

Título: El derecho civil moderno y modernizado: Familias, decisiones reproductivas y responsabilidad civil

Autores: Ditieri, Marina - Silva, Sabrina A.

Publicado en: RDF 2020-III, 10/06/2020, 356

Cita: TR LALEY AR/DOC/1482/2020

Sumario: I. Palabras introductorias.— II. El derecho a procrear y a no procrear. Estándares del derecho internacional de los derechos humanos.— III. Una aproximación a las denominadas wrongful pregnancy actions.— IV. El caso y la sentencia judicial.— V. Decisiones reproductivas y derecho civil argentino.— VI. Brevísimas reflexiones finales.

(\*)

(\*\*)

## I. Palabras introductorias

Como toda temática enmarcada en el deslinde entre sexualidad y procreación, las decisiones reproductivas, o, lo que es lo mismo, la posibilidad de optar entre tener o no tener hijxs, encierra uno de los debates más acalorados o que mayor alboroto genera en la agenda pública argentina. Si consideramos que el tópico involucra el ejercicio de la sexualidad, así como el poder de las mujeres sobre sus cuerpos, fácil se advierte el telón de fondo de tal revuelo; y si el asunto encuadra en la libertad negativa, decidir no tener hijxs, doblemente altercado y complejo. Solo cabe recordar la disputa ferviente entre verdes y celestes que rodea, pero no se ciñe, a la despenalización y legalización de la interrupción voluntaria del embarazo para dar cuenta de ello.

¿Qué tiene para decir y aportar el derecho civil en torno a las decisiones reproductivas y cuáles son los interrogantes abiertos que estas desprenden en dicho espectro normativo? Las siguientes líneas gravitan sobre este interrogante, centrando en lo que el derecho comparado denomina wrongful pregnancy actions (acciones por concepción injusta o injusticias prenatales), un nuevo y novedoso campo de estudio para el derecho civil, el cual consiste en analizar la responsabilidad médica asociada al nacimiento de un niñx bajo determinadas circunstancias.

¿La excusa? El invite a comentar la sentencia dictada por la sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de La Coruña en fecha 10/07/2019. En esta ocasión, la justicia española tuvo que entender sobre una acción de responsabilidad patrimonial por negligencia médica derivada de la falta de consejo genético sobre las consecuencias de sufrir la mujer una enfermedad genética hereditaria, habiendo nacido dos niñxs portadores, con la consecuente pérdida de la madre y de su pareja de decidir, precisamente, evitar tales embarazos.

## II. El derecho a procrear y a no procrear. Estándares del derecho internacional de los derechos humanos

Para dar respuesta al interrogante básico o central del presente trabajo, es decir, qué aporta el derecho civil al debate en torno a las decisiones reproductivas, es preciso comenzar por el principio: la protección jurídica que a estas les cabe en el plano constitucional-convencional. Para luego, desde esta óptica, ahondar sobre cómo o de qué manera ello incide, amplía y nutre el margen de actuación del derecho civil, lo cual, a su vez, permitirá advertir y reflexionar acerca de cuáles son las herramientas con las que cuenta esta órbita normativa para garantizar, prevenir o reparar en materia de derecho a decidir. Veamos.

Desde un enfoque de derechos humanos, las decisiones reproductivas se vinculan con la facultad de autodeterminación, esto es, el poder de decisión que todxs tenemos sobre nuestras vidas y nuestros cuerpos. La autodeterminación, como manifestación del derecho a libertad e intimidad, ostenta ciertas particularidades en el campo bajo estudio e interactúa con varios otros derechos, en especial, con los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos. De esto se infieren, de mínima, dos facetas o extremos en el ejercicio de esa libertad, una positiva (procrear) y otra negativa (no procrear), lo que, dicho en lenguaje feminista, hace al derecho a decidir.

En esta línea, es preciso detenerse en el texto y contexto de la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), en tanto tratado internacional que instituye un conjunto de derechos a favor de las mujeres tendiente a lograr su plena igualdad y combatir de este modo la discriminación contra ellas.

Dicho valioso instrumento, en su art. 12, establece que "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párr. 1º supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario". Asimismo, el art. 16, en su inc. e), incluye el derecho de la mujer "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los

nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer estos derechos".

Sobre el punto, el Comité CEDAW [\(1\)](#), en su recomendación general 24 sobre mujer y salud, encomienda a los gobiernos que todos los servicios de salud destinados a las mujeres sean compatibles con los derechos humanos de ellas, inclusive sus derechos a la autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa [\(2\)](#).

Esta decisión libre de tener hijxs o de no tenerlxs también ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano destinado a exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en dos pronunciamientos contenciosos: "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" [\(3\)](#) e "I. V. vs. Bolivia" [\(4\)](#), resueltos en fecha 28/11/2012 y 30/11/2016, respectivamente.

El primero involucra el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, en particular, la fertilización in vitro, es decir, el caso gira en torno a la libertad positiva: decidir tener hijxs. En esta ocasión, la Corte se ocupa de esclarecer que las decisiones reproductivas constituyen una expresión de la protección a la vida privada, la cual va más allá del derecho a la privacidad y abarca la libertad y posibilidad de autodeterminación. Ciertamente, envuelve una combinación particular de diferentes aspectos de la privacidad que se relacionan con el derecho a fundar una familia e interactúan de manera especial con la salud sexual y reproductiva de las personas [\(5\)](#): "la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección" [\(6\)](#).

El segundo, en cambio, compromete la realización de la ligadura de trompas de Falopio efectuada sin el consentimiento de la mujer, por lo que el asunto atiende a la libertad negativa: decidir no tener hijxs. Aquí, entre otras tantas y valiosas cuestiones, la Corte profundiza sobre la centralidad e importancia del acceso a la información en temas de salud sexual y reproductiva, cuya denegación o prestación deficiente supone una barrera para la toma de decisiones de forma libre y plena. El ejercicio efectivo de la libertad de optar entre procrear y no procrear, así como la facultad de planificar la vida familiar conforme las convicciones personales y la disposición responsable sobre el cuerpo, tienen por precondition necesaria el acceso a un cúmulo de información integral. En otras palabras, el consentimiento informado, prestado en forma previa, libre y plena, asegura el efecto útil de las normas que salvaguardan las decisiones reproductivas [\(7\)](#).

Tener en cuenta las opiniones efectuadas por los órganos de aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, conforme el art. 75, inc. 22, de la CN, como lo son la CEDAW y la CADH, no encierra una postura doctrinaria sino una obligación constitucional. Se trata de aplicar el mecanismo previsto por el mencionado artículo de nuestra Carta Magna, al expresar que ciertos instrumentos internacionales en la materia tienen jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia". En otras palabras, integran nuestra "regla de reconocimiento constitucional" o el mal llamado "bloque de constitucionalidad federal" [\(8\)](#).

### III. Una aproximación a las denominadas wrongful pregnancy actions

Como se adelantó, la sentencia bajo comentario se inscribe en una discusión más amplia, las llamadas wrongful pregnancy actions. De ahí que luzca adecuado alcanzar al lector algunas aproximaciones conceptuales [\(9\)](#).

A saber, las wrongful pregnancy actions encierran un género de acciones que observa tres especies bien diferenciadas: wrongful life (vida injusta), wrongful birth (nacimiento injusto) y wrongful conception (embarazo injusto).

Se entiende wrongful life a la acción mediante la cual la persona nacida, o sus representantes legales, en caso de corresponder, demandan al médico y/o centro médico que prestó asistencia a lxs progenitores, en la medida en que, de no haber sido por el diagnóstico negligente y/o la información incompleta o errónea que les fue brindada, la persona no hubiera nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad congénita.

Por su parte, las wrongful birth aluden a aquellas acciones mediante las cuales ambos o uno de lxs progenitores del niñx demanda al médico y/o centro médico por no haber detectado o informado que tendrían un hijx enfermo, privándolos de la posibilidad de tomar una decisión responsable e informada sobre la continuación o interrupción del embarazo, cuidados especiales en el parto o utilización de métodos de contracepción. Como se verá en el apartado siguiente, este sería el supuesto en el cual se inscribe la sentencia española.

Por último, las *wrongful pregnancy* (también nombradas, *wrongful conception*) refieren a las acciones en las que ambos o cualquiera de los progenitores reclaman al médico y/o centro médico por la negligencia profesional al recetar o suministrar anticonceptivos, el fracaso de un procedimiento de esterilización voluntaria (vasectomía o ligadura de trompas de Falopio), defecto en la práctica de interrupción del embarazo o la omisión o deficiente información al respecto, concibieron un niño sano no planeado. Es importante destacar que, a diferencia de las acciones por *wrongful life* y *wrongful birth*, el daño por el que se intenta la indemnización es el nacimiento de un hijo que no habían planeado tener, independientemente de que el niño nazca sano. Esta es la única especie dentro del género en estudio que ha tenido su lugar en la casuística argentina, ostentando incluso una denominación particular, anticoncepción fallida, a la que, por obvias razones, se le dedicará un apartado especial, el V.

#### IV. El caso y la sentencia judicial

El presente caso se origina a partir de una demanda judicial iniciada con el objeto de tramitar una reclamación de responsabilidad patrimonial contra un centro médico y su aseguradora, con sustento en la negligencia médica derivada de la falta de información adecuada de modo previo al embarazo, dando lugar al nacimiento de dos niños portadores de una enfermedad genética hereditaria. Ahondemos.

##### IV.1. Antecedentes

La Sra. Su. sufría una enfermedad genética hereditaria, conocida como displasia ectodérmica hipohidrótica (DEH), que le fue diagnosticada cuando tenía 11 años de edad. Este diagnóstico no se incorporó al historial informatizado de la institución pertinente cuando pasó del pediatra a su médico de cabecera en el año 2000, aunque sí constaba en el historial médico en formato papel en una anotación en la historia clínica pediátrica.

Luego de ello, la Sra. Su. fue nuevamente diagnosticada de esta enfermedad por el servicio de dermatología del centro médico Sergas en el año 2004, cuando contaba con 18 años de edad. A pesar de ello, no recibió ningún consejo genético ni información clara y precisa sobre el alcance de la enfermedad durante su primer embarazo, al momento de su atención ginecológica en el año 2009, producto del cual nace el niño Sa.; ni al conocer su segundo embarazo en el año 2013, del que nace la niña V., siendo diagnosticados ambos embarazos como de bajo riesgo.

Fue después del segundo parto cuando se realizó el estudio genético pertinente. ¿El resultado? V. padece la misma alteración genética que la madre, no así su otro hijo, Sa., quien no sufre secuelas, pero sí transmite la enfermedad.

Ante estos sucesos, la Sra. Su., junto a su pareja y padre de ambos niños, el Sr. R., por derecho propio y en representación de V. y Sa., reclaman la responsabilidad patrimonial por negligencia médica ante la Consejería de Sanidad del Servicio de Inspección de Servicios Sanitarios. Y ante el silencio de la administración, inician el reclamo judicial contra el centro médico Sergas y su aseguradora.

¿Cuál es la base del planteo? Sostienen que un adecuado consejo genético a la Sra. Su. habría dado lugar a un aborto terapéutico dentro de los supuestos de la ley, pues en el momento del informe estaba embarazada de aproximadamente dos semanas. Agregan que el estado de salud actual de V., así como el daño causado al grupo familiar en su conjunto, se debe a una culpa colegiada de los diferentes facultativos que han tratado a Su.

Dicho de otro modo, si la Sra. Su. hubiese recibido un adecuado consejo genético sobre el alcance de la enfermedad, no habría tenido a V. ni a Sa. Es decir, los actores hubiesen decidido no procrear y por ello entienden que se ha generado un daño por pérdida de oportunidad.

La jueza de grado desestimó la presentación [\(10\)](#). Tal resolutorio fue recurrido por los actores, siendo la apelación tramitada por ante la sala en lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, la cual, en fecha 10/07/2019, dictó la sentencia en comentario.

##### IV.2. El tribunal de alzada: consideraciones y resolución

El planteo central, al cual la sentencia que nos ocupa pretende dar respuesta, se cñe a comprobar si se ha cometido una infracción legal —tanto en el suministro de la información sobre las consecuencias de la enfermedad que padecía la Sra. Su., así como en la no realización de una prueba y consejo genético— que haya dado lugar a la pérdida de la oportunidad de decidir tener descendencia o no.

Para su tratamiento, el fallo propone dos ejes o momentos de estudio en torno a la determinación de la existencia o no de la mala praxis médica: 1) la responsabilidad de parte de los facultativos del servicio de ginecología y obstetricia que la atendieron durante el embarazo y parto; 2) la responsabilidad de los facultativos del servicio de dermatología, quienes habían diagnosticado a la Sra. Su. de la enfermedad durante los años 2004, 2011 y 2012.

En relación con el primer punto, se tiene en cuenta:

— "la paciente en la asistencia obstétrica de sus embarazos fue interrogada por los antecedentes familiares a fin de detectar riesgos para la gestación con el desarrollo fetal, y no se refirió antecedentes de interés. Esta consideración por sí sola no serviría para eximir de responsabilidad a los facultativos del servicio de ginecología pues tal como resulta de las pruebas practicadas, y así se hace constar en la sentencia de instancia, el diagnóstico de DEH se recogía en varios informes emitidos por servicios médicos pertenecientes a la sanidad pública".

— "Durante el seguimiento de ambos embarazos no se alertó la existencia de una displasia ectodérmica, pues la enfermedad que padece doña Su. tiene una expresividad variable y una penetrancia reducida, presentando una gran variabilidad".

— "Las gestaciones se desarrollaron sin complicaciones, y en la primera se produjo el parto de un recién nacido sano. En la segunda no se detectaron malformaciones fetales en la ecografía realizada".

— "En cuanto a la posibilidad de realizar un diagnóstico de la patología de probable origen genético durante la gestación, (...) lo que debe existir es un diagnóstico previo al embarazo, es decir haber realizado el estudio y asesoramiento genético al tener una sospecha de la enfermedad, y a partir de ese momento haber aconsejado a la pareja de riesgos y probabilidades (...) teniendo en cuenta lo informado por el perito designado judicialmente, aunque doña Su. acudió al servicio de ginecología del DIRECCION002 con apenas dos semanas de gestación, la demora del estudio genético daría lugar entonces a que se superasen las 14 semanas a que se refiere el art. 14 (interrupción del embarazo a petición de la mujer) de la Ley Orgánica 2/20190, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva de la interrupción voluntaria del embarazo. Y tampoco se podía acudir a los supuestos de interrupción del embarazo del art. 15 (interrupción por causas médicas), pues aunque se superasen las 22 semanas previstas en los apartados a) y b), no nos encontramos ante un supuesto de grave riesgo para la vida o salud de la embarazada, ni riesgo de graves anomalías en el feto, ni ante un caso en el que se hubiesen o podrían haber detectado anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable".

Bajo tales lineamientos, la alzada considera que existen razones que impiden apreciar una deficiente asistencia sanitaria por parte del servicio de ginecología que asistió a la Sra. Su. durante sus embarazos y partos.

Ahora bien, distinta suerte corre la asistencia sanitaria previa a los embarazos, en el entendimiento del tribunal. A saber, sobre el punto sostiene: "Las manifestaciones y síntomas que presentaba la paciente, unido a la sospecha e incluso el diagnóstico realizado, de la enfermedad padecida (DEH), obligaba a los facultativos del Sergas a indicar un estudio genético que permitiese conocer si nos encontrábamos ante una mujer portadora de una enfermedad genética, como así fue, y a ofrecerle un consejo genético con información de los riesgos de transmitir la enfermedad a sus hijos, etc. Esta obligación deriva de lo dispuesto en el art. 4.1 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (...) Nada de ello se ha hecho".

Por lo expuesto, la antijuridicidad se sustenta en la existencia del incumplimiento de la ley que obliga al personal sanitario a emplear los medios y las técnicas que la medicina ofrece en el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de la enfermedad, en particular, a realizar aquellas pruebas necesarias atendiendo al estado de la ciencia, en este caso el consejo genético, que nunca se efectuó.

Por último, y esta altura del análisis, surge el último interrogante: ¿qué daño corresponde resarcir? Al respecto, el tribunal señaló que, en estos casos, bien sea por falta de información o por pérdida de oportunidad, es pertinente indemnizar por el daño moral que representa la pérdida de oportunidad de la actora y de su esposo de decidir evitar futuros embarazos, así como también el daño económico equivalente a los gastos extraordinarios que pueda suponer el ocuparse de una hija con malformaciones y la incapacidad que comporta.

#### V. Decisiones reproductivas y derecho civil argentino

Llegados a este punto, interesa profundizar sobre la cuestión en debate desde y a través del derecho civil argentino. Veamos.

Desde la necesaria perspectiva sistémica, el entrecruzamiento entre decisiones reproductivas y derecho civil, a la par de involucrar la responsabilidad civil médica, interacciona de modo directo con el derecho de las familias. ¿Acaso el derecho a decidir no hace a la planificación familiar, al ejercicio de la autonomía personal para escoger el propio plan de vida, en definitiva, al derecho de toda persona a formar el tipo de familia que desee, siempre que no afecte derechos de terceros? La respuesta afirmativa se impone, brindándose en este apartado diferentes argumentos que militan a favor de sostener una mirada que tenga en cuenta los interjurídicos. Esto es, la pertinencia de no llevar adelante un enfoque encerrado en sí mismo —responsabilidad civil—, sino en consideración de los diferentes ámbitos que integran el sistema jurídico, en diálogo e

interpelación constante con el derecho constitucional-convencional, asumiendo el derecho de las familias un rol enriquecedor en la interpretación y aplicación de las reglas que rigen la responsabilidad médica frente a planteos en la especie.

Como se anticipó en el tercer apartado del presente trabajo, la casuística argentina cuenta con un único antecedente en la materia, el cual se inscribe en las aludidas acciones por wrongful pregnancy o lo que nuestro derecho denomina anticoncepción fallida. Nos referimos a la sentencia resuelta el 19/12/2017 por la sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil [\(11\)](#).

Harto sintético, el caso compromete a una pareja heterosexual que, tras el nacimiento de su tercer hijo, decide no tener más descendencia. ¿Cómo? Sometiéndose la mujer (Sra. V.) a una operación de ligadura de trompas de Falopio. A tal fin, la Sra. V. suscribe el consentimiento informado en un formulario en blanco que fue completado a posteriori de su firma y se procede a efectuar la intervención quirúrgica. En este acto, el médico tratante no le explica la eficacia del método ni la posibilidad de embarazo posterior debido al riesgo de recanalización o aparición de una fístula que permite el paso de las gametas, sobre todo en mujeres jóvenes, como es el caso de la Sra. V. Tres meses más tarde, la Sra. V. y su pareja (Sr. C.) se anotan de un nuevo embarazo.

Ante estos sucesos, la pareja promueve demanda por daños y perjuicios contra el médico tratante, la clínica y la obra social. ¿Qué reclaman? La reparación de los daños derivados del nacimiento de un hijo que no habían deseado tener, o sea, a pesar de que el niño nació sano, es el nacimiento no deseado la situación por la cual pretenden ser indemnizados. De este modo, solicitan la indemnización del daño moral o no patrimonial causado al proyecto de vida personal de cada uno y familiar de ambos, así como también el daño patrimonial en orden a los gastos realizados, de tipo médico y sanatorial, y a realizarse en miras a la crianza y educación del hijo.

En primera instancia se rechaza la acción. Apelado el decisorio por ambos actores, la Cámara revoca en forma parcial el fallo y hace lugar a la demanda promovida en relación con la Sra. V., confirmando el rechazo con relación a su pareja, el Sr. C.

¿Bajo qué razonamiento lógico hace lugar a la acción con el alcance indicado? Fundamentalmente, a partir de la interacción entre salud reproductiva y consentimiento informado, al decir de la alzada: "el problema tiene una dimensión existencial que se vincula con la decisión autorreferente de devenir o transitar la maternidad-paternidad", en especial, "es relevante dar a conocer el alea de un embarazo posterior, aunque no exista falta médica en la ejecución de la técnica. La escasa probabilidad de que se produzca un embarazo no deseado no sirve de excusa".

Desde este entrecruzamiento, se llega al debate central o que mayor "polémica" genera la anticoncepción fallida: determinar si corresponde hablar "jurídicamente de un daño —y en su caso, en qué consiste— cuando a raíz de una falla o por deficiente información tiene lugar el nacimiento no previsto de un hijo". Al respecto, la Cámara entiende: "el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación (...) el nacimiento, la vida de una persona, no puede ser considerado un daño injusto, que afecte la intimidad o la libre autodeterminación de terceros (art. 19, CN). Sería un contrasentido que el ordenamiento legal tutele especialmente la vida y la erija al propio tiempo en fuente de un menoscabo". Por lo tanto, "el daño inferido a la madre está constituido por la violación de su derecho a la autonomía personal y a la libertad de autodeterminación, causados por la falta de suficiente información".

En esta tésis, concluye: "la falta de información relevante sobre las posibilidades de falla de la ligadura tubaria incidió —aunque sea en un mínimo margen— sobre la libertad de elegir. Vale decir, la omisión en el cumplimiento del deber de información tuvo influencia en la autodeterminación de la paciente", generando una "repercusión desfavorable en el aspecto íntimo y personalísimo de la actora y configura un daño moral". Daño que no cabe extender al Sr. C., "que es un tercero ajeno a la relación médico-paciente, aunque resulte indirectamente afectado, toda vez que la injuria fue causada a un bien de la personalidad que es inherente a la persona afectada".

Ahora bien, la dialéctica empleada en la parte central del pronunciamiento, esta es, determinar en qué consiste el daño, merece algún reparo o comentario crítico. Nos referimos a ciertas afirmaciones elucubradas en torno al derecho a la vida como un "derecho natural" o "primer derecho". Ocurre que, a esta altura del desarrollo de la teoría constitucional debería ser indiscutible que no existe un derecho de por sí "superior" a otros, sino que se trata de ponderar derechos frente a situaciones concretas de antinomia, controversia o colisión. Precisamente, es la actividad de ponderación, con arreglo a cada circunstancia particular, la que deriva en la prevalencia de un derecho respecto de otros. Basta recordar la ley 26.742 de Muerte Digna, en la que se prioriza la dignidad sobre la vida para dar cuenta de que el derecho a la vida, como todos los restantes derechos, está sujeto a ser ponderado.

Entonces nos interrogarnos: qué implica, qué se esconde o qué hay detrás de aquellas afirmaciones categóricas sobre la vida como un "derecho preferente" o al que le cabría una protección privilegiada. Aquí se aventura una posible respuesta: el modelo tradicional y unívoco de familia, un modelo que saquea y silencia tantísimos sentires o modos de concebir, vivenciar y transitar las relaciones familiares. La realidad social moderna demuestra que "la familia ya no es lo que era", no necesariamente se origina en la unión de dos personas, sea matrimonial o convivencial, involucre a personas de igual o diverso sexo, ni tampoco está ligada de manera indefectible al nacimiento de hijxs, con o sin pareja. Por lo tanto, pese a sonar "políticamente incorrecto", el nacimiento de un hijx puede expresar o significar una situación lesiva en el proyecto de vida de quienes, según las condiciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, la realización personal y/o familiar pasa por el lado contrario. Como bien señala Tagliani en un interesante comentario al fallo de marras, el punto neurálgico no es entender al hijx como un daño, el perjuicio a analizar consiste en el arrebato de la posibilidad de optar respecto de una decisión tan personal y trascendental como la de tener o no tener hijxs (12).

Desde esta perspectiva, cabe repensar otras aristas en torno a las consideraciones efectuadas por la Cámara, las que en esta oportunidad se dejan abiertas por cuestiones espaciales: la legitimación activa y las partidas indemnizatorias, en especial, todo lo relativo al daño patrimonial.

Sobre la primera, si bien es cierto que el consentimiento informado es exigible únicamente con relación a la mujer, cabe reflexionar si el incumplimiento médico, en tanto la privó a ella como a su pareja de la posibilidad de recurrir a métodos alternativos a fin de evitar el embarazo, afectó o no el proyecto de vida del señor. Dicho de otro modo, si una respuesta jurisdiccional adecuada a los derechos e intereses ligados en el caso no apuntaría a otorgar un mayor resarcimiento a la mujer —claro está, por ser su cuerpo el que está en juego—, sin obstaculizar la procedencia de la acción respecto del hombre, aunque con un alcance diferente y en una cuantía menor.

A su vez, en lo que hace a las partidas indemnizatorias, es dable colocar en debate si denegar la procedencia del resarcimiento económico no tensiona con un principio básico de la responsabilidad civil: la reparación integral del daño, consagrada en el art. 1740 del Cód. Civ. y Com., cuyo anclaje constitucional ha sido afirmado y reafirmado en tantísimas oportunidades la Corte federal (13).

#### VI. Brevísimas reflexiones finales

A excusa de comentar la sentencia española, hemos intentado colocar claro sobre oscuro en lo que hace a los derechos e intereses vinculados a las decisiones reproductivas, en especial, aquellas enmarcadas en la faz negativa de esta libertad: no tener hijxs. ¿Por qué siempre los debates que rodean el ejercicio de las libertades generan tanto revuelo, resistencias, miedos e incomodidades?

Si algo está claro es que el derecho a decidir impacta, tensiona y remueve el ordenamiento civil, al colocar en descubierto una vez más la puja entre lo clásico y lo moderno en este campo del derecho. Proteger la libertad acostumbra a suponer un gran desafío, más aún ante una realidad social como la actual, caracterizada por su dinamismo, diversidad y, por ende, complejidad.

Si estas líneas invitan a repensar y remover estructuras, bienvenido sea. En definitiva, esa ha de ser una de las tantas finalidades de la reflexión académica.

(\*) Abogada UBA. Docente UBA, UNPAZ y UNDAV.

(\*\*) Abogada UBA. Docente UBA y UNDAV.

(1) Es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la CEDAW por sus Estados Parte.

(2) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general 24: "La mujer y la salud", 02/02/1999, comentarios generales, párr. 31 e), disponible en [www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf](http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf).

(3) Corte IDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf).

(4) Corte IDH, 30/11/2016, "I. V. vs. Bolivia", en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_329\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf).

(5) Párr. 144.

(6) Párr. 147.

(7) Párrs. 166 y ss.

(8) Para ampliar véase: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El Estado constitucional-convencional de derecho en

el Código Civil y Comercial", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2015.

(9) Para ampliar ver, entre otros: FABRIZI, Lucrecia, "Entrecruzamientos entre el derecho de familia y el derecho de daños: la lesión de la libertad de procrear", RDF 2015-III-263, cita online: AR/DOC/4894/2015; GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "El consentimiento informado deficientemente prestado como fuente de responsabilidad civil en un caso de anticoncepción fallida", LA LEY del 05/04/2018, p. 4, cita online: AR/DOC/600/2018; MEDINA, Graciela, "Wrongful birth. Responsabilidad por nacer enfermo. Una década en la jurisprudencia del tribunal supremo español", RCyS 2008, p. 1301, cita online: AR/DOC/435/2008; SILVA, Sabrina A., "El derecho a decidir. Algunas reflexiones en torno a la anticoncepción fallida desde la óptica del derecho civil", Ed. Rubinzal Online, en prensa; SIRTORI, Valentina — CAPUTTO, María C., "Mala praxis médica y daño por nacimiento de un hijo", LA LEY del 04/05/2018, p. 4, cita online: AR/DOC/793/2018, y TAGLIANI, María S., "La afectación al proyecto de vida derivada del nacimiento de un hijo no planificado", RDF 2018-IV-64, cita online: AR/DOC/3263/2018.

(10) Sus fundamentos fueron: que de la valoración conjunta de la prueba practicada no surge que haya existido mala praxis de los profesionales intervinientes, pues Su. acudió siempre embarazada al servicio de tocoginecología, no informó su enfermedad a los médicos que la atendían, en la historia clínica no apareció el informe de dermatología del año 2004 —pues radicaba en otro hospital—, de las ecografías realizadas no se desprendían malformaciones en el feto; por tanto, no quedó acreditada la mala praxis alegada. Asimismo, y con relación a la pérdida de la oportunidad de decidir tener descendencia o no, la magistrada consideró que no resultó acreditado que si a Su. se le hubiese efectuado oportunamente un estudio genético, ello habría dado lugar a un consejo genético para llevar a cabo una orientación de fertilidad en el sentido indicado.

(11) CNCiv., sala G, 19/12/2017, "I. P. V. J. y otro c. I. M. de O. S. A. y otros s/ daños y perjuicios", RDF 2018-IV-49, cita online: AR/JUR/90602/2017.

(12) TAGLIANI, María S., "La afectación...", ob. cit.

(13) Sobre el punto, compulsar: BURGUEÑO IBARGUREN, Manuel G., "El derecho a la reparación integral", RCyS 2019-XI-33, cita online: AR/DOC/19/2019.