2.2.- EXTRANJERA

- CORTE DE APELACION DE CALIFORNIA in re Custodio v. Bauer, 24/5/1977 (Civ. No. 23003. First Dist., Div. One. May 24, 1967) [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: http://www.leagle.com/decision/1967554251CalApp2d303_1522/CUSTODIO%20v.%20BAUER.
- CORTE DE APELACIONES DE CALIFORNIA in re Munro v. Regents of University of California, 16/11/1989 [Ref. 215 Cal. App. 3d 978] [consultado 17 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/215/977.html>

- CORTE DE APELACIONES DE GEORGIA *in re* Wright v. Wright, 1952, [Ref. 85 Ga. App. 721 (Ga. Ct. App. 1952)] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <https://casetext.com/case/wright-v-wright-140>
- CORTE DE APELACIONES DE ILLINOIS, Primer Distrito, Tercera División, *in re* Zepeda v. Zepeda, 3/4/1963 (Ref. 41 Ill. App.2d 240 (1963)) [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://www.leagle.com/decision/196328141illapp2d2401238>
- CORTE DE APELACIONES DE MARYLAND *in re* Mahnke v. Moore, 1951, [Ref. 197 Md. 61 (Md. 1951)] [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <https://casetext.com/case/mahnke-v-moore>
- CORTE DE APELACIONES DE MERYLAND *in re* Damasiewicz v. Gorsuch, 16/03/1951 [Ref. 79 A.2d 550, 197 Md. 417 [consultado 13 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/2207418/damasiewicz-v-gorsuch/>
- CORTE DE APELACIONES DE MERYLAND *in re* Damasiewicz v. Gorsuch, 16/03/1951 [Ref. 79 A.2d 550, 197 Md. 417 [consultado 13 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/2207418/damasiewicz-v-gorsuch/>
- CORTE DE APELACIONES DE MICHIGAN *in re* Grodin v. Grodin, 15/12/1980, [Ref. 102 Mich. App. 396, 301 N.W.2d 869 (1981)] [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: http://www.leagle.com/decision/1980498102MichApp396_1453/GRODIN%20v.%20GRODIN
- CORTE DE APELACIONES DE NUEVA YORK *in re* Cannon v. Cannon 5/3/1942 [Ref. 40 N.E.2d 236, 287 N.Y. 425] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/3625134/cannon-v-cannon/>
- CORTE DE APELACIONES DEL 10º DISTRITO DE OKLAHOMA *in re* Duplan v. Harper, 11/08/1999 [Ref. 188 F.3d 1195 (10th Cir. 1999)] [consultado 13 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://casetext.com/case/duplan-v-harper>
- CORTE DE APELACIONES DEL ESTADO DE NUEVA YORK *in re* William v. State of New York, 29/12/1966 (Ref. 18 N.Y.2d 481 (1966)) [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://www.leagle.com/decision/196649918ny2d4811441>
- CORTE DE APELACIONES DEL ESTADO DE NUEVA YORK *in re* Woods v. Lancet, 06/12/1951 [Ref. 303 N.Y. 349 (N.Y. 1951)] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <https://casetext.com/case/woods-v-lancet-1>
- CORTE DE APELACIONES MICHIGAN *in re* Troppi v. Scarf, 26/2/1971 (31 Mich. App. 240 (1971)) [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: http://www.leagle.com/decision/197127131MichApp240_1213/TROPPI%20v.%20SCARF
- CORTE DE DISTRITO DE ILLINOIS *in re* Robak v. United States 09/12/1980 [Ref. 503 F. Supp. 982 (N.D. Ill. 1980)] [consultado 13 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://casetext.com/case/robak-v-united-states>
- CORTE DE DISTRITO DEL DISTRITO OESTE DE OKLAHOMA *in re* Jorgenson v. Meade Johnson Laboratorie, 01/02/1972 [Ref. 336 F. Supp. 961 (W.D. Okla. 1972) [consultado 13 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/336/961/1796243/>
- CORTE DE ÓREGON *in re* Cogwill v. Bloock, [consultado 17 de junio de 2017].
- CORTE DEL DISTRITO DE COLUMBIA *in re* Bonbrest v. Kotz, 6/3/1946, [Ref. Civ. No. 26607] [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/65/138/1412076/>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *in re* Artavia Murillo y otros (“fecundación artificial”) vs. Costa Rica, 28/11/12 (CIDH, 28 de noviembre de 2012). [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *in re* Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, 24/2/2011 (CIDJ, 24 de febrero de 2011). [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

- CORTE SUPREMA DE APELACIONES DE CALIFORNIA *in re* Curlender v. Bio-Science Laboratories, 11/6/1980, [Ref. Civ. No. 58192. Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division One. June 11, 1980.] [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/106/811.html>
- CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS *in re* Roe v. Wade 22/1/1973, [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/410/113.htm>
- CORTE DE CASACIÓN FRANCESA *in re* Perruche 17/11/2000, [consultado 26 de septiembre de 2019]. Disponible en http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_124_5/no_526_1362/jurisprudence_1363/cour_cassation_1364/arret_public_integralement_3593.html#1
- SUPREMA CORTE DE ILLINOIS *in re* Renslow v. Mennonite Hospital, 8/8/1977 [Ref. 67 Ill. 2d 348 (1977) 367 N.E.2d 1250] [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1977/48782-6.html>
- CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA *in re* Roe v. Wade, 22/01/1973 [Ref. 410 U.S. 113 (1973)] [consultado el 17 de diciembre de 2018]. Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>
- CORTE SUPREMA DE MINNESOTA *in re* Christensen vs. Thornby, 22/6/1934 (192 Minn. 123 (Minn. 1934)) [consultado 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://casetext.com/case/christensen-v-thornby>
- CORTE SUPREMA DE MINNESOTA *in re* Verkennes v. Corniea, 19/08/1949 [Ref. 38 N.W.2d 838, 229 Minn. 365 [consultado 13 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/3534883/verkennes-v-corniea/>
- CORTE SUPREMA DE NUEVA JERSEY *in re* Berman v. Allan, 26/06/1979, [Ref. 80 N.J. 421 (1979) 404 A.2d 8] [consultado 17 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1979/80-n-j-421-0.html>
- CORTE SUPREMA DE NUEVA JERSEY *in re* Gleitman v. Cosgrove, 21/11/1966 [Ref. 49 N.J. 22, 63 [227 A.2d 689, 711, 22 A.L.R.3d 1411] [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>
- HOUSE OF LORDS *in re* Macfarlane and another v. Tayside Health Board, 25/11/1999. (Ref. Times 26-Nov-1999, [2000] 2 AC 59, [1999] UKHL 50, [1999] 4 All ER 961). [consultado el 25 de septiembre de 2018] Disponible en: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>
- HOUSE OF LORDS *in re* Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust (Ref. 2003) 3 FCR 289), [consultado el 31 de agosto de 2019] Resumen disponible en: <https://swarb.co.uk/rees-v-darlington-memorial-hospital-nhs-trust-hl-16-oct-2003/>
- QUEEN'S BENCH DIVISION *in re* Allen v. Bloomsbury Health Authority, 1993 (Ref. [1993] 1 All E.R. 651), [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Resumen disponible en: <https://swarb.co.uk/allen-v-bloomsbury-health-authority-1993/>
- QUEEN'S BENCH DIVISION *in re* Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority (Ref. [1985] 1 QB 1012, [1984] 3 All ER 1044). [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Resumen disponible en: <https://swarb.co.uk/emeh-v-kensington-and-chelsea-and-westminster-area-health-authority-ca-1-jul-1984/>
- QUEEN'S BENCH DIVISION *in re* Sciuriaga v. Powell, 18/05/1979 (Ref. (1979) 123 Solicitors Journal 406). [consultado el 26 de septiembre de 2019]. Resumen disponible en: <https://swarb.co.uk/sciuriaga-v-powell-1979/>
- QUEEN'S BENCH DIVISION *in re* Thake v. Maurice (Ref. [1986] Q.B. 644, 633). [consultado 17 de junio de 2017]Resúmenes disponible en: <https://swarb.co.uk/thake-v-maurice-ca-1986/y> <https://www.coursehero.com/file/p6qdl9e/Thake-v-Maurice-1986-QB-644-Facts-The-plaintiff-Thake-and-wife-had-a/>

- QUEEN'S BENCH DIVISION *in re* Udale v. Bloomsbury Health Authority, 1983, (Ref. [1983] 1 WLR 1098, [1983] 3 All ER 522 (1983)) [consultado 17 de junio de 2017]. Resumen del caso disponible en: <http://swarb.co.uk/udale-v-bloomsbury-area-health-authority-qbd-1983/>
- STS 1242/1998, 4 de febrero de 1999, Sala I
- STS 3556/2011, 31 de mayo de 2011, Sala I
- STS 3752/2015, 15 de septiembre de 2015, Sala I
- STS 3999/1997, 06 de junio de 1997, Sala I.
- STS 4806/2007, 6 de julio de 2007, Sala I
- STS 481/2006, 18 de mayo de 2006, Sala I
- STS 4827/2007, 19 de junio de 2007, Sala I
- STS 581/2002, 7 de junio de 2002, Sala I
- STS 6363/2010, 4 de noviembre de 2010, Sala I
- STS 7433/2005, 21 de diciembre de 2005, Sala I
- STS 8215/2003, 18 de diciembre de 2003, Sala I
- STS 92/2007, 5 de diciembre de 2007, Sala III
- SUPREMA CORTE DE CALIFORNIA *in re* Emery v. Emery, 28/19/1955 [Ref. S. F. No. 19339. In Bank. Oct. 28, 1955.], [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://scocal.stanford.edu/opinion/emery-v-emery-29697>
- SUPREMA CORTE DE CALIFORNIA *in re* Turpin v. Sortini, 3/5/1982 [Ref. S.F. No. 24319. Supreme Court of California. May 3, 1982.] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <http://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/31/220.html>
- SUPREMA CORTE DE CANADÁ *in re* Montreal Tramways v. LeVeille 8/5/1933, [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8773/index.do>
- SUPREMA CORTE DE GEORGIA *in re* Hornbuckle v. Plantation Pipe Line, 12/6/1956 (Ref. Co., 93 S.E.2d 727 (Ga. 1956)) [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/1337506/hornbuckle-v-plantation-pipe-line-co/>
- SUPREMA CORTE DE ILLINOIS *in re* Allaire v. St. Luke's Hospital, 19/2/1990 (Ref. 56 N.E. 638 (Ill. 1900) 184 Ill. 359) [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://case-law.vlex.com/vid/56-n-638-ill-613102662>
- SUPREMA CORTE DE ILLINOIS *in re* Amann v. Faidy, 21/9/1953 (Ref. 415 Ill. 422 (1953) 114 N.E.2d 412) [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1953/32665-5.html>
- SUPREMA CORTE DE ILLINOIS *in re* Chrisafogeorgis v. Brandenburg, 1/10/1973 [Ref. 55 Ill. 2d 368 (1973) 304 N.E.2d 88] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <http://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1973/45060-6.html>
- SUPREMA CORTE DE ILLINOIS *in re* Harbeson v. Parke-Davis, Inc. [Ref. 98 Wn.2d 460 (1983) 656 P.2d 483] [consultado 31 de agosto de 2019] Disponible en: <https://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1983/48331-1-1.html>
- SUPREMA CORTE DE ILLINOIS *in re* Stallman v. Youngquist, 21/11/1988 [Ref. 125 Ill. 2d 267 (1988)] [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en:
- SUPREMA CORTE DE MASSACHUSETTS *in re* Peter Dietrich, Administrator vs. Inhabitants of Northampton, 27/10/1884 [Ref. 138 Mass. 14] [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://masscases.com/cases/sjc/138/138mass14.html>
- SUPREMA CORTE DE MISSISSIPPI *in re* Hewellette v. George, 1981 [Ref. 68 Miss. 703, 9 So. 885 (1891)]
- SUPREMA CORTE DE NEW HAMPSHIRE *in re* Levesque v. Levesque 1/7/1954 [Ref. 99 N.H. 147 (1954)] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <http://law.justia.com/cases/new-hampshire/supreme-court/1954/4309-0.html>
- SUPREMA CORTE DE NUEVA JERSEY *in re* France v. A. P. A. Transport Corp, 2/8/1970 [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1970/56-n-j-500-0.html>
- SUPREMA CORTE DE NUEVA YORK *in re* Stewart v. Long Island College Hospital 27/11/1968 [consultado 17 de junio de 2017]. Resumen del fallo disponible en:

http://ny.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.19681127_0043681_NY.htm/gx

- SUPREMA CORTE DE OHIO *in re* Jasinsky v. Potts, 1950, [Ref. 153 Ohio St. 529, 92 N.E.2d 809] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <https://casetext.com/case/jasinsky-v-potts>
- SUPREMA CORTE DE OHIO *in re* Jasinsky v. Potts, 24/05/1950 [Ref. 92 N.E.2d 809, 153 Ohio St. 529] [consultado 13 de diciembre de 2018] Disponible en: <https://www.courtlistener.com/opinion/4026907/jasinsky-v-potts/>
- SUPREMA CORTE DE OHIO *in re* Williams v. Marion Rapid Transit, 13/7/1949 [Ref. 152 Ohio St. 114 (1949)] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: http://www.leagle.com/decision/1949266152OhioSt114_1255/WILLIAMS%20v.%20MARION%20RAPID%20TRANSIT,%20INC.
- SUPREMA CORTE DE QUEENS COUNTY *in re* Park v. Chessin, 2/9/1976 (Ref. 88 Misc.2d 222 (1976)) [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://www.leagle.com/decision/197631088misc2d2221246>
- SUPREMA CORTE DE RODHE ISLAND *in re* Matarese v. Matarese 1925 [Ref. 47 R.I. 131 (R.I. 1925)] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <https://casetext.com/case/matarese-v-matarese>
- SUPREMA CORTE DE VIRGINIA *in re* Brumfield v. Brumfield, 1953 [Ref. 194 Va. 577 (Va. 1953)] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <https://casetext.com/case/eloise-brumfield-v-roy-b-brumfield>
- SUPREMA CORTE DE WASHINGTON *in re* Harbeson v. Parke-Davis, 6/1/1983, [Ref. 98 Wn.2d 460 (1983) 656 P.2d 483] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <http://law.justia.com/cases/washington/supreme-court/1983/48331-1-1.html>
- SUPREMA CORTE DE WASHINGTON *in re* Roller v. Roller, 27/2/1905 [Ref. 37 Wash. 242, 79 P. 788] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <http://courts.mrsc.org/washreports/037WashReport/037WashReport0242.htm>
- SUPREMA CORTE DE WISCONSIN *in re* Dumer v. St. Michael's Hospital 3/9/1975 [Ref. 69 Wis. 2d 766 (1975) 233 N.W.2d 372] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <http://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/1975/57-1974-3.html>
- SUPREMA CORTE DE WISCONSIN *in re* Slawek v. Stroh 25/2/1974 [Ref. 62 Wis. 2d 295 (1974)] [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/1974/313-14.html>
- SUPREMA CORTE DEL CONDADO DE NASSAU *in re* Meyer v. Ritterbush, 1949 [Ref. 196 Misc. 551, 553 (N.Y. Misc. 1949)] [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <https://casetext.com/case/meyer-v-ritterbush-1>
- SUPREMA CORTE DEL CONDADO DE ONEIDA *in re* Siembab v. Siembab, 1952, [Ref. 202 Misc. 1053 (N.Y. Misc. 1952)] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <https://casetext.com/case/siembab-v-siembab#p1056>
- SUPREMA CORTE DEL OESTE DE VIRGINIA *in re* Securo v. Securo, 1931 [Ref. 110 W. Va. 1 (W. Va. 1931)] [consultado 17 de junio de 2017] Disponible en: <https://casetext.com/case/securo-v-securo>
- TRIBUNAL DE RECURSOS COMUNES DEL CONDADO DE LYCOMING, ESTADO DE PENNSYLVANIA *in re* Shaheen v. Knight, 15/3/1957 [Ref. 11 Pa. D. & C. 2d 41 (1957)] [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/2140>
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *in re* Dickson v. The U.K., 18/4/2006 (STEDH, 18 de abril de 2006). [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en:
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *in re* Evans v. The U.K., 10/4/2007 (STEDH, 10 de abril de 2007). [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en:
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *in re* S.H y otro v. Austria, 1/4/2010 (STEDH, 1 de abril de 2010) [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en:
- TRIBUNAL SUPERIOR DE AUSTRALIA *in re* Cattnach v. Melchior, 16/7/2003 [Ref. (2003) 215 CLR 1; (2003) 199 ALR 131; (2003) 77 ALJR 1312; (2003) Aust

Torts Reports 81-704; [2003] HCA 38 [consultado 17 de junio de 2017]. Disponible en: <http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/02/HC-2003-Cattanach-v.-Melchior.pdf>

BIBLIOGRAFÍA

1.- LIBROS

- ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, 3° reimpresión, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 2006.
- EMALDI CIRIÓN, Aitziber, *El consejo genético y sus implicancias jurídicas*, Bilbao- Granada, Cátedra de Derechos Humanos y Genoma, Comares S.L., 2001.
- FALCÓN, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Tomo III, 1984.
- HIGHTON, Elena I y WIERZBA, Sandra M, *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Buenos Aires, Editorial Ad- Hoc, 1991.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Derecho Civil- Obligaciones*, Buenos Aires, Lexis Nexis- Abeledo-Perrot, Tomo I, 2007.
- LORENZETTI, Ricardo Luis *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VIII, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2015.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, 3er edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni. , 1993.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Visión jurisprudencial del valor de la vida humana*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, Tomo I, 1994.
- MOSSET ITURRASPE, S., *Responsabilidad Civil del médico*, Buenos Aires, Astrea, 1979.
- PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 21° Ed. actualizado por Carlos Enrique Camps, 1° re impresión, Abeledo- Perrot, 2016.
- TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, La Ley, Tomo II y IV, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal Parte General*, 6ta edición, 2da reimpresión, Buenos Aires, Ediar S.A Editora, 2003.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños, vol. 2b, Daños a las personas por nacer [Pérdida de vida humana]*, Buenos Aires, Hammurabi S.R.L, 1991.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, Tomo IV, 1999.

2.- CAPÍTULOS DE LIBROS

- ARAZI, Roland, *La legitimación como elemento de la acción*, en La legitimación. Homenaje al Profesor Doctor Lino Enrique Palacio, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- HIGHTON, Elena I. *La salud, la vida y la muerte. un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo I, *Daños a la persona*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAM, Eleonora *El daño derivado de una persona que padece discapacidad grave, en la jurisprudencia española (wrongful birth; wrongful life)* en MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis, Revista de Derecho de Daños, Tomo III , *Daño a la salud*, 1° edición, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, , 2011
- LAFFERIÈRE, Nicolás Jorge, *Daños a la persona por nacer*, en TRIGO REPRESAS, Félix A. y BENAVENTE, María I *Reparación de daños a la persona*, Tomo II, *Daño moral (cont.) Muerte*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014.
- MEDINA, Graciela y HOOFT, Irene, *Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural. La jurisprudencia italiana, norteamericana y canadiense* en MEDINA, Graciela, *Daños en el Derecho de Familia*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2002.
- MEDINA, Graciela y HOOFT, Irene, *Responsabilidad por daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida* en MEDINA, Graciela, *Daños en el Derecho de Familia*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2002.

- OSSOLA, Federico A., *Daños causados a recién nacidos y a personas menores de edad. Algunas reflexiones y propuestas* en TRIGO REPRESAS, Félix A. y BENAVENTE, María I., *Reparación de Daños a la Persona*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2014.
- SÁENZ, Luis R. J., *La responsabilidad de las clínicas, hospitales y demás establecimientos asistenciales en el marco de la ley de defensa del consumidor*, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, Buenos Aires, Ed. La Ley, Tomo III, p.626 y ss.
- ZANNONI, Eduardo A., *El beneficio o ganancia frustrada y las meras chances. Los daños hipotéticos o eventuales (Lucro cesante, pérdida de chances y peligros de daño futuro)* en MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis, *Revista de Derecho de Daños, Chances*, 1º edición, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2008.
- ZANNONI, Eduardo A., *Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)*, en Libro en Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, AA.VV, 1989.

3.- TESIS

- LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, *Implicancias jurídicas del Diagnóstico Prenatal, El concebido como hijo y paciente*, 1º impresión, Buenos Aires, EDUCA, Buenos Aires, 2011.
- MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tesis Doctoral, Madrid, España, Editor Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Derecho, septiembre 2003

4.- ARTÍCULOS

-
- BASSET, Úrsula Cristina, *Wrongful life/birth: el problema de decidir qué vidas merecen la pena ser vividas*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/4044/2011
- CALVO COSTA, Carlos A. *El significado y las especies de daño resarcible*, [en línea], [Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2018], Disponible en: <http://ccalvocosta.com.ar/articulos/El%20significado%20y%20las%20especies%20de%20da%C3%B1o%20resarcible.pdf>.
- CALVO COSTA, Carlos A. *Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial* Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/555/2015
- CALVO COSTA, Carlos A., *El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado*, Buenos Aires, La Ley, cit. online: AR/DOC/1248/2017
- CALVO COSTA, Carlos A., *Responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales, empresas de medicina prepaga y obras sociales. un cambio de paradigma*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/1452/2016
- CASALS, Martín Miquel, SOLÉ FELIU, Josep *Responsabilidad civil por privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth) Comentario a la STS, 1º, 18.12.2003* Working Paper N° 217, Barcelona, abril 2004, p. 4
- CÓRDOBA, Ramiro J. *Derechos irrevocablemente adquiridos por personas humanas no nacidas* Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/1811/2011
- CRICENTI, Giuseppe, *Wrongful Life*, Buenos Aires, La Ley, cit. online: AR/DOC/2043/2013
- DANTUR, Sebastián, *El acto médico en el derecho civil actual*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/4732/2012
- DE ÁNGEL YÁGÜES, Ricardo, *La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de “wrongful birth”*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/11682/2003.
- EMALDI CIRIÓN, Aitziber *Los análisis genéticos predictivos y la responsabilidad médica por error en el diagnóstico, según la normativa Española*, Buenos Aires, La Ley, cit. online: AR/DOC/5092/2010
- FARNÓS AMÓROS Esther, *Consentimiento en la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, s/I, Ed. Atelier, 2011.
- FUMAROLA, Luis Alejandro, *Configuración de la responsabilidad civil médica a la luz del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/934/2015

- GARAY, Oscar Ernesto, *El consentimiento informado en clave cultural, bioética y jurídica*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/1754/2014
- HERRERA, Marisa, SALITURI AMEZCUA, Martina M., *Técnicas de reproducción humana asistida y responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/1607/2016.
- LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, *La ley 26862 y el decreto 856/2013 sobre acceso integral a la reproducción médicamente asistida: cuestiones no resueltas*, Buenos Aires, ErreparNews, Agosto de 2013 (online).
- LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, *Los problemas del diagnóstico genético preimplantatorio*, La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP 2014 (octubre), 01/10/2014.
- LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, *No existe un derecho a la selección de embriones por diagnóstico genético preimplantatorio*, La Ley DFyP 2015 (diciembre), 07/12/2015, 225-236, Cita Online: AR/DOC/4009/2015
- LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César (h.) *Naturaleza y dimensiones del "stare decisis"*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/2629/2005
- LÓPEZ DÍAZ- VALENTÍN, Patricio J., *La fundamentación eugenésica del artículo 86, inc. 2, del código penal y el fallo "f., a. l. s/ medida autosatisfactiva". Convalidación de una teoría aberrante*, Prudentia Iuris, N° 79, Buenos Aires, Educa, 2015.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Responsabilidad profesional. Su actualidad en el derecho europeo actual*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/1445/2004.
- MAKIANICH DE BASSET, Lidia Noemí, *Daño genético. Luces y sombras de la inmunidad parental*, en *La responsabilidad (Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- MARTÍN CASALS Miquel y SOLÉ FELIU, Josep *Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos*, Girona, Facultad de Derecho Universitat de Girona, InDret, 2001.
- MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, *Comentario a la STS de 7 de junio de 2002 en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 60, octubre/diciembre 2002
- MARTIN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth) Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003*, Barcelona, Facultad de Derecho Universitat de Girona, InDret, Working Paper n°: 217, abril de 2004
- MARRAMA, Silvia, *Responsabilidad médica por los daños sufridos por una niña concebida mediante técnicas de fecundación extracorpórea heteróloga*, Buenos Aires, Diario El Derecho, 7/12/2016.
- MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *Factores de atribución* [en línea] en Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012, Buenos Aires, El Derecho, 2012, [Fecha de consulta: 19 de julio de 2017], Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/factoresatribucion-mazzinghi.pdf>
- MEDINA, Graciela, FAMÁ, María Victoria y REVSIN, Moira, *Tutela jurídica de la persona por nacer frente al derecho de daños: jurisprudencia francesa y norteamericana* en Menor dañado y menor dañino, Revista de Derechos de Daños, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Vol. 2002-2,
- MEDINA, Graciela, WINOGRAD, Carolina, *Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy. Análisis de la Jurisprudencia norteamericana. Reseña de la jurisprudencia francesa*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/4595/2001
- MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo, *Jurisprudencia extranjera comentada Responsabilidad civil médica*, Revista Chilena de Derecho Privado, Diciembre 2011, N° 17, pp. 227-238 [Fecha de consulta: 31 de agosto de 2019], Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n17/art07.pdf>
- MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto, *La causalidad: un requisito crucial (¿e insoluble?) de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/149/2010
- MORILLO MACÍA, Andrea, *La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Barranquillas, Revista de derecho N° 27, 2007.
- MOYA, Graciela, *Diagnóstico prenatal: su relación con la prevención de enfermedades fundantes de discapacidad*, Vida y Ética, 15.2, 2014, [Fecha de consulta: 15/8/2017],

disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/diagnostico-prenatal-enfermedades-fundantes.pdf>

- MOYA, Graciela, *Problemática ético morales vinculadas a las técnicas de fertilización asistida* [en línea]. *Vida y Ética*, año 15, n° 1, 2014, [Fecha de consulta: 17 de diciembre de 2018], Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/problematika-etico-morales-vinculadas.pdf>
- ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Córdoba, Lerner, 1992.
- PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, 2° ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- PRIETO MOLINERO, Ramiro J *Causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil* Buenos Aires, La Ley, cit. online: AR/DOC/1560/2014
- PRIETO MOLINERO, Ramiro J., *The wrongfulness or rigtfulnes of actions for wrongful birth*, Buenos Aires, La Ley, cit. online: AR/DOC/2024/2008
- RAMELLA, A., *Dictamen presentado ante las Primeras Jornadas de Derecho Civil*, Boletín del Instituto de Derecho. Civil, Santa Fe, núm. 5, p. 163.
- SAMBRIZZI, Eduardo A., *Reclamo a los padres de indemnización por la transmisión genética de enfermedades graves*. Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/3627/2006.
- TARBUCH, Liliana Mónica *Eugenesia: Esperanza para una vida más saludable*, eldial.com, 17/08/2001
- TOBIÁS, José W, *La terapia génica, la clonación y "las prácticas prohibidas" en el nuevo Código Civil y Comercial (artículo 57)*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/4502/2015
- TOBIÁS, José W., *Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de hijos contra padres por la transmisión de enfermedades*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/15575/2001
- TOBIÁS, José W., *El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/14873/2001.
- TRIGO REPRESAS, Félix A., *La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, cita online: AR/DOC/3413/2015.
- VENINI, Guillermina, *El resarcimiento de daños y las relaciones de familia. especial referencia a los daños causados por la manipulación genética y el uso de las nuevas técnicas de reproducción asistida*, Buenos Aires, La Ley, cita online: 0003/014204
- VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu, *El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente*, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, ISSN-e 2340-4647, N°. 3, 2013, p. 40-59 disponible on line en: <file:///C:/Users/Daniela/Downloads/DialnetElConceptoDeWrongfulBirthYSuInherentePoblematikaU-4764224.pdf>
- VILLAVERDE, Gabriela M, *Daños congénitos. Responsabilidad civil de los padres*, Buenos Aires, La Ley, cit. online: AR/DOC/14432/2001

OTRAS PUBLICACIONES

- BRAVERMAN, Philip, *Wrongful Conception: Who Pays for Bringing Up Baby?*, *Fordham Law Review*, Vol. 47, 3° ed., 1978, disponible en: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2346&context=flr>
- DEPAUL COLLEGE OF LAW, *Torts - Right of Unemancipated Child to Sue his Parent for Personal Tort*, *DePaul Law Review*, Artículo19, Vol. 2, Ed. 1 Otoño-Invierno 1952 [consultado el 25 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.ar/&httpsredir=1&article=3844&context=law-review>
- DIXON, Nicolee, *The Costs of Raising a Child: Cattanach v Melchior and the Justice and Other Legislation Amendment Bill 2003 (Qld)*, *Queensland Parliamentary Library, Research Brief N° 2003/24*, 2003, disponible en: <https://www.parliament.qld.gov.au/documents/explore/ResearchPublications/ResearchBriefs/2003/200324.pdf>

- GALDÓS Jorge Mario, VALICEN Ezequiel, *La reparación del daño y la previsibilidad contractual (el art 1728 CCC N)*, cita on line última vez visto 11/7/2017: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/04/La-reparaci%C3%B3n-del-da%C3%B1o-y-la-previsibilidad-contratual-por-Gald%C3%B3s.pdf>
- GARRICA GORINA, Margarita, *Negligencia en el diagnóstico prenatal. Cometario a la STS, 1º, 7.6.2002*, en InDret, Barcelona 3/2003, <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/82554/107400>
- J. W. P. III, *Parental Immunity- Automobile Negligence*, University of Richmon Law Review, Vol. 5, 2º ed., art. 15, 1971, Disponible en <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol5/iss2/15>
- LÓPEZ MESA, Marcelo J. “*El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”. (Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil)*”. Cit. online: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-territorio-de-la-antijuridicidad-en-la>
- MOMTAZ Djamchid, *La Proclamación de Teherán*, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009, p. 1, disponible en: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/fatchr_s.pdf
- STRASSER, Mark, *Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Death, and the Right to Refuse Treatment: Can Reasonable Jurisdictions Recognize All But One*, Missouri Law Review Vol. 64, 1º ed., art. 7, 1999, disponible en <http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3400&context=mlr>
- STRETTON, Dean, *The birth torts: Damages for wrongful birth and wrongful life*, Deakin Law Review, Vol. 10, N° 1, disponible en: <https://ojs.deakin.edu.au/index.php/dlr/article/view/280/284>
- Página web: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/medicine/laureates/2010/press.html
- Página web: <http://es.familydoctor.org/familydoctor/es/pregnancy-newborns/fetal-health/prenatal-diagnosis-mniocentesis-and-cvs.printerview.html>
- Página web: <https://rarediseases.info.nih.gov/files/preguntas-m%C3%A1s-frecuentes-sobre-los-trastornos-cromos%C3%B3micos.pdf>
- Página web: <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/amyotrophiclateralsclerosis.html> .
- Página web de la Organización Mundial de la Salud <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs351/es/>
- Real Academia Española
- Real Academia Nacional de Medicina
- Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones celebradas en la provincia de Santa Fe en el año 1990 en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa,
- II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros de 1992
- XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Buenos Aires en el año 1991.
- XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en el año 2015, conclusiones de la comisión N° 3: "Daños en las Relaciones de Familia"