

ANTICONCEPCION FALLIDA: HIJOS NO DESEADOS. ¿DAÑO MORAL?

Autor: María Alejandra Capolongo*

Resumen:

En este trabajo se aborda la problemática que se presenta ante una anticoncepción fallida, es decir, cuando una mujer o una pareja como planificación de su proyecto de vida, deciden someterse a una vasectomía o ligadura de trompas como métodos esterilizantes y se produce un embarazo no previsto, no deseado, ante la falla del mismo. En este marco, analizo los distintos planteos de los progenitores ante la justicia extranjera de los daños indemnizables como consecuencia de ese hijo no deseado. En esta línea, se brinda una respuesta a si el daño indemnizable es el de la madre, ante la frustración a su proyecto de vida o el de ese hijo no deseado que nace falto de afecto; desde una mirada que atiende al nuevo paradigma que instala el Código Civil y Comercial de la Nación, un código que protege a la persona y sus derechos, en sintonía con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos.-

1. Introito

Este tema que he propuesto para mi ponencia me ha llevado a realizar un verdadero trabajo de investigación debido a que no se encuentra plasmado en nuestro ordenamiento jurídico y por lo tanto tuve que remitirme al Derecho Comparado donde se han planteado numerosos casos de anticoncepciones fallidas, para saber cuál era la solución adoptada por los tribunales extranjeros. Lo desarrollaré en base a todas las preguntas formuladas y otras que surgirán del contenido mismo de mi trabajo, teniendo en cuenta las opiniones de los distintos autores sobre el mismo, y qué respuesta o solución nos brinda el nuevo ordenamiento jurídico Argentino, teniendo en cuenta la aplicación de los tratados internacionales como fuente del mismo.-

2. Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos¹

Aunque en la ciencia médica ningún método anticonceptivo es totalmente seguro, en ocasiones – su fracaso-, que da lugar al nacimiento de un hijo sano pero no previsto puede imputarse a la negligencia médica o a un defecto del propio mecanismo anticonceptivo.-

* Abogada egresada de la Universidad Nacional de Rosario.

Especialista en Derecho de Familia título otorgado por la Universidad Nacional de Rosario. Adscripta a las Cátedras de Derecho Civil V: Derecho de las Familias y a la de Derecho Civil VI Sucesiones. Esta ponencia cuenta con el aval de la Profesora Asociada Adriana N. Krasnow (Facultad de Derecho, UNR)

¹ Casals Miguel Martin y José Solé Feliu-Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos. Universidad de Girona. Indret. Julio 2001 Indret 03/2001, www.indret.com.

En el derecho angloamericano estos supuestos se conocen con el nombre de wrongful conception o wrongful pregnancy.-

Hay posiciones que alejan el centro de atención de la concepción o el nacimiento del hijo y se concentran más en el interés auténticamente lesionado, la libertad de procrear.-

Supuestos de anticoncepciones fallidas conocidas por la jurisprudencia española: 2 grandes categorías: a) operaciones de esterilización (vasectomías, ligadura de trompas) negligentemente practicadas o practicadas de modo correcto en los que se omite la oportuna información relativa a sus consecuencias.- b) Colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo intrauterino (DIU), que no impiden el embarazo.-

Los autores angloamericanos suelen hablar todavía de una tercera categoría relativa a intervenciones de interrupción del embarazo fallido que impiden la continuación del mismo, o sea, el aborto.-

La existencia de un hijo sano no constituye en sí mismo un daño indemnizable, así lo ha reconocido el Tribunal Superior Español en la STS 5-6-1998 al confirmar que la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico protege ante todo y no sobre todo. El nacimiento de un hijo no puede ser considerado como un mal en sí mismo.- Esta misma conclusión es generalmente aceptada en el derecho comparado.-

3. “Daño moral sufrido por la madre al conocer el embarazo” (¿Angustia o frustración?)

La mayoría de las sentencias relativas a vasectomías realizadas rechazan indemnizar a los padres porque no se ha demostrado que el médico que practicó la operación hubiera actuado de forma negligente. En ellas, o bien la concepción puede ser consecuencia de una recanalización espontánea de los conductos, sobre cuya posibilidad el médico había informado o bien se debió a que el propio paciente no respetó las recomendaciones del médico sobre la necesidad de adoptar medidas de prevención durante las siguientes semanas a la intervención.-

En un caso resuelto por el Tribunal Supremo: el médico incumplió el deber de informar sobre la posibilidad de recanalización espontánea. El paciente no adoptó mecanismos anticonceptivos adicionales y meses después su esposa concibió gemelos. La sentencia de la Audiencia Provincial había concedido la indemnización en concepto de daños morales y materiales y rechazó que se indemnizaran los alimentos debidos a los hijos. El tribunal Superior confirmó la sentencia, pero precisó que se otorgaba no como indemnización de daño moral, sino como ayuda a la alimentación y crianza de los hijos no previstos.-

La **STS 11-5-2001** relativa a la vasectomía correctamente practicada a un paciente, con adecuado cumplimiento del deber de informar sobre las características y riesgos de la intervención, los espermogramas posteriores dieron resultado negativo, a pesar de lo cual la esposa concibió un hijo. El paciente y su esposa demandaron a la doctora que practicó la vasectomía, pero la demanda fue desestimada en todas las instancias, incluido el Tribunal Supremo. Se consideró que el embarazo se produjo porque a pesar de las advertencias de la doctora, el paciente mantuvo relaciones sexuales con su esposa durante el post-operatorio sin adoptar medidas necesarias.-

Sentencia del tribunal Supremo de junio 2007. Ligadura de Trompas:² “El caso es el de una mujer que tuvo tres embarazos. El segundo culminó con parto mediante cesárea. Cuando se encontraba en su tercer embarazo, solicitó que se le practicase esterilización en el caso de que hubiese de practicársele también cesárea, como así fue, dados los riesgos previsibles ante un cuarto embarazo. Dicha solicitud la hizo atendiendo al consejo de su médico....Tras haberse practicado la esterilización en marzo de 1991, a los tres años, el 30 de marzo de 1994, esta mujer ingresó en el hospital del consorcio demandado, aquejada de embarazo ectópico, lo que precisó intervención quirúrgica practicada en el mismo hospital, resultando con diversas secuelas. La sentencia rechazó que hubiese existido falta de información sobre la posibilidad que se produjeran otros embarazos...”

La determinación del nexo de causalidad no plantea problemas extraordinarios en los casos en que el fallo de la operación de esterilización (vasectomía-ligadura de trompas) se debe a la negligencia médica en la práctica de la intervención.-

Sin embargo los casos resueltos por el tribunal Supremo, se refieren a aquellos en que la actora ha sido diligente pero se ha infringido el deber de informar. Por esta razón el problema causal debe reconducirse al ámbito de infracción de dicho deber, bien porque no se ha informado al paciente del riesgo o fracaso de la esterilización, de la necesidad de adoptar tras la operación las medidas de precaución necesarias para evitar el embarazo o bien la necesidad de someterse a determinados análisis para confirmar su esterilidad.-

Si bien hay que reconocer que algunos tribunales norteamericanos han especulado en la idea de que la negativa de la madre a abortar -una vez conocido el embarazo- pueda constituir una infracción del deber de mitigar el daño.-

En España como en Argentina el carácter restrictivo de los supuestos legales de despenalización del aborto reduce sustancialmente los casos en que la madre pueda llegar a ejercitar legalmente la facultad de abortar tras una concepción fallida.-

Si aceptáramos esto como solución, estaríamos admitiendo que el nacimiento de hijos no previstos por una anticoncepción fallida es un daño para los progenitores. Estamos hablando de derechos personalísimos como el derecho a la vida, a la dignidad de la persona, a la integridad física, a la salud, tanto de los progenitores como de ese hijo por nacer no deseado.-

4. La indemnización de los daños

La existencia de un hijo sano no constituye en sí mismo un daño indemnizable.

”En los casos de anticoncepciones fallidas hay que rechazar la idea de que la existencia del hijo, sea en sí mismo un daño indemnizable.

”No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores. Esta misma conclusión es generalmente aceptada en el derecho comparado. Mayores problemas surgen en cambio cuando se plantea la indemnización de otro tipo de daños, en concreto, de los daños patrimoniales derivados del embarazo y parto, así como los daños morales sufridos por la madre al conocer su embarazo.-

² Medina, G. Daños en el derecho de Familia edit. Rubinzal Culzoni, 2da ed. Actualizada 2012, p 639.

4.1. ¿Los alimentos debidos al hijo como daño indemnizable?

En el derecho comparado la indemnización de los alimentos debidos al hijo nacido tras el fallo de un mecanismo de anticoncepción es una cuestión polémica.-

En Alemania: los tribunales civiles admiten desde siempre una indemnización de los alimentos, mientras que el tribunal Constitucional lo negó en una sentencia de 1993 por considerar que su reclamo era contrario a la dignidad de la persona humana, para luego cambiar el criterio y admitir su indemnización en el año 1998.-

En EEUU: la mayoría de los tribunales tiende a rechazar la indemnización de alimentos debidos al hijo, ocasionalmente, algunos tribunales admiten que al fijar la cuantía indemnizatoria se tengan en cuenta alimentos.-Esto ocurre de manera especial en los casos en que los padres demuestran, al menos parcialmente, que recurrieron a medidas anticonceptivas por razones económicas.-

En el Reino Unido: la polémica relativa a la indemnización de los alimentos debidos al hijo ha quedado cerrada por la primera sentencia que ha dictado sobre la materia la House of Lords inglesa en noviembre de 1993, si bien se indemnizó a la esposa por una vasectomía fallida por daños morales causados por el embarazo y el parto, la idea unánimemente compartida se centraba en el carácter injusto e irrazonable de una reclamación que incluyera alimentos.-

En el Derecho Español la jurisprudencia unánimemente rechaza indemnizar los alimentos al hijo. El razonamiento empleado por la mayoría de los tribunales gira sobre el carácter irrenunciable e intransferible de la obligación legal de alimentos impuesta a los padres.-

4.2 ¿Existe un daño al proyecto de vida?³

Para brindar una respuesta al interrogante planteado, me propuse partir de una reseña de las posiciones vertidas por autores que han abordado el problema en estudio.-

Fernández Sessarego:

Como está dicho, el daño moral al proyecto de vida incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su libre decisión. Como lo he reiterado es una daño de tal magnitud que afecta, por lo tanto la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia.

El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital. La frustración al proyecto de vida puede generar consecuencias devastadoras, en tanto incide en el sentido mismo de la vida del ser humano, en aquello que lo hace vivir en plenitud, que colma sus sueños, sus aspiraciones, que es el correlato de ese llamado interior en que consiste la vocación personal. Cada ser humano vive “según” y “para” su proyecto existencial. Trata de realizarse, de concretarlo, de convertirlo en una “manera de vivir”, en su cardinal modo de existir.-

El daño al proyecto de vida entendido como una limitación al ejercicio de la libertad, fue tema de decisión, análisis y reparación en la CIDHH.-

Reitera que el daño al proyecto de vida es un componente genérico del daño a la persona.-

³ Fernández Sessarego, Carlos: El Daño a la persona en el Código Civil de Perú de 1984.

El más grave daño que se puede causar a la persona en tanto sus consecuencias inciden en la frustración o menoscabo del destino que se ha trazado de la manera de vida que ha escogido, de lo que ha decidido “ser” y “hacer” con su existencia. De ahí que sea un daño radical.

Después de estos planteamientos el citado autor expresa que sería lícito preguntarse si fuera posible causar un daño de tal magnitud que frustre nada menos que el radical proyecto de vida de la persona. A la cual el afirma que sí.-

Mosset Iturraspe⁴

La reparación del dolor, con dolor o sin él, se debe respetar la intimidad, la vida de relación, los proyectos, la salud, entendida de manera plena e integral. El centro de la cuestión no es más el dolor, es el hombre, la persona humana, su dignidad, sus virtualidades, sus apetencias.-

Para Natalia Zapata Mejía⁵

Cuando una mujer ha tomado la libre y responsable decisión de un tener más hijos o simplemente no tener hijos y ha acudido a un Hospital para realizarse una tubectomía o ligadura de trompas y este método de planificación falla y queda embarazada, ¿le debe ser legalmente permitido interrumpir el embarazo? Sabemos que no porque el aborto no está despenalizado. Se debe hacer lugar a la indemnización ¿por el daño ocasionado por mala información en el procedimiento o por la falla?

Un hijo no planeado y no deseado indiscutiblemente puede resultar siendo un daño o un perjuicio no sólo para la madre y para el hijo sino también para la sociedad”

Para la madre porque le toca engendrar y criar un hijo debido a una imposición legal, como si las leyes por si solas tuvieran la capacidad de brindarle amor y protección real al hijo y en general de satisfacerle todas las necesidades, desde las afectivas y emocionales hasta las económicas.- A la mujer que no tenía dentro de sus planes ni cercanos ni lejanos la idea de ser madre, le toca modificar su proyecto de vida y acomodarse a otro que le significa un giro de ciento ochenta grados y renunciar en gran parte a la posibilidad de ser feliz...”

Para el hijo, pues el hecho de que este sea fruto de una obligación, de entrada le está restando la posibilidad de sentir el afecto y la alegría que su madre podría sentir por su estadía en el mundo...”

Y finalmente “un **perjuicio para la sociedad**, toda vez que un hijo que no cuente con el amor y una condición afectiva óptima, que no tenga siquiera sus necesidades básicas satisfechas, difícilmente podrá ser un individuo que le aporte aspectos positivos a la sociedad...”

“El daño indemnizable no es otro que la lesión al proyecto de vida, visto como una manifestación de la libertad de procrear y de elegir libremente, como manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad.”⁶

Luego de analizar las distintas posturas respecto a si existe un daño al proyecto de vida, comparto la posición de Fernández Sessarego en cuanto a que “el daño moral al

4 Mosset Iturraspe, Jorge El Valor de la Vida Humana. Tercera edición 1992 Rubinzal Culzoni.

5 Zapata Mejía Natalia: La lucha continúa: necesidad de ampliar las causales de despenalización del aborto cuando el embarazo represente un Daño al proyecto de vida a causa de un hijo no deseado. Indret año 2010.

6 Ídem obra citada p 16.-

proyecto de vida incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su libre decisión”, dado que el ser humano es libre para decidir “cómo vivir su vida” “cómo planificarla” aunque esta decisión pueda ser positiva o negativa. En lo que concierne al hijo no deseado, como un daño al proyecto de vida de esa mujer que no quería reproducirse más, no estoy de acuerdo con la autora en que la solución para mitigar esa angustia, ese dolor ocasionado, sea permitirle legalmente la interrupción del mismo, ampliando las causales de despenalización del aborto, porque estamos hablando del derecho a la vida que es un valor supremo amparado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.-

4.3 Acciones de Wrongful Conception ⁷

Se les llama así a los nacimientos de hijos sanos pero no deseados o no planificados por sus padres.- También llamado “embarazo injusto”

Son interpuestas por uno o ambos progenitores, reclamando que por negligencia de su médico al recetarles anticonceptivos, practicarles una esterilización voluntaria, nació un hijo que no habían planeado tener, aunque el niño nace sano, es precisamente el nacimiento de un hijo no planeado o no deseado el daño en que se basa la acción de responsabilidad.-

En otras palabras, los progenitores solicitan una indemnización por el hecho de haber concebido a un hijo o por haber llevado a término el embarazo no deseado.

Uno de los escenarios donde se presentan con frecuencia este tipo de acciones tiene que ver con la prescripción de anticonceptivos, pues estos no producen los efectos esperados. En primer lugar se produce un embarazo pues el anticonceptivo es defectuoso. En segundo lugar, se plantea la responsabilidad cuando un profesional sanitario aplica mal un anticonceptivo eficaz, prescribe un anticonceptivo inadecuado para el paciente...o no prescribe método anticonceptivo alguno, en la creencia de que no era necesario para impedir el embarazo por estimarse una situación de esterilidad”⁸

En el caso de la práctica de una esterilización voluntaria (vasectomía, histerectomía o ligadura de trompas) son dos las hipótesis que se pueden presentar: práctica negligente de la cirugía y omisión de información respecto de la posibilidad de falla como método anticonceptivo de esa intervención, o bien sobre cuidados y precauciones posteriores que se deben tomar para asegurar la eficacia del método.⁹

El hecho de considerar el nacimiento de un hijo como daño es contrario, prima facie, a los valores fundamentales, como es la vida.-

Consientes de esto los demandantes cambian el enfoque de la pretensión e identifican el daño con un interés que puede ser aceptado como jurídicamente protegido. “Separan pues, el daño reclamado del hecho de la vida del hijo, aplicando el mismo razonamiento que maneja la doctrina Alemana de la teoría de la separación, y centran éste bien, en la lesión a la libertad de procrear (...) o bien en los gastos que acarrea el niño.¹⁰

⁷ Filosofía del derecho Colombia, Jorge Luis Fabra Zamora, 2/4/2012.

⁸ Macía Morillo Andrea, La responsabilidad de los médicos por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life). Indret.

⁹ Macía Morillo Andrea, La responsabilidad Civil Médica. Acciones de Wrongful birth y Wrongful life. Revista de Derecho 2007 n° 27 p 10

¹⁰ Ídem anterior.

En un trabajo presentado por Andrea Macía Morillo¹¹ relacionado con las acciones de wrongful birth, wrongful life, wrongful conception, también menciona que “se trata de separar el hecho de la vida- del daño e identificar el daño.....y agrega que se ha de centrar en que supone la privación de los progenitores de la libertad de procreación...” “...No existe un concepto legal de daño ni una definición jurisprudencial única o universalmente aceptada. Aunque la cuestión está doctrinariamente asentada, podemos considerar con Diez Picazo (1999-p 296-297) que se trata de la lesión de un bien o interés jurídicamente protegido o valorado por el legislador.

En el Ordenamiento Español: ni la facultad de abortar, ni la libertad de procreación se establecen en atención al interés del niño de no nacer, si no en atención a los intereses de la gestante o de los progenitores que son los que priman y resultan efectivamente protegidos en la situación de conflicto. El conflicto al que hace alusión se da en los casos en que el niño nace con malformaciones o problemas genéticos, porque en el caso de wrongful conception, el niño nace sano, el único problema es que se trata de un embarazo imprevisto. En definitiva, dice la autora¹² “el daño por el que se exige la indemnización no es el nacimiento del niño sino las erogaciones que lleva unidas.”

5. ¿Qué solución nos plantea el derecho de Daños en el ordenamiento jurídico Argentino?

Ante el planteo de una anticoncepción fallida: el daño resarcible es: ¿el de la madre por la frustración a su proyecto de vida? ¿Por tener que llevar adelante un embarazo no previsto? ¿Por vulnerar su derecho a la libertad de procrear? O es el de ese hijo no deseado que nace con falta de afecto? Un hijo que no había sido planificado por sus progenitores, ya sea por razones económicas, de salud, por tener varios hijos, o simplemente porque en su proyecto de vida no existía el deseo de tenerlos.-

5.1 La Responsabilidad Civil en el Derecho de Las Familias ¹³

“Desde hace tiempo, el derecho de daños ha ido corriendo sus fronteras para impregnar buena parte del derecho privado. Este fenómeno no ha sido ajeno al derecho de familia, suscitando entre sus doctrinarios posturas contrarias, desde quienes han afirmado que el derecho de familia excluye la posibilidad de aplicar dentro de su campo de acción la normativa de la responsabilidad civil, hasta quienes creen que sus disposiciones deben aplicarse sin restricciones. Estas tendencias han encontrado un punto de equilibrio- aún inestable- en las últimas décadas al incrementarse la protección de los derechos individuales de las personas en el seno de la familia y al potenciarse la autonomía privada en la configuración de las relaciones conyugales y parentales.”

El principio de “no dañar al otro” se encuentra consagrado en el art. 19 de la C.N. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que ha entrado en vigencia el 1 de agosto de 2015, introduce normas en el derecho de Daños que pueden aplicarse para brindar una solución a los casos planteados en el derecho comparado, y para los que en el futuro puedan presentarse en la Argentina. Así encontramos que el art 1737 nos da un

¹¹ Macía Morillo Andrea, La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life. Revista de derecho Universidad del Norte 27-3-37-2007.

¹² Macía Morillo, Andrea La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Valencia 2005, p 57.

¹³ Famá, María Victoria, jurisprudencia española, daños y perjuicios en el Derecho de Familia, RDF 65 AÑO 2014 p30.

concepto de daño, a diferencia del Código de Vélez que nada decía al respecto. El art. 1716 habla del deber de reparar. “El art. 1720 menciona el consentimiento libre e informado del damnificado y el art. 59 del nuevo ordenamiento jurídico establece cuáles son las pautas que se deben cumplir a los fines que el paciente exprese su declaración de voluntad...” El 1738 específicamente establece qué comprende la indemnización. Incluye expresamente las consecuencias de “la violación de los derechos personalísimos de la víctima...” y en el final hace expresa mención... “a las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”

Siguiendo nuestro ordenamiento jurídico, la madre que ha sufrido un daño a su proyecto de vida, por tener que llevar adelante un embarazo no previsto, no deseado, tiene el derecho a reclamar una indemnización.

Comparto con la Dra Medina¹⁴ que la gran dificultad consiste en determinar si la reparación debe alcanzar o no los alimentos debidos al hijo. Hemos visto en el derecho comparado, que cuando se han presentado estos reclamos, muchos países rechazan el planteo de los progenitores respecto de alimentos debidos para la crianza y manutención de ese o esos hijos nacidos no deseados, por falla de la anticoncepción. En algunos países les han reconocido los gastos de embarazo y parto, pero no como alimentos.-

¿Cuál sería la solución en nuestro Derecho? En el art. 638 del nuevo Código Civil y Comercial se encuentra claramente definida la Responsabilidad Parental como... “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.- Los alimentos de ese hijo, como derecho humano, reconocido por la CN y los Tratados Internacionales, son derivados de la Responsabilidad Parental, y por tanto ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna..(art. 658)

Ante un planteo de los progenitores de alimentos para la crianza y manutención de ese hijo no previsto, por una anticoncepción fallida, no haría lugar al mismo ya que se trata de una obligación de los padres.-

¿Cuál es el derecho de ese hijo no deseado? La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado “que el niño tiene los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos más un plus de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo”¹⁵

...“Cuando el hijo sufre un menoscabo que puede atribuirse a la actuación de los padres, en clara inobservancia de los deberes que hacen al contenido de la responsabilidad parental, entendemos que la impotencia del daño no es digna de ser repartida, y como tal, éste les es atribuible a los progenitores.”... “el Estado, en sus diferentes estamentos, no puede obviar la situación de las personas en estado de vulnerabilidad”¹⁶

“ Los niños, a más de la vulnerabilidad antropológica ínsita en la naturaleza humana, pueden estar más expuestos a la denominada vulnerabilidad social¹⁷ La dañosidad en el seno de la relación paterno filial coloca al niño en lo que se denominan “espacios de vulnerabilidad”...Precisamente en razón de la indefensión en que el hijo está sumido es

¹⁴ Medina Graciela, daños en el Derecho de Familia, 2da Ed. Actualizada, Rubinzal Culzoni, pág. 640.

¹⁵ Opinión consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, agosto de 2002.

¹⁶ Lloveras Nora-Salomón Marcelo J, El derecho de familia desde la Constitución Nacional, ed. Universidad, Bs.As. 2009, p.455.

¹⁷ Feito, Lydia, “Vulnerabilidad” Anales del Sistema Sanitario de Navarra, vol.30 2007.

que se requiere de acciones positivas para la efectiva vigencia del paradigma constitucional tuitivo, que en el particular género de supuestos de daños causados por los padres a sus hijos implica intervención a fin de reducir los espacios de vulnerabilidad y devolver al niño a su estadio de ser meramente vulnerable, pero socialmente protegido...”¹⁸

6.- Cierre

A modo de cierre ¿cuál sería la solución que propondría al presentarse el planteo de un hijo no deseado? A lo largo de mi trabajo, hemos visto que estos reclamos se han presentado en el derecho comparado y como cada legislación hizo o no lugar al pedido de los progenitores en cuanto a los daños, a los alimentos para la crianza, rechazándolos o admitiéndolos en todo o en parte.-

Mi respuesta ante estos planteos sería la: **Adopción y el derecho de ese niño a vivir en familia**, en una familia que le brinde el afecto, el amor, la contención, la satisfacción de sus necesidades tanto espirituales como materiales, que sus padres no le pueden dar ya que para ellos es un daño a su proyecto de vida.-

“La familia es el primer ambiente social que conoce un ser humano (o debería serlo). El papel que juegan los padres en el desarrollo y maduración de la personalidad del niño es fundamental...” “Los niños necesitan sentirse queridos y protegidos por los padres o, en su defecto, por las personas que los sustituyen cuando estos faltan por muerte, abandono...” “Ante la carencia o exceso de afecto, hay consecuencias disfuncionales en el desarrollo social y psicológico de la persona, se interrumpe o se lleva a cabo de manera inadecuada. Es decir, la estructura psicológica de una persona depende de la calidad del comportamiento (cantidad y calidad afectiva) parental...”

“La falta de afecto o privación afectiva padecida durante la infancia puede dar lugar a numerosos trastornos psicológicos y psicopatológicos que se manifiestan durante la misma infancia, o a veces, con la llegada de la adolescencia, pudiendo persistir en el adulto...”¹⁹

Para finalizar y tal “como señala Grosman, el concepto de interés superior se vincula con el ejercicio de un derecho. En cuanto a la calificación del interés como “superior”, sostiene que “Fundamentalmente se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales. Simboliza la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y ese lugar debe ser respetado.”²⁰

¹⁸ Schiro, María Victoria La Responsabilidad por daño intrafamiliar frente a la vulneración del derecho de preservación de las relaciones familiares. RDF 61 Abeledo Perrot, 2013 p47.

¹⁹ Müller Enrique C., Responsabilidad por falta de afecto, RDF 65 Abeledo Perrot, 2014 p 278 y ss.

²⁰ Grosman, Cecilia P., “El interés superior del niño”, en Grosman, Cecilia (dir) Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad, Universidad, Buenos Aires, 1998, p.40 cita en RDF 2015 III año2015 Abeledo Perrot pág. 248.