



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés
Departamento de Derecho
Abogacía

Recepción de la acción de wrongful birth en el derecho argentino.
Marco legal y desafíos.

Autora: Ana Lucía Miranda
Legajo: 30157
Mentor: Federico Carestia

Buenos Aires, julio de 2023

A mi mamá



Universidad de
San Andrés

AGRADECIMIENTOS

A mi mamá, fuente inagotable de amor y sostén que, como docente, me enseñó a ver al estudio como una herramienta transformadora. A mi hermana, abogada también, por estar para guiarme en mi carrera constantemente. A mis tíos, mis segundos papás, por su apoyo y cariño.

A mis amigos, los de siempre y los que formé en este hermoso camino. A Mari, una persona excepcional con la que crecimos juntas. A Mai, por sus valiosos consejos y por estar presente en momentos importantes. A Vico, una amiga extraordinaria, por su amistad genuina y su incondicionalidad. A Giuli, por ser mi compañera y contagiarme su alegría.

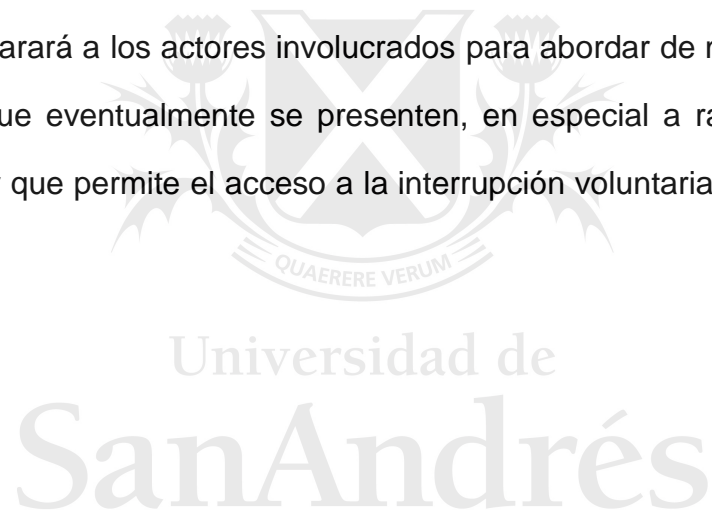
A Julián, por el amor mutuo, por cuidarme e impulsarme a ser mejor cada día.

A Federico Carestia, por ser un profesor y mentor inspirador. Su compromiso y guía han sido esenciales para la realización de esta tesis.

A la Universidad de San Andrés, por ser una excelente casa de estudios y de crecimiento personal; por enseñarme a hacerme las preguntas correctas y por hacer de mi recorrido universitario una experiencia única.

RESUMEN

Los notables avances científicos y médicos en materia de planificación familiar han permitido acceder a derechos antes inconcebibles. Sin embargo, esta evolución también ha dado lugar a problemas legales y dilemas morales, especialmente cuando las negligencias médicas impiden la detección temprana de enfermedades o discapacidades en el feto, privando a los progenitores de la facultad de decidir sobre la interrupción del embarazo y generándoles un daño. Este trabajo analiza la denominada acción de *wrongful birth*, su interacción con los presupuestos de la Responsabilidad Civil y la posibilidad de su recepción en la Argentina. Esto proporcionará un marco claro para determinar bajo qué condiciones podría proceder y, a su vez, preparará a los actores involucrados para abordar de manera adecuada las demandas que eventualmente se presenten, en especial a raíz de la reciente sanción de la ley que permite el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en el país.



Universidad de
San Andrés

ÍNDICE

I. Introducción	6
II. Acción de <i>wrongful birth</i>. Marco teórico.....	9
A. Definición de la acción y acercamientos.....	9
B. Objeciones y debates frecuentes.....	13
C. Recepción de las acciones en el derecho comparado	15
1. Estados Unidos.....	16
2. Francia.....	20
3. Gran Bretaña	22
4. Canadá	22
D. Marco legal en el derecho argentino	24
III. Procedencia de la acción de <i>wrongful birth</i> en el derecho argentino	26
A. Presupuestos de la responsabilidad.....	26
1. La conducta antijurídica y legitimación	26
2. El factor de atribución en la responsabilidad médica y estudios prenatales	28
i. Factor de atribución	28
ii. Estudios prenatales y alcances de la responsabilidad	30
3. El daño resarcible	33
4. Relación de causalidad.....	34
5. Conclusiones preliminares	35
B. Respuestas a las objeciones	36
C. Tipos de daños e incertidumbres en su cuantificación	41
IV. Consideraciones finales.....	47

I. INTRODUCCIÓN

El acelerado avance que han experimentado la ciencia y la medicina en las últimas décadas ha permitido que se configuren derechos que antes eran inconcebibles, pero también nuevos nichos de daños. En el ámbito de la planificación familiar, surgieron las técnicas de reproducción humana asistida, se desarrollaron métodos anticonceptivos, y aparecieron tecnologías vanguardistas que posibilitan realizar un seguimiento del embarazo y la salud del feto, entre otras. Estos cambios, que amplían de manera significativa las opciones disponibles para que cada individuo pueda desarrollar su plan de vida conforme a sus deseos, no están exentos de externalidades negativas y errores pasibles de causar potenciales perjuicios. De la mano de ellos, surgieron dilemas legales que pusieron en evidencia las limitaciones del derecho para ofrecer respuestas. Uno de esos problemas se presenta cuando, por negligencia médica, se omiten los estudios prenatales de rutina a una embarazada o se los hace erróneamente, impidiendo la detección de enfermedades, malformaciones o potenciales discapacidades o, habiéndose descubierto estas condiciones, no se le informa al respecto a la persona gestante. Es que en todos estos casos se la priva de la capacidad de decidir libremente si interrumpir el embarazo.

En este contexto, a los fines de reclamar al médico y/o centro de salud interviniente los detrimentos que esta circunstancia genera, han emergido en diversas latitudes las acciones legales que se conocen como *wrongful birth*. Su origen se remonta a la década de los 60 en los Estados Unidos y, si bien han sido receptadas en diversos países, los desafíos que el tema presenta y el contexto sociocultural de Argentina, ocasionan que aún sea un tema poco estudiado en el ordenamiento jurídico. En este sentido, es relevante promover una comprensión más profunda de los desafíos legales relacionados con el *wrongful birth* de acuerdo a las necesidades y

circunstancias locales, a modo de garantizar un acceso equitativo a la justicia y el efectivo respeto por los derechos involucrados.

Dado que suele considerarse presupuesto inherente a esta acción la existencia de un derecho al aborto, asunto que luego se desarrollará con más detalle, este trabajo adquiere especial relevancia en nuestro país a raíz de la reciente sanción de la Ley 27.610 sobre el Acceso a la Interrupción Voluntaria del embarazo. Esta ley tiene poco más de dos años, por lo que deberá transcurrir cierto tiempo antes de que se presenten suficientes casos de *wrongful birth* en diferentes instancias y jurisdicciones para saber cómo abordarán la cuestión nuestros jueces y para sentar un precedente al respecto. Hasta entonces, y dado que estos reclamos suelen suscitar discusiones que involucran aristas éticas y religiosas que, en algunos casos, obstaculizan su estudio desde el punto de vista legal, considero positivo el estudio teórico del tema y observar atentamente cómo lo han resuelto otros países para poder examinar su experiencia; generar discusiones doctrinarias profundas que nos habiliten a enfrentar de la mejor manera posible las acciones que eventualmente se presenten con las herramientas legales disponibles en nuestro ordenamiento jurídico.

En este escenario, el propósito es estudiar si las acciones de *wrongful birth* encuentran recepción en los principios generales del Derecho de Daños o si, por el contrario, se debería establecer una regulación específica sobre la materia en nuestro país en busca de una respuesta efectiva ante estas demandas. En cualquier caso, si procedieran, se buscará examinar en qué medida lo hacen y cuáles son las formas de reparar esos detrimentos.

A los fines de alcanzar el objetivo propuesto, el análisis procederá de la siguiente manera. En el Capítulo II, en primer lugar, abordaré conceptualmente el contenido de estas demandas, recurriendo a artículos doctrinarios y libros sobre daños, para poder brindar una definición precisa sobre la acción que facilite el posterior estudio de su

procedencia e implicancias. En segundo lugar, resumiré las objeciones más frecuentes a la acción y su admisibilidad. En tercer lugar, prestaré especial atención al tratamiento de la cuestión en el extranjero, dado que en países como Estados Unidos, Francia y el Reino Unido existe un gran desarrollo jurisprudencial sobre el tema. Por último, expondré el marco legal aplicable en nuestro país que luego se desarrollará con más detalle.

Una vez establecido el marco teórico, en el Capítulo III, en primer lugar, desarrollaré cada uno de los presupuestos de la Responsabilidad Civil (antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad) que deben concurrir para la admisibilidad del *wrongful birth*, precisando el alcance de la responsabilidad médica para delimitar en qué casos el profesional debe responder y en cuáles no. En segundo lugar, analizaré quiénes son los sujetos legitimados para interponer este tipo de demandas. En tercer lugar, trataré de dar respuesta a las críticas habituales enumeradas en el Capítulo II –referidas a la improcedencia de estas acciones– para finalizar exponiendo los diferentes tipos de daños que pueden resultar resarcibles y las formas de justipreciarlos.

Por último, en el Capítulo IV, esbozaré las conclusiones a las que arribe, resaltando los desafíos que tenemos por delante en Argentina y evaluando el mérito de contar con una normativa específica en el derecho local.

II. ACCIÓN DE *WRONGFUL BIRTH*. MARCO TEÓRICO.

A. Definición de la acción y acercamientos

Las acciones de *wrongful birth* se suelen definir como un grupo de casos de responsabilidad civil, especialmente de los profesionales sanitarios, que se relaciona con los errores o negligencias en los diagnósticos prenatales.¹ Esta acción brinda una vía a los progenitores, quienes se vieron privados de tomar una decisión sobre la continuación o interrupción del embarazo, para reclamar contra el médico y/o centro de salud interviniente tanto los posibles costos asociados al nacimiento y crianza de un hijo nacido con alguna discapacidad no detectada, o debidamente informada, como los menoscabos extrapatrimoniales que la situación les provoca.

De la definición anterior pueden extraerse diversos conceptos o presupuestos.² En primer lugar, la privación de información o la información incorrecta recibida deben tener relevancia tal como para potencialmente incidir en las decisiones que adopten los progenitores.

En segundo lugar, cualquier profesional sanitario puede ser el sujeto demandado en este tipo de acciones (médicos, enfermeros, técnicos de laboratorio, ecografistas, etc.) siempre que sea su comportamiento el que produzca el error en el diagnóstico. A su vez, el defecto en la realización del diagnóstico debe responder a un comportamiento negligente, es decir: “el diagnóstico no se realiza o se realiza mal, pudiendo realizarse o realizarse bien”.³ Aquí habrá que constatar la culpa del profesional y deberá comprobarse que podría haberse emitido un diagnóstico correcto, teniendo en cuenta los antecedentes médicos del paciente y los límites del

¹ Andrea Macía Morillo, “La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, en *Revista De Derecho*, nro. 27 (2007): p. 15.

² Macía Morillo, “La responsabilidad civil médica”, pp. 15-20.

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz del 17 de septiembre de 2002 en Macía Morillo, “La responsabilidad civil médica”, p. 17.

conocimiento científico. En los casos en los que este se haya comportado diligentemente, no deberá responder por la información equivocada que recibe el paciente, dado que aún hoy, a pesar de los avances tecnológicos, son posibles los diagnósticos erróneos.

En tercer lugar, se entiende que para que proceda este tipo de acción es necesario que esté reconocida la interrupción voluntaria del embarazo en el ordenamiento jurídico en cuestión, de modo tal que la falta de información acerca de los defectos o malformaciones que puede tener la descendencia de la persona afectada le impida decidir si interrumpir o no el embarazo.⁴ En este sentido, las acciones de *wrongful birth* asumen que el aborto es una opción disponible. Al respecto, se ha sostenido que “la negligencia que obsta la oportunidad de un aborto ilegal probablemente no tendría impacto legal. Iría en contra de la política social reconocer daños por obstaculizar oportunidades ilegales”.⁵

Los presupuestos dos y tres se relacionan de la siguiente manera: es necesario que la enfermedad o discapacidad que presenta el feto pudiera haber sido detectada durante el transcurso del plazo legalmente fijado para la interrupción del embarazo,

⁴ A mi entender, no es correcto concluir que estas acciones solo pueden plantearse en los ordenamientos jurídicos en los que esté permitida la interrupción del embarazo, sino que, aun cuando estuviera prohibida, los progenitores tienen derecho a recibir una compensación por no haber recibido información oportuna que les hubiera permitido acceder a procedimientos prenatales para mitigar la posible enfermedad congénita del feto o prepararse psicológica y económicamente o capacitarse para brindarle los cuidados necesarios. En este sentido, ver Graciela Medina, “Capítulo XI: Wrongful Birth’, ‘Wrongful Life’ y ‘Wrongful Pregnancy’. Análisis de la jurisprudencia norteamericana. Reseña de jurisprudencia francesa”, en *Daños en el Derecho de Familia* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002).

⁵ Ralph Frasca, “Negligent Beginnings: Damages in Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life”, *Journal of Forensic Economics*, vol. 19, nro. 2 (2006): p. 188. La traducción es propia. Cita original en inglés: “Negligence that denies the opportunity for an illegal abortion would likely have no legal impact. It would be against social policy to award damages for the denial of illegal opportunities”.

en este caso, hasta la semana catorce, inclusive, del período gestacional, bajo la Ley argentina 27.610.⁶

Por último, para que las acciones funcionen, no debe conocerse remedio o cura para las enfermedades congénitas o malformaciones presentes en el feto. Si esto ocurriera, no estaríamos frente a un caso en el que el profesional médico haya privado de información y, como resultado, impedido la consecuente posible realización de un aborto. Más bien, estaríamos hablando de un caso en el que la omisión del diagnóstico ha evitado que el niño pudiera nacer sano. En este sentido, la enfermedad que padece el niño es inherente a la concepción misma, en tanto la acción del profesional no la ha causado, sino que simplemente no lo ha diagnosticado o no lo ha hecho oportunamente.⁷

De la conjunción de estos presupuestos, se concluye que para que estas acciones prosperen se requiere que: (i) las enfermedades o defectos que padece el feto no tengan cura; (ii) no se haya hecho un diagnóstico prenatal correcto que permita detectar la enfermedad a tiempo, existiendo herramientas disponibles y suficientes para hacerlo (se haya hecho incorrectamente o no se haya comunicado a tiempo); y (iii) en el ordenamiento jurídico exista la posibilidad de interrumpir el embarazo.

Si bien no será materia de análisis en este trabajo, no puede soslayarse que cierta parte de la doctrina brinda una definición más amplia de estas acciones y no las circunscribe a casos en las que los niños presentan discapacidades o enfermedades. En efecto, desde esta perspectiva, también quedan comprendidas aquellas demandas presentadas por los progenitores que no deseaban tener (más) hijos o

⁶ Sin perjuicio de ello, si la enfermedad se conociera luego de dicho plazo, dependiendo de los daños que pudiera provocar en el feto o la madre, se plantea el interrogante de si un juez podría llegar a admitir excepcionalmente la interrupción.

⁷ Daniela Zabaleta, "Daño por nacer. Las acciones de wrongful birth y wrongful life ¿es posible su introducción en el derecho argentino?", (Tesis de Posgrado, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2019), p. 32.

porque no querían que naciera un hijo con discapacidades genéticas detectables durante el embarazo y, a pesar de ello, se convierten (nuevamente) en progenitores por culpa de un tercero, un médico, al no interrumpir el embarazo correctamente (procedimiento de aborto fallido). Un ejemplo dentro de esta definición más abarcativa sería el de una persona gestante que decide interrumpir legalmente su embarazo (por el motivo que fuera) pero, como consecuencia de una mala praxis médica, lleva el embarazo a término y nace un niño sano. Aquí no necesariamente hay involucradas enfermedades o malformaciones, pero el hijo ha nacido cuando lo que se deseaba era otra cosa, y podría considerarse, eventualmente, como daños a los costos que deben soportar los progenitores, tanto desde una visión económica como emocional.⁸

Tal como se anticipó, de todos modos el objeto de estudio en esta tesis se limita a las acciones de *wrongful birth* que involucran el nacimiento de un niño que presenta cierta enfermedad o discapacidad sobre la que los progenitores no fueron informados adecuadamente.

Por último, antes de continuar, es pertinente realizar una distinción entre las acciones aquí examinadas y las llamadas acciones de *wrongful life*. Si bien ambas tienden a obtener una reparación por el daño sufrido a raíz del comportamiento médico negligente, la diferencia radica en el legitimado activo: en los casos de *wrongful life* son los niños nacidos con alguna enfermedad, o sus padres en representación de ellos, quienes interponen la acción contra los profesionales de la salud, invocando su derecho a no haber nacido.⁹ Lo referente a la legitimación de los casos bajo estudio será tratado en el Capítulo III.

⁸ Frasca, "Negligent Beginnings", pp. 198 y ss.

⁹ Alejandro León Sierra, "La vida como daño: un acercamiento a la acción de Wrongful Birth y su recorrido hasta el ordenamiento jurídico colombiano", *Universidad Libre - Especialización en Responsabilidad Médica* (2019): p. 5.

B. Objeciones y debates frecuentes

Este tema ha sido –y sigue siendo– fuente de inagotables controversias, dado que involucra cuestiones cuyas respuestas están directamente relacionadas con las convicciones de quien las formula. Mucho se ha dicho en la doctrina y la jurisprudencia, y no se han arribado a grandes consensos.

A continuación, presentaré un resumen de las objeciones más comunes para la procedencia de estas acciones, limitándome a delinearlas conceptualmente, reservando mi respuesta a cada una de ellas para el Capítulo III. En un esfuerzo por facilitar su comprensión, las he estructurado en categorías.

En primer lugar, existe una objeción de carácter *semántico* que se vincula con la terminología empleada para referirse a las acciones en cuestión. De la palabra “wrongful” se desprenden traducciones como “injusto”, “ilegal”, “improcedente” o “arbitrario”. Los autores que se han expresado al respecto sostienen que es cuanto menos problemático considerar a una vida humana como injusta o contraria a derecho, susceptible de generar un daño resarcible. Tienden a pensar que admitir este tipo de demandas, en el fondo, subcomunica que las vidas de personas con discapacidad son menos valiosas. Estoy convencida de que este aspecto ha sido una barrera significativa para que estas reclamaciones abran camino en el entorno académico argentino.¹⁰

Estrechamente relacionado con lo anterior, se encuentra un argumento vinculado a la *moral pública social*. Hay quienes creen que el reconocimiento del perjuicio y ulterior compensación implicaría realizar una valoración negativa sobre el niño o sobre las

¹⁰ En este sentido, ver Ana Paz Garibo-Peyró, “El derecho a la vida cuando ésta es frágil como una exigencia de justicia: la perspectiva que ofrecen las acciones de «wrongful birth» y «wrongful life» sobre las personas con discapacidad”, *Persona y Derecho*, vol. 81 (2019): pp. 323-348.

personas con discapacidad y, el entender estas vidas como un daño, tendría grandes repercusiones sociales. Esto dificulta que los jueces fallen a favor de conceder una reparación.¹¹

Un tercer grupo de críticas se hace eco de las *afecciones psicológicas* que puede sufrir un niño al enterarse de que sus padres reclamaron haber perdido la oportunidad de poder optar por interrumpir el embarazo.

En cuarto lugar, ciertos autores y jueces entienden que el reclamo debería ser rechazado si los progenitores no hubieran optado por un aborto y el niño es posteriormente aceptado por aquellos, puesto que consideran que en estos casos los costos de manutención han sido admitidos voluntariamente por ellos (llamo a esto un argumento de *aceptación tácita*).¹²

En línea con lo anterior, en un aspecto que involucra cuestiones de *enfoque*, se reprocha a las madres el hecho de alegar que han sufrido un daño al verse impedidas de optar por interrumpir el embarazo del niño que hoy están criando. No me caben dudas de que este tipo de concepciones desincentiva la presentación de demandas.

Por último, existen las críticas que categorizo como *económicas*.¹³ Dentro de ellas, por un lado, existe una que puede denominarse de *costo cero*. Se suele decir que el nacimiento de un niño, aunque hubiera querido evitarse, no solo ocasiona daños, sino que también puede traer aparejadas ventajas que deben ser tenidas en cuenta a la

¹¹ Al respecto, la Corte Suprema de Noruega, por ejemplo, ha manifestado que permitir una compensación en estos casos sería contradictorio con la moral pública de la sociedad. Ver Ulfbeck y Askeland en Barbara Steininger, "Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions", *Journal of European Tort Law*, vol. 1, nro. 2 (2010): p. 129. Ver también Wendy F. Hensel, "The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions", *Harvard Civil Rights-civil Liberties Law Review*, vol. 40, nro. 1 (2005): pp. 141-195.

¹² Para los argumentos referidos a las afecciones psicológicas y los de aceptación tácita, ver Picker y las opiniones en "Tobler/ C Stolker" del Tribunal Federal de Justicia de Alemania; en Steininger, "Wrongful Birth and Wrongful Life", pp. 129 y 133.

¹³ Ver, por ejemplo, Symmons o el caso "Udale v. Bloomsbury Health Authority"; en Steininger, "Wrongful Birth and Wrongful Life", pp. 135 y 139.

hora de analizar un reclamo. De esta manera, entiendo que los defensores de esta idea, tratando de reconstruir su postura de manera fiel, alegan que deben ponerse en la balanza tanto los menoscabos como los beneficios y, si el resultado es neutro, es decir, si ambos conceptos se cancelan mutuamente, no debe por qué compensarse. Por otro lado, se encuentra la objeción relacionada con un *desbalance de incentivos*, y tiene su basamento en que admitir estas reclamaciones ocasionará asignarles a los profesionales de la salud una excesiva responsabilidad y se le exigirán estándares de diligencia desmedidos. Entienden que en caso de duda, el profesional se verá inducido a aconsejar a favor de un aborto para resguardarse de una potencial responsabilidad.

Como adelanté, en el Capítulo III esbozaré respuestas a cada una de estas objeciones, justificando la procedencia de este tipo de acciones.

C. Recepción de las acciones en el derecho comparado

A continuación, procederé a analizar los precedentes jurisprudenciales en el derecho comparado; especialmente en los países en los que ha tenido más desarrollo, sin perjuicio de que existan ejemplos interesantes en otras jurisdicciones.¹⁴ Estoy persuadida de que acudir a ellos puede brindar luz a la cuestión bajo análisis y brindarnos un punto de partida.¹⁵

¹⁴ Por ejemplo, en Austria, Estonia y Japón. Ver Scurria et. al., “Cross-Country Comparative Analysis of Legislation and Court Rulings in Wrongful Birth Actions”, *The Journal of Legal Medicine*, vol. 39, nro. 1 (2019).

¹⁵ No puedo soslayar que hay quienes no compartirán este criterio. Algunos entienden que lo que finalmente decidirá la procedencia o no de una acción de *wrongful birth* es el peso que reciba cierto argumento en un contexto cultural dado y las políticas alrededor de cada sistema de daños. Muchos son de la idea de que indagar en el derecho comparado no siempre es útil porque los casos no pueden trasplantarse sin consecuencias y el modo en que un sistema legal decide en el caso concreto está determinado por su contexto cultural y es siempre una decisión de naturaleza política. Se sugiere leer al respecto a autores como Ivo Giesen, “Of Wrongful Birth, Wrongful Life, Comparative Law and the Politics of Tort Law Systems”, *THRHR*, vol. 72 (2009): pp. 257-273.

Puedo adelantar que la mayor parte de los jueces admite la procedencia de las demandas de *wrongful birth* y frecuentemente las han analizado como casos tradicionales de acciones negligentes. Lo que suele variar es qué tipo de daños son reconocidos.¹⁶

1. Estados Unidos

Alrededor de la década de los sesenta, surgieron en Estados Unidos las primeras acciones de responsabilidad civil por embarazos que tal vez no hubieran llegado a término si los progenitores hubieran recibido información oportuna sobre la existencia de alguna enfermedad congénita en el embrión.

Con anterioridad a *Roe v. Wade*, en 1967, la Corte Suprema de New Jersey debió resolver un reclamo de este tipo. La demanda fue interpuesta por la señora Gleitman contra sus ginecólogos Cosgrove y Dolan. Durante los primeros meses de embarazo, ella había enfermado de rubéola y los médicos le aseguraron que eso no afectaría a su bebé. Sin embargo, nació un niño con síndrome de rubéola con lesiones que le dificultaban o impedían ver, oír y hablar. La demandante argumentó que de haber conocido el riesgo de contagio sobre su bebé, se habría practicado un aborto. La Corte rechazó la demanda porque consideró que era imposible cuantificar los daños derivados de ser padres de un niño enfermo y porque el derecho a la vida del niño desplazaba cualquier derecho de los progenitores de obtener una reparación económica. Ese mismo año, la Corte trató un caso que, si bien podría considerarse de *wrongful pregnancy*, acción que no es objeto de estudio del presente trabajo, en mi opinión sus conclusiones pueden trasladarse para los casos de *wrongful birth*. En esa oportunidad, los jueces entendieron que la reparación no obedecía al nacimiento de un niño no deseado, sino a las necesidades económicas que la familia debía

¹⁶ Confr. Christine Bey-Berkson, "Wrongful Life, Wrongful Birth", *Legal Reference Services Quarterly*, vol. 8, nros. 1-2 (1988): pp. 64-65.

soportar con la llegada de un nuevo hijo. De esta manera, se puso el foco en lo patrimonial y en el derecho a obtener una compensación cuando se ha sufrido un daño.¹⁷

El reconocimiento de la existencia de un derecho federal a la interrupción del embarazo en el país por parte de la Suprema Corte de los Estados Unidos en *Roe v. Wade* (1973) tuvo un impacto significativo en las acciones de *wrongful birth* y los magistrados comenzaron a reconocer la procedencia de la acción.¹⁸

En 1975, en el caso *Dumer v. St. Michael's Hospital*, el Tribunal Supremo de Wisconsin entendió que los padres estaban legitimados para reclamar una indemnización contra el médico que no informó los probables efectos sobre el feto que podía tener la rubéola que la madre había sufrido.¹⁹

En 1999, el tribunal de apelaciones de Oklahoma resolvió el caso *Duplan v. Harper*. Roseanne Duplan, estando embarazada, trabajaba en un ámbito en el que el riesgo de contagio de citomegalovirus (CMV) era alto. Por este motivo, concurrió a una clínica estatal para consultar si ella era inmune al virus. El doctor Harper la examinó y realizó un *test*, el cual arrojó que ella tenía una infección de CMV y ello implicaba un riesgo alto de que su bebé naciera con malformaciones. Siguiendo las instrucciones del médico, la enfermera Reed le notificó a la señora que el resultado había dado positivo. Ante la consulta de esta última sobre si “positivo” significaba que era inmune o, por el contrario, que estaba infectada, se le explicó erróneamente que “positivo” significaba que era inmune. Con esa información, Roseanne decidió continuar con su embarazo y dio a luz a un bebé con sordera total, microcefalia,

¹⁷ Ver Medina, “Capítulo XI: Wrongful Birth”, pp. 432 y ss.

¹⁸ Ver E. Travis Ramey, “Wrongful birth after Dobbs”, *Social Science Research Network* (2022).

¹⁹ Ver Julio César Galán Cortés, “La acción de wrongful birth en nuestra jurisprudencia”, *Revista Española de Medicina Legal*, vol. XXII, nros. 84-85 (1998): p. 10.

retrasos mentales e incapacidades motrices, por lo que requeriría cuidados médicos permanentes e instrucción especial durante toda su vida.

Los jueces de primera instancia fallaron a favor de la señora Duplan y ordenaron que le otorgaran una compensación por los padecimientos emocionales sufridos y por los gastos extraordinarios que demandarían los cuidados especiales de su hijo e impusieron la constitución de un fideicomiso a favor del niño. El tribunal de apelaciones, por su parte, entendió que la acción estaba orientada a compensar a los progenitores, los actores del proceso, por haberles quitado la opción de terminar anticipadamente el embarazo; y no al niño, y dejaron sin efecto lo relativo al fideicomiso.²⁰

Un año más tarde llegó el caso *Bader v. Johnson* a la Suprema Corte de Indiana. El primer hijo de los Johnson había nacido con hidrocefalia, problemas mentales y motores severos y falleció a los cuatro meses de vida. Durante el segundo embarazo, la señora Johnson le solicitó al doctor Bader las pruebas necesarias para conocer la salud del feto y este nació sin complicaciones. Años más tarde, cuando volvió a quedar embarazada, el mismo profesional le practicó una amniocentesis que no reveló ninguna anomalía. Sin embargo, ese mismo día, se le hizo un ultrasonido que mostraba que el feto tenía una cavidad cerebral de un tamaño excesivamente grande y una forma de cabeza inusual. Ante esto, Bader le indicó a su equipo que citaran a la señora Johnson para más pruebas, pero se produjo un malentendido y no le comunicaron los resultados ni a ella ni al ginecólogo que la atendía en ese momento. A las treinta y seis semanas de embarazo, el ginecólogo realizó un test de control y detectó que el bebé tenía hidrocefalia. Dado que ya era tarde para

²⁰ Ver Medina, "Capítulo XI: Wrongful Birth", pp. 444 y ss.

practicarse un aborto, la señora tuvo a su hijo con graves complicaciones de salud que le ocasionaron la muerte pocos meses después.

Los Johnson demandaron al doctor Bader y a la institución médica en la que trabajaba por no haber cumplido con el deber de informarles el resultado del ultrasonido y haberlos privado de elegir interrumpir el embarazo. El tribunal de primera instancia reconoció una indemnización por los costos extraordinarios, todo costo médico que tuvieron durante la vida del niño como consecuencia de su enfermedad, los gastos de internación, el dolor físico sufrido por la madre y el daño mental padecido por los padres.

Por su parte, el tribunal de apelaciones manifestó que era deber de los médicos revelarle a sus pacientes toda la información relevante para que decidieran el tratamiento a seguir y, al no hacerlo, tanto el médico como la clínica habían faltado a su deber médico y legal. Agregó que el acto negligente fue la causa próxima del daño sufrido por los Johnson y remarcó que el daño no era la enfermedad del niño, sino la privación de una elección que los padres tenían derecho a tomar.

En 2002, la Corte de Apelaciones de Maryland resolvió un caso en el que la madre, la señora Kasama, había dado a luz a un niño con síndrome de Down y demandó al doctor Magat, su asociación médica y uno de sus asociados por no realizarle las pruebas prenatales correspondientes, argumentando que tomó una decisión sin contar con toda la información necesaria para hacerlo. El tribunal rechazó la demanda porque entendió que era imposible calcular los daños resarcibles, puesto que no se podía comparar la vida del niño con ese síndrome contra una “no vida”. A su vez, añadió que el accionar de la señora Kasama también había contribuido al resultado dañoso porque se demoró en la realización de los exámenes de sangre que le habían

indicado. En este sentido, los jueces indicaron que todo paciente tiene el deber de cooperar con su médico y cumplir con sus instrucciones.²¹

A partir de 2022, luego del fallo *Dobbs* en el que la Suprema Corte entendió que la Constitución estadounidense no reconocía un derecho al aborto, revocando así la decisión del caso *Roe*, se vuelve al paradigma existente antes de este fallo. Por ello, permanece incierto qué ocurrirá de aquí en adelante en los diferentes estados.²²

2. Francia

La ley francesa contempla dos tipos de situaciones, a saber: por un lado, casos en los que la discapacidad es congénita pero por negligencia médica no es detectada y, por el otro, aquellos en los que la discapacidad o enfermedad es causada por la negligencia médica. En la primera situación, que es la que aquí resulta de interés y aplicación, se les reconoce a los progenitores una compensación por no haber sido informados y, a causa de ello, no haber podido optar por la interrupción del embarazo si así lo hubieran deseado.²³

En los años 2000, la corte de casación de Francia resolvió el caso *Arret Perouche* y fue luego ampliamente discutido por la doctrina parisina. En 1982, una mujer embarazada que tenía rubéola se realizó dos estudios durante el mismo mes, uno dio negativo y el otro positivo. Por un error del laboratorio o una falta de comunicación por parte del médico, ella entendió que estaba inmunizada contra esa enfermedad y dio a luz a un niño con graves problemas neuronales y sensoriales. La Corte de Apelaciones de París rechazó la demanda porque entendió que no existía relación de causalidad entre el error médico y el daño sufrido por el niño. La Corte de Casación

²¹ Ver Medina, “Capítulo XI: Wrongful Birth”, pp. 449 y ss.

²² Ramey, “Wrongful birth after Dobbs”, p. 40.

²³ Scurria “Cross-Country Comparative Analysis”, pp. 43-44.

en pleno argumentó que la falta cometida por el médico y por el laboratorio le había impedido a la madre ejercer su derecho de interrumpir el embarazo y que tenía derecho a una compensación.²⁴

Aquellos que estuvieron en contra de la decisión de casación, se opusieron por cuatro razones. En primer lugar, sostuvieron que no existía relación de causalidad entre la enfermedad del niño y la conducta negligente de los profesionales. En segundo lugar, argumentaron que como no existía un derecho a no nacer, no se había vulnerado un derecho subjetivo o un interés legítimo que debiera repararse. Señalaron, en tercer lugar, que admitir este tipo de casos derivaría en prácticas de eugenismo social. Por último, explicaron que era imposible evaluar el daño porque con la compensación se busca situar a la víctima en el lugar que se encontraría de no haberse producido la conducta negligente y, en este caso, esa situación hipotética sería la muerte del feto.

Por su parte, el sector de la doctrina que estuvo a favor de esta sentencia explicó, en primer lugar, que la reparación no busca restablecer las cosas al estado anterior a la producción del accionar u omitir dañoso, sino asegurar al niño los medios económicos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas suplementarias. En segundo lugar, entendieron que el fallo había permitido obtener una reparación sin que ello implique realizar alguna discriminación ni la incitación al aborto o de prácticas eugenésicas. Por último, manifestaron que la mejor manera de preservar el interés del menor y respetar su dignidad no era rechazando totalmente el pedido de indemnización, sino el otorgar una compensación adecuada.

²⁴ Medina, “Capítulo XI: Wrongful Birth”, p. 453.

3. Gran Bretaña

En Gran Bretaña se han presentado diversas demandas por *wrongful birth*, pero la mayor parte de ellas refieren a una concepción amplia de la acción que considera aquellas situaciones en las que no necesariamente está presente alguna enfermedad en el feto.²⁵ Sí es destacable el caso *Emeh* resuelto por las cortes inglesas en 1984. Allí, el juez Waller argumentó que los progenitores de un niño que ha nacido con alguna enfermedad se enfrentan a un sufrimiento y dolor que deben ser compensados. Dado que es una realidad que tener un hijo con cierta enfermedad incrementa los costos habituales de crianza, los jueces, al reconocer su derecho a una reparación, están permitiendo que esos progenitores –que han visto vulnerada su capacidad de tomar una decisión informada– puedan hacer frente a todos los costos extraordinarios no cubiertos en los que deban incurrir para garantizarle a ese niño una vida digna y de calidad.²⁶

4. Canadá

En Canadá, las acciones de *wrongful birth* son generalmente aceptadas²⁷ y los daños patrimoniales y no patrimoniales son reconocidos a aquellos padres de un niño nacido con discapacidades severas por errores en el procedimiento de los exámenes

²⁵ Por ejemplo, *Sciuriaga v. Powell* (1980) fue el primer reclamo de *wrongful birth* reconocido en Gran Bretaña. Sin embargo, involucró una demanda por un proceso de aborto fallido por negligencia del personal médico y tuvo como resultado el nacimiento del niño sano, por lo que no encuadra dentro de los casos objeto de estudio de este trabajo. Ver Anthony Jackson, “Wrongful Life and Wrongful Birth”, en *The Journal of Legal Medicine*, vol. 17, nro. 3 (1996): pp. 371.

²⁶ Jackson, “Wrongful Life and Wrongful Birth”, p. 378.

²⁷ Sin perjuicio de ello, los tribunales canadienses han rechazado –a mi entender, con acertado criterio– casos en los que los profesionales sanitarios habían cumplido el estándar de debido cuidado o cuando la paciente no había concurrido a la consulta médica a tiempo y, de habersele realizado los exámenes correspondientes, hubiera sido tarde para practicarse un aborto. Ver Corte Suprema de Ontario, *Mickle v. Salvation Army Grace Hospital Windsor Ontario* (1998) y Corte Suprema de Columbia Británica, *Patmore v. Weatherston* (1999).

prenatales no invasivos (NIPT, por sus siglas en inglés), por la omisión de su realización o por no advertir las falencias que estos *tests* pueden presentar.²⁸

En 1996, en el caso *R. H. v. Hunter*, la Corte de Justicia de Ontario reconoció una indemnización de tres millones de dólares a los padres de dos niños nacidos con distrofia muscular Duchenne,²⁹ como compensación de los daños sufridos a raíz de la falla de los médicos en realizar o sugerir realizar pruebas genéticas prenatales. En el fallo, los jueces llevaron a cabo una cuidadosa cuantificación de los daños. Entre las partidas indemnizatorias incluyeron lucro cesante, pérdida de ingresos futuros, necesidades médicas presentes y futuras de los hijos (como andadores, sillas de ruedas, instrumentos de asistencia respiratoria, barreras de apoyo, rampas y demás elementos para adaptar el hogar a sus necesidades, perros guía, gastos de educación, recreación y transporte, entre otros). Los magistrados tuvieron en cuenta de que se trataba de una enfermedad progresiva y dividieron las partidas indemnizatorias según los diferentes períodos etarios de los niños.³⁰

En otros casos interesantes, diversas provincias canadienses han reconocido el derecho a una compensación cuando los profesionales médicos han fallado en advertir la presencia de anomalías congénitas en el feto, no han informado sobre la existencia de ciertos procedimientos o los riesgos para el feto de tomar ciertos medicamentos durante el embarazo.³¹

²⁸ Maeghan Toves y Timothy Caulfield “Physician Liability and Non-Invasive Prenatal Testing”, *Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada*, vol. 36, nro. 10 (2014): pp. 907-914.

²⁹ Una enfermedad de transmisión genética progresiva que provoca el debilitamiento de la estructura muscular del cuerpo, lo que afecta las habilidades motrices del niño, por lo que requiere cuidados constantes. Confr. Corte de Justicia de Ontario, *R.H. v. Hunter* (1996), párrafos 2 y ss.

³⁰ Corte de Justicia de Ontario, *R.H. v. Hunter* (1996), párrafos 22 y ss.

³¹ Ver Corte Suprema de Columbia Británica, *Krangle v. Brisco* (1997) y *Jones v. Rostvig* (1999); y Corte de Apelaciones de Manitoba, *Lacroix v. Dominique* (1999).

D. Marco legal en el derecho argentino

En este apartado se enumerarán las herramientas legales disponibles en nuestro ordenamiento jurídico, como marco teórico, que luego se desarrollarán para analizar la posible admisibilidad de las acciones.

En primer lugar, para que pueda atribuirse el deber de reparar, nuestro sistema de responsabilidad civil requiere la presencia de cuatro presupuestos, estos son: antijuridicidad (art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante, “CCNN” o “Código”), factor de atribución (art. 1721, CCCN), daño (art. 1737, CCCN) y relación de causalidad (art. 1726, CCCN).

En segundo lugar, contamos con diversas leyes a las que podemos echar mano. A principios del año 2021, con la sanción de la Ley 27.610 se reguló el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo de toda persona con capacidad de gestar hasta la semana 14, inclusive, del proceso gestacional.³² En nuestro país, en consecuencia, cuando se reclame que por negligencia médica una persona vio privada su oportunidad de tomar una decisión informada de interrumpir el embarazo, esa acción procederá siempre que la enfermedad o discapacidad del feto fuera detectable mediante estudios de rutina dentro de las semanas del embarazo en los que la ley permite interrumpirlo.

También resulta de aplicación la Ley 26.529 sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, reformada por la Ley 26.742. Esta normativa dispone que el paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. Se entiende por información sanitaria a aquella que de manera clara, suficiente, y adecuada a la capacidad de comprensión

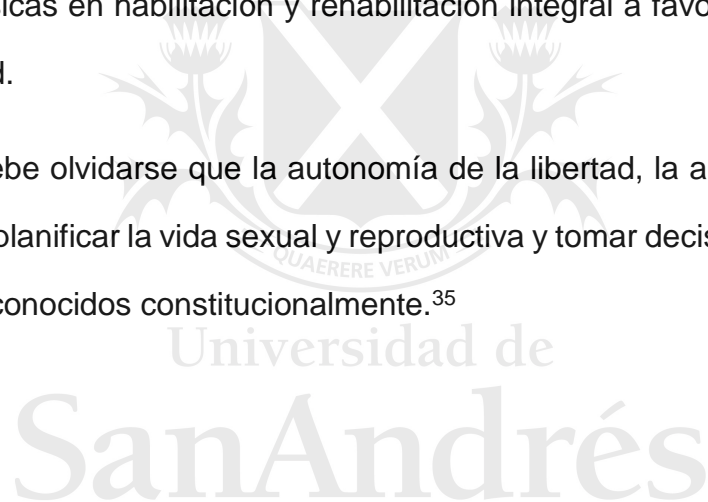
³² Ley 27.610, 2021, arts. 1° y 4°.

del paciente le permita conocer sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fuere menester llevar a cabo y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de ellos.³³

Por su parte, la Ley 22.431 establece un Sistema de Protección Integral de los Discapacitados. Según esta regulación, se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional y permanente o prolongada, física o mental, que con relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.³⁴

Mediante la Ley 24.901 se reforma parcialmente la ley anterior y se fija un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.

Por último, no debe olvidarse que la autonomía de la libertad, la autodeterminación, la posibilidad de planificar la vida sexual y reproductiva y tomar decisiones informadas son derechos reconocidos constitucionalmente.³⁵



³³ Ley 26.529, 2009, arts. 2°, inc. f) y 3°.

³⁴ Ley 22.431, 1981, art. 2.

³⁵ Artículo 19, Constitución Nacional.

III. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE *WRONGFUL BIRTH* EN EL DERECHO ARGENTINO

A. *Presupuestos de la responsabilidad*

Como se mencionó anteriormente, para que se configure un caso de responsabilidad civil deben estar presentes los cuatro presupuestos –antijuridicidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad–; por lo que compete abocarse a estudiar si concurren o no, y en qué medida, en las reclamaciones por *wrongful birth*.

Cada uno de estos elementos tiene autonomía conceptual y cuando todos confluyen nace la obligación de reparar el daño a cargo del responsable y a favor del damnificado.

1. *La conducta antijurídica y legitimación*

Por un lado, según el artículo 1717 del Código, cualquier acción u omisión que causa un daño a otro, si no está justificada, es antijurídica. En las demandas de *wrongful birth*, el hecho contrario al ordenamiento jurídico sería el accionar del profesional de la salud que, pudiendo hacerlo, no detecta en los estudios prenatales alguna enfermedad o malformación en el feto; la omisión de su realización o de informar sobre tales factores.³⁶ Las demandas típicas involucran errores en advertir sobre potenciales defectos al nacimiento u enfermedades que sufrirá el niño; diagnóstico incorrecto sobre el feto; entre otros. Cada uno de estos supuestos impide a los progenitores tomar una decisión informada sobre la posibilidad de interrumpir el embarazo, lo cual les genera un perjuicio.³⁷

Por otro lado, la legitimación para obrar es el derecho que tiene una persona para reclamar respecto de otra una pretensión durante el proceso judicial. La legitimación

³⁶ Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1717.

³⁷ Frasca, "Negligent Beginnings", p. 188.

activa en las acciones de *wrongful birth*, es decir, los sujetos titulares del derecho en que se funda la pretensión sería, en principio, de los progenitores. Por su parte, la legitimación pasiva, que habilita a contradecir la pretensión de los actores, la tendría todo profesional de la salud que haya actuado negligentemente y también las instituciones médicas en las que desarrolla su servicio; obras sociales, mutuales, prepagas y compañías de seguro.³⁸

A mi entender, ambos progenitores tendrían legitimación activa para entablar una acción de este tipo, puesto que ambos sufren daños derivados del actuar u omitir negligente médico. En ciertos casos se ha entendido que la persona no gestante carece de legitimación activa para demandar, puesto que el aborto es una práctica inherente a la persona gestante e intransferible.³⁹ En nuestro país, la Ley 27.610 dispone que el derecho a decidir interrumpir el embarazo corresponde a la persona con capacidad de gestar. A pesar de ello, la forma de sortear lo que parecería una objeción es entender que; sea o no facultad exclusiva de la persona gestante decidir sobre la continuación o interrupción del embarazo, la conducta médica no solo quita la posibilidad de recurrir a un aborto, sino que también atenta contra el derecho de recibir información médica adecuada; impide prepararse mentalmente para la crianza de un niño con problemas de salud, genera daños morales, produce lucro cesante si obliga a un progenitor, o a ambos, a abandonar, temporalmente o no, su trabajo para dedicarse a la crianza del niño y demás daños que serán tratados seguidamente, que no se circunscriben solo al aborto y son padecidos por ambos progenitores y su círculo familiar.

³⁸ Zabaleta, "Daño por nacer", pp. 39-40.

³⁹ Este fue el caso de la Sala Tercera del Tribunal Supremo Español en el caso "STS 92/2007" del 5 de diciembre de 2007, porque entendió que la ley que permite la interrupción del embarazo en España otorga un derecho personal e intransferible a la madre. Ver Zabaleta, "Daño por nacer", p. 40.

En línea con el argumento anterior se manifestaron el Juzgado de Primera Instancia N.º 1 español al otorgar una compensación económica a ambos progenitores, al niño con síndrome de Down y a los demás hijos de la pareja; y la Sección Dieciséis de la Audiencia Provincial de Barcelona al obligar a los demandados a otorgar una indemnización a cada uno de los progenitores, también a la hija anterior del matrimonio y una renta vitalicia ajustada a la inflación para el menor que nació con síndrome de Down.⁴⁰

Entendiendo entonces quiénes son las personas habilitadas a demandar por *wrongful birth*, bastará verificar que se cumpla con los requisitos de la responsabilidad civil para decidir sobre la procedencia o no de la acción.

2. El factor de atribución en la responsabilidad médica y estudios prenatales

i. Factor de atribución

En el caso bajo estudio, como regla, el médico asume obligaciones de medios –como realizar un seguimiento del embarazo, practicar estudios de rutina y demás cuestiones que luego se detallan–, procurando realizar de manera diligente todos aquellos actos que correspondan y permitan a la persona gestante contar con la información necesaria para el pleno desarrollo de su autonomía de la voluntad.⁴¹

Por ende, la sola no detección de la enfermedad o malformación que puede presentar el feto no genera la responsabilidad civil del profesional, sino que para ello es imperativo que se alegue y pruebe su culpabilidad, es decir, que no obró con la diligencia e idoneidad que las circunstancias requerían (art. 774, CCCN). La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y

⁴⁰ Zabaleta, “Daño por nacer”, pp. 41-42.

⁴¹ Ramón D. Pizarro y Carlos G. Vallespinos, “Capítulo XXII: Responsabilidad civil de los profesionales”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Parte Especial (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores), pp. 559-560.

las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión (art. 1724, CCCN). Está sujeta a la noción de previsibilidad, en tanto la culpa del médico consistirá en la falta de previsión de los eventos que eran previsibles y probables. En este sentido, en las acciones aquí estudiadas será responsable en tanto y en cuanto no se comporte diligentemente, por ejemplo, (i) no proporcionando a los progenitores información suficiente y precisa sobre anomalías genéticas; (ii) si comete un error en el diagnóstico; (iii) al no seguir los estándares de cuidado esperado en esos casos; (iv) omitir las pruebas adecuadas y de rutina; o (v) no advertir factores de riesgo genéticos en antecedentes familiares.

Asimismo, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia que se le exige al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias de su obrar u omitir.

Cobra aquí protagonismo la Ley 26.529 sobre Derechos del Paciente anteriormente mencionada. Esta normativa dispone que el paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. Se entiende por información sanitaria a aquella que de manera clara, suficiente, y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente le permita conocer sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fuere menester llevar a cabo y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de ellos.⁴² En este marco legal, la persona gestante tiene derecho a que se le realicen los *estudios prenatales* correspondientes exigidos por los estándares del deber médico y que oportunamente se le informe de los resultados, posibles complicaciones durante el embarazo, malformaciones, discapacidades u otras afecciones a la salud que presente o pueda presentar el feto; siguiendo los

⁴² Ley 26.529, 2009, arts. 2°, inc. f) y 3°.

estándares antes mencionados, para conocer su estado de salud y tomar decisiones al respecto en uso de su autonomía de la voluntad, también reconocida por ley.⁴³

ii. Estudios prenatales y alcances de la responsabilidad

Los estudios prenatales son los exámenes realizados durante el embarazo a fin de controlar la salud de la persona gestante y del bebé; detectar afecciones que puedan ponerlo en riesgo y deformaciones congénitas o anomalías cromosómicas. Estos exámenes pueden ser de dos tipos, de cribado (solo pueden revelar la posibilidad de un problema) y de diagnóstico (permiten identificar si un feto tiene un problema específico).⁴⁴

Los controles son diferentes en cada etapa del estadio gestacional. En este trabajo, dado que es presupuesto para la procedencia de la acción que esté permitido el aborto, y en nuestro sistema la interrupción del embarazo es posible hasta la semana 14, –conforme al art. 4 de la Ley 27.610 previamente enumerada–, los estudios médicos que se analizan a continuación corresponden a dicho período.

En este sentido, durante ese tiempo, el médico revisa la historia médica del paciente para conocer los antecedentes personales y familiares y le entrega al paciente un carné perinatal (libreta sanitaria, resumen de historia clínica o similar). También se realiza un examen físico completo de rutina (medición de la presión sanguínea, control del peso y génito-mamario, talla, altura uterina, examen pélvico y de las mamas) para evaluar el estado de salud general y el crecimiento del útero. Además, se solicitan análisis de sangre y de orina para descartar, por ejemplo, la presencia de enfermedades infecciosas que puedan transmitirse vía uterina. A su vez, se indican

⁴³ Ley 26.529, 2009, art. 2°, inc. e).

⁴⁴ Nemours Children's Health, "Exámenes prenatales: Primer trimestre", revisado por el doctor Think Phu Nguyen (julio de 2022). Disponible en: <https://kidshealth.org/es/parents/tests-first-trimester.html>.

ecografías entre las semanas 11 y 14; se verifica el calendario de vacunación y se aconseja sobre signos de alarma para una consulta urgente, hábitos saludables y la preparación de las mamas para la lactancia.⁴⁵

Durante el desarrollo embrionario, se registra el peso de la persona embarazada en cada consulta para monitorear el aumento de peso adecuado, la tensión arterial y se ordenan varias ecografías para llevar un seguimiento del crecimiento del feto. A lo largo del primer trimestre, se ofrecen más análisis según la edad, salud y antecedentes familiares de la persona gestante, como un cribado. Este incluye un análisis de sangre y una ecografía y ayuda a determinar si existen riesgos de que el feto presente una anomalía cromosómica o deformaciones congénitas. A partir de la semana 10, se puede llevar a cabo una prueba de detección genética no invasiva (NIPS) para conocer si existe riesgo de alteraciones cromosómicas. Este estudio no es de diagnóstico y se suele ofrecer en embarazos de riesgo. Entre las semanas 10 y 12 se pueden controlar las células de la placenta para ver si el bebé nacerá con un trastorno cromosómico específico (muestreo del vello coriónico).⁴⁶

Asimismo, durante los primeros tres meses, se suele realizar, por un lado, una translucencia nucal, una prueba de ultrasonido para examinar la existencia de anomalías genéticas en el feto. Por el otro, se realizan dos pruebas de sangre para medir dos sustancias (proteína plasmática y hormona hCG) que si se presentan en niveles anormales, se asocia con un mayor riesgo de anormalidad cromosómica.⁴⁷

Estos suelen ser los procedimientos generales y de rutina, los cuales pueden variar de acuerdo a las políticas médicas, los recursos disponibles y las necesidades

⁴⁵ Ministerio de Salud Argentino, "Control antes de la semana 20 (hasta el cuarto mes)". Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/salud/crecerconsalud/embarazo-parto-puerperio/embarazo/cadacontrol/antessemana20>.

⁴⁶ Nemours Children's Health, "Exámenes prenatales".

⁴⁷ Stanford Medicine – Children's Health, "Pruebas comunes durante el embarazo". Disponible en: <https://www.stanfordchildrens.org/es/topic/default?id=common-tests-during-pregnancy-85-P04340>.

individuales en el caso concreto. Por otro lado, dependiendo de los factores de riesgo y las preferencias del paciente, se pueden ofrecer pruebas adicionales, como la biopsia de vellosidades coriales, amniocentesis o análisis del ADN fetal en sangre materna, para detectar anomalías. Mediante la biopsia corial se extrae una pequeña cantidad de la placenta en desarrollo (llamada corión). Puede realizarse desde la semana 11 en adelante, permite estudiar los cromosomas del bebé y detectar alternaciones metabólicas.⁴⁸ La amniocentesis, que se puede realizar entre las semanas 14 y 20, es una prueba diagnóstica que analiza las células fetales presentes en el líquido amniótico, denominadas amniocitos; y está indicada para casos específicos.⁴⁹

Se debe tener en cuenta que estas últimas pruebas no son de rutina, conllevan riesgos para la persona gestante y el feto, son mucho más costosas y suelen no estar cubiertas por las obras sociales y la medicina prepaga.

El médico será responsable si omite los estudios de rutina o comete errores al hacerlos y falla en detectar un claro factor de riesgo o de alerta que otro profesional en su lugar hubiera detectado.⁵⁰ Con su accionar, priva a la persona gestante de la oportunidad de interrumpir el embarazo dentro del plazo legalmente establecido y el feto nace con esas dolencias.

Sin embargo, y considero que dejar esto asentado es esencial, no será responsable por el mero hecho de no (aconsejar) realizar los segundos procedimientos descriptos, por ser estos excepcionales y menos frecuentes. En todo caso, responderá si las circunstancias del caso ameritaban que al menos informe al paciente sobre la

⁴⁸ Genetrix, “Biopsia de Vellosidades Coriales y Amniocentesis”. Disponible en: <https://genetrix.com.ar/estudios-geneticos/biopsia-de-vellosidades-coriales/>.

⁴⁹ Mayo Clinic, “Amniocentesis”. Disponible en: <https://www.mayoclinic.org/es/tests-procedures/amniocentesis/about/pac-20392914> (diciembre 2022).

⁵⁰ David Hirsch, “Rights and Responsibilities in Wrongful Birth / Wrongful Life Cases”, *University of New South Wales Law Journal*, vol. 29, nro. 2 (2006): p. 233.

existencia de esas técnicas, o cuando fueran solicitadas y cometiera errores en su realización.

3. El daño resarcible

Es menester para que proceda la acción que exista un daño injustamente causado a otro. Esto constituye el epicentro de la responsabilidad, al punto tal de que esta no existe sin la presencia un daño material o extrapatrimonial resarcible.

Definir correctamente el daño es esencial para la procedencia de la acción. El perjuicio en estos casos no sería la condición del niño (que no tiene relación de causalidad adecuada con el accionar del médico), sino la privación de la persona gestante del derecho a recibir información y la posibilidad de decidir la interrupción del embarazo. Se desarrollan estas ideas seguidamente.

A mi entender, el daño causado no es la vida misma, o la discapacidad del niño. Definirlo de esta manera ha llevado a muchos tribunales a rechazar las acciones por considerar que la vida es sagrada, que no se puede comparar la vida con la no vida para cuantificar los daños, que admitirlas fomentaría prácticas eugenésicas y demás argumentos que, en mi opinión, no son correctos o pertinentes porque parten de una definición del daño distinta a la que creo acertada. El enfoque no debería estar en la enfermedad del niño, o en el hecho de que haya nacido, puesto que el médico no la ha causado con su accionar. Lo que el profesional ha hecho con su conducta negligente es no informar adecuada y oportunamente a los progenitores sobre esa situación y los ha privado de tomar decisiones en consecuencia, sea interrumpir el embarazo, o no hacerlo, o poder prepararse para satisfacer las necesidades de ese niño. Los derechos en juego que se ven vulnerados son la autonomía de la voluntad de los padres, a tomar una decisión informada, decidir su plan de vida y planificación familiar. Por tanto, no está envuelto, a mi parecer, el derecho a la vida o no vida del niño.

Al definir de la manera aquí propuesta el daño, pueden evitarse confusiones y discusiones morales, éticas y religiosas sobre el aborto o la santidad de la vida que, sin quitarles mérito, no son oportunas en esta ocasión. En próximos apartados, analizaré la procedencia y cuantía de estos potenciales daños, sean patrimoniales o extrapatrimoniales (una de las cuestiones más espinosas en la materia).

4. Relación de causalidad

El cuarto y último presupuesto que deberá verificarse para que la acción u omisión médica tenga la entidad suficiente para dar lugar a una indemnización es la existencia de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño. En otras palabras, debe haber una relación de causa y efecto entre ambos factores. Primero se debe hacer el ejercicio desde el punto de vista empírico o fáctico de los hechos. Superado eso, se debe dilucidar si existe causalidad jurídica, es decir, si el sujeto debe responder y en qué medida por el daño ocasionado. La respuesta que se les dé a estos interrogantes dependerá de la teoría de relación de causalidad que se siga.

Nuestro Código adopta la teoría de la causalidad adecuada. Según ella, es causa de cierto resultado aquel hecho que, de acuerdo a lo que suele suceder, en función de las reglas de la experiencia, lo produce normalmente. Aquí tiene un rol importante la previsibilidad, puesto que implica preguntarse cuál es resultado que se sigue de determinada conducta.⁵¹

Partiendo de esa base, se entiende que el actuar del galeno (o su omisión) desata una serie de acontecimientos que producen daños patrimoniales y extrapatrimoniales a los progenitores del niño, como la imposibilidad de decidir la continuación o interrupción del embarazo, de prepararse adecuadamente (en lo económico y lo emocional) para la crianza de un niño con discapacidades o enfermedades, el impacto

⁵¹ Zabaleta, "Daño por nacer", pp. 105 y ss.

psicológico y la angustia, los costos extraordinarios, la pérdida de autonomía, la afección al plan de vida, entre otros. Por ende, del no brindar la información adecuada oportunamente, no realizar los procedimientos de rutina o hacerlo de manera errónea (conducta antijurídica) se siguen los daños antes mencionados, ergo, se comprueba la relación de causalidad.

5. Conclusiones preliminares

En función de lo precisado, para que se configure un supuesto de responsabilidad por *wrongful birth* deben concurrir todos los presupuestos antes mencionados. El galeno será responsable si se ha comportado de manera negligente, no idónea, y no por el mero hecho de que los progenitores no hayan podido optar por interrumpir el embarazo por desconocer el estado de salud del feto. Lo anterior no genera responsabilidad *per se*, sino que es necesario que el daño previamente descrito sea responsabilidad del accionar antijurídico del médico, porque no llevó a cabo las pruebas de rutina pertinentes, o lo hizo de manera incorrecta culposamente, o porque no las informó, o no a tiempo para permitir a los afectados tener la chance de tomar la decisión que más se ajuste a su plan de vida. En esta línea de ideas, si los progenitores alegan haber sufrido un perjuicio pero este no ha sido causado por el accionar antijurídico médico, no habrá entonces un daño injustamente causado, sino injustamente sufrido, no susceptible de reparación. La apreciación de la culpa “debe hacerse en abstracto, tomando como modelo de comparación el arquetipo del buen profesional, ni el mejor, ni el superhombre de Nietzsche, ni un héroe, pero tampoco el peor, el descuidado, el ignorante, el desidioso, el desaprensivo”.⁵²

Ante esto, el juez deberá valorar la conducta en el caso concreto, atendiendo a la naturaleza de la obligación y circunstancias personales y témporo-espaciales. Deberá

⁵² López Mesa y Trigo Represas en Pizarro y Vallespinos, “Responsabilidad civil de los profesionales”, p. 571.

efectuarse la valoración de la culpabilidad caso por caso, con realismo, ateniendo a los estándares antes mencionados y teniendo en cuenta las limitaciones que el conocimiento científico tiene, los niveles difundidos en el país y la disponibilidad por parte de las entidades hospitalarias de los instrumentos y herramientas necesarias para el diagnóstico y tratamiento. Con todo ello, los criterios judiciales en la materia serán más bien restrictivos y, para que exista responsabilidad, deberá comprobarse acabadamente su culpabilidad.⁵³

B. Respuestas a las objeciones

Conforme fuera mencionado, este tema suele generar controversias que han sido anteriormente clasificadas. Seguidamente, intentaré dar respuesta a cada uno de aquellos argumentos.

Respecto de las objeciones de carácter *semántico* y de *moral pública* –recordemos que tienen en común la idea de que admitir este tipo de casos subcomunicaría la existencia de vidas menos valiosas, injustas–, cabe acotar que el reconocimiento de una compensación no implica necesariamente efectuar un juicio de valor sobre la vida (sana o no) del niño. Una de las equivocaciones que suelen cometerse es no diferenciar entre el daño –entendido como los costos de manutención del niño– y la vida misma del niño, la cual no es considerada como dañina.

Insisto, otorgar una indemnización no implica estigmatizar o discriminar a las personas que presentan alguna discapacidad. Lo que se busca reparar es el daño sufrido por los progenitores, restablecer el equilibrio existente antes del evento dañoso, compensarlos por los costos excepcionales que trae aparejada la crianza de

⁵³ Pizarro y Vallespinos, “Responsabilidad civil de los profesionales”, pp. 571-572.

un niño en estas condiciones; y no por el hecho de tener un hijo con alguna discapacidad.

Lo “injusto” aquí –utilizando una de las traducciones propuestas– no es la vida con discapacidad, sino la acción u omisión negligente de los profesionales de la salud médica que obsta el ejercicio pleno del derecho de autonomía, la planificación familiar y la toma de decisiones informadas. La acción de *wrongful birth* se presenta entonces como una respuesta a una situación específica en la que el accionar antijurídico del proveedor de salud originó un daño resarcible.

En este sentido, coincido plenamente con el juez Raad de la Corte Suprema de Dinamarca cuando señala que otorgar una compensación por los costos de crianza no está en conflicto con el valor del niño como persona y uno no puede simplemente privar a los progenitores de la posibilidad de reclamar los daños sufridos y que les sean efectivamente reparados.⁵⁴ También se ha manifestado al respecto el Tribunal Federal de Justicia de Alemania y ha dicho que referirse al niño como una fuente de daño es un argumento emotivo pero configura una simplificación impropia e improcedente y no es apta para resolver este tipo de acciones.⁵⁵

En definitiva, con las reparaciones se persigue proteger los derechos reconocidos constitucionalmente mencionados en el Capítulo II, se busca consagrar la autonomía y la autodeterminación de los progenitores, su facultad de decidir por ellos mismos cuántos hijos tener y si tenerlos, de contar con información correcta al hacerlo, de trazar su plan de vida y familia como más lo deseen. Si reconocemos estos derechos pero no imponemos sanciones cuando se ven vulnerados, serían “vacíos”, meramente formales y no se generarían los incentivos adecuados para lograr cierto nivel de conducta y diligencia de nuestros profesionales médicos. Como se dijo en

⁵⁴ Ver Steininger, “Wrongful Birth and Wrongful Life”, p. 130.

⁵⁵ BGH en Steininger, “Wrongful Birth and Wrongful Life”, p. 130.

“Chester v. Afshar”, un caso del 2004 de Reino Unido sobre mala praxis médica: “la función del derecho es permitir que los derechos sean reivindicados y proveer remedios cuando se han incumplido los deberes. A menos que esto sea hecho, el deber será vacío, despojado de toda fuerza práctica y vacío de todo contenido”.⁵⁶

Lo anterior se puede relacionar con la función preventiva del derecho de daños que busca y prioriza desincentivar ciertas conductas indeseadas y promover aquellas esperables en vez de una reparación ulterior al daño. No dudo que permitir estas reclamaciones nos permitirá conducir las acciones de los profesionales médicos en la dirección que queramos y evitará crear cierto tipo de inmunidad que se fomentaría si su accionar (u omitir) negligente no fuera sancionado.

Por último, creo que lejos de pensar que admitir compensaciones económicas en demandas de este tipo va a implicar considerar menos valiosas a ciertas vidas, va a permitir hacer frente a los costos extraordinarios que se presentan y asegurar que los progenitores puedan cumplir con las necesidades de los hijos que presentan ciertas discapacidades o enfermedades.

En cuanto a las críticas referidas a las *afecciones psicológicas* que sufriría el niño al conocer la acción promovida por sus padres; el conceder una reparación no implica que el menor ya nacido no sea amado o aceptado por su familia. Este argumento no debería ser razón de peso para dejar sin compensación al daño sufrido por los progenitores al haber perdido su oportunidad de optar por interrumpirlo; compensación que, dicho sea de paso, es favorable para garantizar el bienestar durante la crianza.⁵⁷

⁵⁶ Giesen, “Of Wrongful Birth, Wrongful Life”, p. 269. La traducción es propia. Cita original en inglés: “The function of the law is to enable rights to be vindicated and to provide remedies when duties have been breached. Unless this is done the duty is a hollow one, stripped of all practical force and devoid of all content”.

⁵⁷ Steininger, “Wrongful Birth and Wrongful Life”.

Referente a los argumentos clasificados como de *aceptación tácita*, recordemos que engloban las ideas de aquellos que entienden que el reclamo debe ser rechazado si los progenitores no hubieran optado por un aborto y que ellos aceptan los costos de manutención al criarlo. A mi entender, lo primero constituye un contra fáctico: no puede conocerse qué decisión hubieran tomado sobre la continuación o interrupción del embarazo. Dicho esto, la acción de *wrongful birth* tampoco exige como prerequisite para su admisión la demostración de que se hubiera abortado de haber conocido la información sobre el estado de salud del feto oportunamente. Por ende, considero que este factor debería ser irrelevante en la determinación de la procedencia del reclamo del daño efectivamente sufrido. Este criterio ha sido adoptado, por ejemplo, por un tribunal federal de distrito de New Jersey;⁵⁸ y sin dudas considero que es el que deberían tener en cuenta los jueces argentinos cuando se presenten casos de este tipo ante sus salas. Por otro lado, el hecho de asumir la crianza de un hijo no implica aceptar tácitamente los gastos extraordinarios que conlleva ni ver modificado su proyecto de vida y ser privados de su autonomía reproductiva.

Relativo a las objeciones que reprochan a las personas involucradas el iniciar estas acciones, propongo repensar el *enfoque* detrás de esas ideas para entender que ellas no son sino víctimas que merecen una compensación. Al respecto, coincido con la idea de que los casos en los que se requiere a la demandante alegar que hubiera abortado a su hijo y se la fuerza a construir una narrativa negativa sobre su experiencia de crianza, tiene el potencial de dañarla y desincentivarla a iniciar una

⁵⁸ Confr. Medina. “Capítulo XI: Wrongful Birth”, p. 444.

acción. Así, un sistema que debería servir para consagrar sus derechos y reparar los menoscabos sufridos, termina siendo revictimizante.⁵⁹

Finalmente, en lo que concierne a los argumentos que sugieren sopesar los costos y los beneficios, estimo correcta la postura adoptada por algunos jueces de Alemania que piensan que las ventajas no patrimoniales, como la alegría generada por la incorporación del niño a la familia no deben ser tenidas en cuenta al evaluar los daños patrimoniales sufridos por los progenitores, dado que estos aspectos no son comparables.⁶⁰ Con respecto al tema de los *incentivos* que generaría en los médicos y que los llevaría a sugerir siempre un aborto para resguardarse, puedo contraargumentar que es decisión de los progenitores, no del galeno, optar o no por la interrupción del embarazo y este último solo será responsable en la medida en que haya actuado negligentemente, teniendo en cuenta las precisiones desarrolladas en apartados anteriores. Es más, responderá tanto si impidió a los padres optar por un aborto como si les brindó información errónea sobre una enfermedad que en realidad no existía y, a causa de ello, se interrumpió el embarazo. Al responder a argumentos anteriores, también se hizo referencia a que admitir compensaciones permitiría resguardar derechos y generar incentivos para que los profesionales sanitarios refuercen las medidas de prevención y cuidado.

Hasta aquí se ha trazado una diferencia entre la vida del niño y los costos asociados al deber de mantenerlo, se ha dejado asentado que estos casos pueden encuadrarse fácilmente en las leyes de responsabilidad civil y que el daño debe ser resarcido. El siguiente paso es precisar los tipos de daños causados y embarcarse en la difícil tarea de su cuantificación.

⁵⁹ Para ampliar sobre este tema, consultar autores como Sofia Yakren, “«Wrongful Birth» Claims and the Paradox of Parenting a Child with a Disability”, *Fordham Law Review*, vol. 87, nro. 2 (2018): pp. 583-628.

⁶⁰ Confr. Steininger, “Wrongful Birth and Wrongful Life”, p. 137.

C. Tipos de daños e incertidumbres en su cuantificación

Los daños a compensar pueden ser patrimoniales o no patrimoniales. Se analizará cada uno y luego las formas de justipreciarlos.

El daño patrimonial se define como “una modificación disvaliosa del patrimonio de una persona, producto (‘consecuencia’) de la lesión a un interés patrimonial (...); y que se traduce en un modo de estar distinto del patrimonio producto de ese hecho lesivo, y económicamente perjudicial”.⁶¹ Según el art. 1738 del CCCN, abarca el daño emergente, el lucro cesante y la pérdida de chances. En el caso bajo estudio, los menoscabos de este primer grupo podrían incluir los derivados directamente de llevar el embarazo a término; las erogaciones inmediatas posteriores al nacimiento hasta los gastos de crianza del niño, no cubiertos por el estado o las prestaciones de salud privadas, en los que se incurra hasta su mayoría de edad o hasta que sus progenitores sean legalmente responsables por él. Así, quedan comprendidos, por ejemplo, los costos: (i) médicos: de consultas, hospitalización, cirugías y terapias asociados al cuidado del niño con discapacidad o alguna enfermedad; (ii) educativos: relacionados con las necesidades especiales de educación, como contar con un tutor u otros servicios adicionales; (iii) de adaptación del hogar según las necesidades concretas; entre otros. También abarca la pérdida de ingresos de uno u ambos progenitores debido a la necesidad de abocarse al cuidado del niño.

Cabe remarcar dos cuestiones. Por un lado, considero que de todas las partidas indemnizatorias mencionadas, deben compensarse los costos adicionales o excepcionales que supone el nacimiento del niño, en comparación con los que trae aparejado la crianza de un niño sano. En otras palabras, corresponderá una indemnización en la medida en que se produzcan costos extra. Al respecto se ha

⁶¹ Federico Ossola, “El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral. Dificultades y propuestas”, *Thomson Reuters* (2017): p. 3.

pronunciado el Tribunal de Apelaciones inglés en el caso *Parkinson*, en el que se entendió que a los progenitores de un niño con discapacidades se les debía otorgar una compensación por los costos adicionales relacionados con esa discapacidad.⁶²

Por otro lado, en nuestro país muchos de estos costos son cubiertos por el estado o las obras sociales. La Ley 22.431 antes mencionada creó un Sistema de Protección Integral de los Discapacitados que prevé que los organismos estatales prestarán a las personas con discapacidad que no cuenten con obras sociales, y en la medida en que no puedan afrontarlos, servicios como rehabilitación integral, formación laboral o profesional, préstamos y subsidios destinados a facilitar su actividad laboral o intelectual, regímenes diferenciales de seguridad social, escolarización con los apoyos necesarios previstos gratuitamente, y orientación o promoción individual, familiar y social. De esta manera, el Estado les provee servicios especiales en los centros de salud; obliga a los organismos y empresas estatales a emplearlos; y les brinda seguridad social.

Mediante la Ley 24.901 se reforma parcialmente la ley anterior y se fija un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad. Particularmente, la ley dispone ciertas prestaciones básicas que las obras sociales están obligadas a cubrir en su totalidad, tales como: acceso a equipos interdisciplinarios; acciones de evaluación y orientación individual, familiar y grupal; programas que favorezcan su integración social y su inserción en el sistema de prestaciones básicas, de rehabilitación, terapéutico-educativas, educativas y asistenciales; educación inicial; formación laboral; centros de rehabilitación psicofísica y motora; apoyo psicológico para el grupo familiar; entre muchas otras.

⁶² Confr. Steininger, "Wrongful Birth and Wrongful Life", p. 144.

Un punto destacable de la ley es que establece que la persona gestante y el niño tienen garantizados, desde el momento de la concepción, controles, atención y prevención adecuados para su óptimo desarrollo físico-psíquico y social. En caso de que existan factores de riesgo, fija que se deben extremar los controles, asistencia, tratamientos y exámenes complementarios necesarios para evitar la patología o detectarla tempranamente. Asimismo, contempla los estudios de diagnóstico y control y la orientación preventiva de los miembros del grupo familiar que presentan patologías de carácter genético-hereditario.⁶³

Como muestran las dos últimas leyes mencionadas, el Estado argentino cubre gran parte los gastos para garantizar la protección integral de los discapacitados. De esta manera, la indemnización que eventualmente deberán pagar los médicos o la institución en la que estos trabajen estará destinada a satisfacer aquellos costos no cubiertos por el Estado, las obras sociales o las medicinas prepagas.

En cuanto a los daños morales o extrapatrimoniales, estos son definidos como toda modificación disvaliosa del espíritu de una persona, también producto de la lesión a un interés extrapatrimonial traducida en un modo de estar de la persona diferente, producto de aquel hecho lesivo y anímicamente perjudicial.⁶⁴

Este concepto tiene un rango de alcance muy amplio y permite receptor los más vastos tipos de menoscabos derivados de un evento dañoso. Se incluyen bajo este gran paraguas el dolor y sufrimiento emocionales, las afecciones psicológicas, la angustia, los daños a los que se enfrenta la familia que no fue informada a tiempo y, por ende, no pudo prepararse emocionalmente ni capacitarse para esta situación, la interferencia con derechos personalísimos como la autonomía reproductiva y daños

⁶³ Ley 24.901, 1998, arts. 1°, 2°, 14-18, 20-23, 26, 27, y 39, inc. a).

⁶⁴ Ossola, "El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral", p. 3.

al proyecto de vida.⁶⁵ Este último concepto es complejo de precisar, implica sueños y expectativas de cada persona, deseos de realización personal en campos como el trabajo, las relaciones sociales, el amor, la conformación de una familia y muchos otros. Cuando este proyecto es alterado negativamente por el accionar de un tercero, se produce un daño que obsta la realización del plan que el individuo ha imaginado.⁶⁶

Una vez que se ha determinado que el perjuicio debe ser resarcido, la reparación no tiene en mira cuán mal se ha comportado el dañador, sino el detrimento sufrido por las víctimas, en este caso, los padres. Lo que se busca con la compensación es lograr una equivalencia entre el daño sufrido y el monto indemnizatorio, es decir, se persigue el restablecimiento del equilibrio mediante una reparación plena e integral (conf. art. 1740, CCCN). Para alcanzar esos estándares, el menoscabo debe ser fijado al momento de tomar la decisión, la indemnización no debe ser inferior ni superior al perjuicio, la apreciación debe formularse en concreto, y la reparación no debe ser superior al daño sufrido, lo que no es tarea fácil.⁶⁷

Respecto de la cuantificación de los daños patrimoniales, debería recurrirse a una típica fórmula matemática de valor presente de una renta no perpetua,⁶⁸ que básicamente contiene tres componentes. El primero sería la renta, debiendo el juez determinar cuál es el costo periódico adicional que deben afrontar los progenitores, sea porque tienen que abonarlo de su bolsillo o porque se trata de una tarea que

⁶⁵ El Tribunal de Apelaciones de Michigan, por ejemplo, entendió que dentro de los daños reclamados estaban incluidos el dolor y la ansiedad derivados del embarazo, los costos médicos y hospitalarios, y los costos de crianza y de cuidado del niño. Ver Medina, "Capítulo XI: Wrongful Birth", p. 442.

⁶⁶ Ver Federico Carestia, "El daño al proyecto de vida. Su falta de autonomía como rubro indemnizatorio en el Código Civil y las dificultades en su cuantificación", *Abeledo Perrot* (AP/DOC/834/2014): pp. 1 y 2.

⁶⁷ Adrián Oscar Morea, "La compensación del daño con el lucro", *Saij* (2020).

⁶⁸ Como la que, por ejemplo, propone el artículo 1746 del CCCN para justipreciar los daños a la integridad psicofísica, o los famosos fallos "Vuoto" o "Méndez" del fuero laboral. Ver Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III, *Vuoto Dalmero, Santiago y otros c. A. E. G. Telefunken Argentina S.A.* (1978) y Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III, *Méndez, Alejandro Daniel c. Mylba S.A. y otro* (2008).

deben realizar ellos mismos, impidiéndoles un ingreso económico que de otro modo habrían obtenido. Incluye, entre otros, costos médicos, de alimentación, de cuidado y educación excepcionales no cubiertos por obras sociales ni por el estado.⁶⁹ El segundo es el período por el cual debe concederse esa renta, que dependerá de la esperanza de vida de los padres o bien de la edad hasta la cual deban hacerse cargo legalmente del niño (lo que pudiese razonablemente proyectarse como anterior). Por último, el tercero sería la tasa de descuento –en tanto se trata de un adelanto de importes futuros–, que actualmente oscila entre un 2 y un 6% anual.⁷⁰

Por su parte, la cuantificación de los detrimentos no patrimoniales es una tarea sumamente difícil para cualquier tipo de caso judicial, y el aquí bajo estudio no es la excepción. En su artículo 1741, nuestro Código establece que el monto de la indemnización de este tipo de daños debe fijarse “ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan procurar las sumas reconocidas”.⁷¹ Dado que las afecciones espirituales no tienen un valor intrínseco, la suma dineraria actúa como una suerte de paliativo, en otras palabras:

“no se trata de ponerle un valor al daño moral, que no lo tiene; sino de que con el dinero en que se cuantifique la indemnización, éste permita la adquisición de bienes o servicios o bien realizar algún acto de contenido patrimonial que, de alguna manera, le permita a la víctima lograr algún bienestar espiritual”.⁷²

El importe determinado debe ser tal que permita al damnificado lograr algún tipo de bienestar espiritual o, en cierta medida, mitigar el padecimiento. Para establecer la

⁶⁹ Los tribunales deberán estimar los costos entendiendo que estos pueden variar en los diferentes períodos etarios, tal como han hecho los jueces canadienses en el fallo antes mencionado.

⁷⁰ Al respecto, ver Federico Carestia, “La incorporación de fórmulas matemáticas para la cuantificación del daño en caso de lesiones a la integridad psicofísica. Un paso necesario”, *EIDial.com – Biblioteca Jurídica Online* (2020).

⁷¹ Art. 1741, CCCN.

⁷² Ossola, “El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral”, p. 11.

cuantía, el juez deberá tener en cuenta la persona de la víctima y la situación dañosa para tratar, de manera prudente, de traducirla en dinero;⁷³ y su decisión deberá encontrarse razonablemente fundada (art. 3, CCCN).



⁷³ Ossola, "El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral, pp. 11 y 12.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La acción de *wrongful birth* en nuestro país cobra una especial relevancia en el marco de la reciente ley que regula el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. A medida que más personas tengan acceso al aborto, deberemos estar atentos a cómo los casos aquí presentados serán resueltos por nuestros tribunales. Si bien todavía no existen regulaciones específicas adicionales al respecto, considero que la actual normativa en materia de responsabilidad civil puede dar cuenta acabadamente de este tipo de demandas.

A lo largo de este trabajo, en primer lugar, a los fines de facilitar el análisis, se efectuaron precisiones teóricas sobre las implicancias y alcances de la acción. Se ha intentado brindar una definición que permita esclarecer la incertidumbre jurídica en la que se encuentran tanto los progenitores como los médicos y los operadores del sistema judicial. En este sentido, se remarcó que el daño no debe ser entendido como la vida misma o enfermedad del niño, sino como la privación de la oportunidad de tomar una decisión adecuada sobre el plan de vida y autonomía reproductiva. Esta salvedad permitió estudiar la cuestión desde otro enfoque, evitando distorsiones en el análisis jurídico.

En segundo lugar, desde el lado de la parte demandada, los médicos solo serán responsabilizados si se han comportado negligentemente, se puede demostrar su culpabilidad y concurren todos los elementos de la responsabilidad civil. Al respecto, se explicó que durante la etapa gestacional existen procedimientos de rutina que se espera que los profesionales realicen y que, de omitir hacerlos, errar en el diagnóstico o no informarlo oportunamente, se configurará el factor de atribución necesario para alegar la culpa médica. Por otra parte, no serán responsables por los resultados no previsibles ni por la omisión de aquellas técnicas no usuales o rutinarias, a menos que

las circunstancias del caso requieran que su existencia sea informada o que, al practicarlas, lo hagan erróneamente por imprudencia.

En tercer lugar, hallados responsables, responderán por aquellos costos extraordinarios que suponga la crianza de un niño que padece de afecciones físicas o psíquicas no cubiertas por el sistema estatal de salud ni por las obras sociales o medicina prepaga. Los daños a resarcir incluyen, además de los aspectos económicos, una dimensión moral. Su correcta identificación permitirá tres cosas. Por un lado, otorgar una adecuada compensación que permita paliar los daños sufridos por los progenitores. Por el otro, generar los incentivos adecuados para que los profesionales de la salud actúen con mayor prudencia en la asistencia prenatal, evitando conductas negligentes. Finalmente, lejos de que impliquen desvalorizar la vida con discapacidad, las indemnizaciones permitirán asegurar la satisfacción de las necesidades del niño, permitiéndole acceder a los tratamientos y recursos necesarios que le garanticen una vida de calidad.

Es esencial que nuestros jueces aborden las demandas llevadas ante ellos con cautela y sensibilidad, teniendo en cuenta todos los derechos involucrados, para arribar a decisiones prudentes y equitativas que aseguren la consagración de los derechos relacionados con la libertad reproductiva y la planificación familiar. Para ello, será muy beneficioso generar provechosas discusiones académicas y doctrinales antes, durante y luego de que se presenten los casos, que nos provean de pautas claras que orienten la toma de decisiones. Espero que este trabajo sirva como punto de partida para esos futuros debates. La definición precisa del daño, el análisis de los fundamentos legales y éticos involucrados, la correcta cuantificación de los daños y el nutrirnos de lo que han resuelto jueces de otros países permitirá sentar bases sólidas que den cuenta de todos los derechos en juego, generen los incentivos adecuados y faciliten abordar de manera justa los desafíos que plantea la acción de *wrongful birth* en Argentina.

BIBLIOGRAFÍA

BEY-BERKSON. “Wrongful Life, Wrongful Birth”. *Legal Reference Services Quarterly*, vol. 8, nro. 1-2 (1988): pp. 63–116.

CARESTIA. “El daño al proyecto de vida. Su falta de autonomía como rubro indemnizatorio en el Código Civil y las dificultades en su cuantificación”. *Abeledo Perrot* (AP/DOC/834/2014).

CARESTIA. “La incorporación de fórmulas matemáticas para la cuantificación del daño en caso de lesiones a la integridad psicofísica. Un paso necesario”. *EIDial.com – Biblioteca Jurídica Online* (2020).

Constitución de la Nación Argentina (1994).

Corte de Justicia de Ontario. *R.H. v. Hunter* (1996).

FRASCA. “Negligent Beginnings: Damages in Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life”. *Journal of Forensic Economics*, vol. 19, nro. 2 (2006): pp. 185–205.

GALÁN CORTÉS. “La acción de wrongful birth en nuestra jurisprudencia”. *Revista Española de Medicina Legal*, vol. XXII, nros. 84-85 (1998): pp. 10-14.

GARIBO-PEYRÓ. “El derecho a la vida cuando ésta es frágil como una exigencia de justicia: la perspectiva que ofrecen las acciones de «wrongful birth» y «wrongful life» sobre las personas con discapacidad”. *Persona y Derecho*, vol. 81 (2019): pp. 323-348.

Genetrix, “Biopsia de Vellosidades Coriales y Amniocentesis”. Disponible en: <https://genetrix.com.ar/estudios-geneticos/biopsia-de-vellosidades-coriales/>.

GIESEN. “Of Wrongful Birth, Wrongful Life, Comparative Law and the Politics of Tort Law Systems”. *THRHR*, vol. 72 (2009): pp. 257-273.

HENSEL. “The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions”. *Harvard Civil Rights-civil Liberties Law Review*, vol. 40, nro. 1 (2005): pp. 141-195.

HIRSCH. “Rights and Responsibilities in Wrongful Birth / Wrongful Life Cases”. *University of New South Wales Law Journal*, vol. 29, nro. 2 (2006): pp. 233–238.

JACKSON. “Wrongful Life and Wrongful Birth”. *The Journal of Legal Medicine*, vol. 17, nro. 3 (1996): pp. 349–381.

LEÓN SIERRA. “La vida como daño: un acercamiento a la acción de Wrongful Birth y su recorrido hasta el ordenamiento jurídico colombiano”. *Universidad Libre - Especialización en Responsabilidad Médica* (2019).

Ley 22.431 de Sistema de protección integral de los discapacitados, *B.O.* del 20/03/1981.

Ley 24.901 de Sistema de Prestaciones Básicas en habilitación y rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad, *B.O.* del 14/10/1998.

Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, *B.O.* del 20/11/2009.

Ley 26.994 – Código Civil y Comercial de la Nación, *B.O.* del 08/10/2014.

Ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, *B.O.* del 15/01/2021.

MACÍA MORILLO. “La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”. *Revista De Derecho*, nro. 27 (2007): pp. 3-37.

Mayo Clinic. "Amniocentesis". Disponible en: <https://www.mayoclinic.org/es/tests-procedures/amniocentesis/about/pac-20392914> (diciembre 2022).

MEDINA. "Capítulo XI: Wrongful Birth, Wrongful Life y Wrongful Pregnancy. Análisis de la jurisprudencia norteamericana. Reseña de jurisprudencia francesa". En *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

Ministerio de Salud Argentino. "Control antes de la semana 20 (hasta el cuarto mes)". Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/salud/crecerconsalud/embarazo-parto-puerperio/embarazo/cadacontrol/antessemana20>.

MOREA. "La compensación del daño con el lucro". Saij (2020).

Nemours Children's Health. "Exámenes prenatales: Primer trimestre". Revisado por el doctor Tinh Phu Nguyen (julio de 2022). Disponible en: <https://kidshealth.org/es/parents/tests-first-trimester.html>.

OSSOLA. "El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral. Dificultades y propuestas". *Thomson Reuters* (2017).

PIZARRO Y VALLESPINOS. "Capítulo XXII: Responsabilidad civil de los profesionales". En *Tratado de Responsabilidad Civil*", Tomo II, Parte Especial, pp. 511-625.

RAMEY. "Wrongful birth after Dobbs". SSRN (2022).

SCURRIA. "Cross-Country Comparative Analysis of Legislation and Court Rulings in Wrongful Birth Actions". *The Journal of Legal Medicine*, vol. 39, nro. 1 (2019): pp. 35–53.

Stanford Medicine – Children’s Health. “Pruebas comunes durante el embarazo”. Disponible en: <https://www.stanfordchildrens.org/es/topic/default?id=common-tests-during-pregnancy-85-P04340>.

STEININGER. “Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions”. *Journal of European Tort Law*, vol. 1, nro. 2 (2010): pp. 125-155.

TOWES Y CAULFIELD. “Physician Liability and Non-Invasive Prenatal Testing”. *Journal of Obstetrics and Gynaecology Canada*, vol. 36, t. 10 (2014): pp. 907-914.

YAKREN. “«Wrongful Birth» Claims and the Paradox of Parenting a Child with a Disability”. *Fordham Law Review*, vol. 87, nro. 2 (2018): pp. 583-628.

ZABALETA. “Daño por nacer, las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*: ¿es posible su introducción en el derecho argentino?” (Tesis de Posgrado, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2019).



Universidad de
San Andrés