



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

JURISPRUDENCIA

Bioética:

Técnicas de reproducción humana asistida: estudios genéticos; omisión; vacío legal; responsabilidad; diagnóstico genético preimplantacional; participación de médico. **Médico:** Obligaciones: consentimiento informado; eximente de responsabilidad; insuficiencia; reparación; fundamento legal; normativa aplicable; derecho a la identidad. **Daños y Perjuicios:** Indemnización: daño psíquico; indemnización; incapacidad sobreviniente; alcances. **Daño Moral:** Resarcimiento. **Multa Procesal:** Interpretación.

NF Con nota a fallo

1 – Para que una persona tenga una enfermedad autosómica recesiva como es la fibrosis quística debe tener ambos alelos mutados, es decir, que dicha persona heredó un alelo mutado de la madre y un alelo mutado del padre. Por lo tanto, la cuestión que determinará si ha existido o no responsabilidad alguna frente al nacimiento de una niña portadora de una grave en-

fermedad genética como es la fibrosis quística es si se acreditó en autos haber tomado todas las medidas o recaudos que a la época en que se llevó a cabo el procedimiento de técnica de reproducción humana asistida existían y eran de práctica a fin de eliminar, justamente, donantes potencialmente riesgosos.

2 – El hecho de que el donante de semen haya resultado negativo para las veintinueve mutaciones estudiadas y que el otro alelo que fue hallado en la niña que padece fibrosis quística si fuera identificado permite concluir que este último alelo fue heredado de la donante de óvulos al no existir en autos prueba de la existencia de protocolo que confirme que medió consulta genética en busca de genes transmisores de tal enfermedad.

3 – Así como en el donante de semen se efectuaron estudios genéticos, estos debieron efectuarse en la aportante de óvulos. De habérselo hecho, hubiera surgido que esta última era portadora sana para la mutación G542X y debió ser rechazada como cedente.

4 – No existía ni existe en la actualidad ninguna norma legal que establezca la obligatoriedad de llevar a cabo estudios genéticos, pues, de hecho, el nuevo Código Civil y Comercial, si bien regula la determinación filial de los niños nacidos mediante el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, ha dejado gran cantidad de cuestiones relacionadas con la práctica y el uso de esos tratamientos –como los derechos y deberes de los centros de salud, las funciones de las autoridades de aplicación, el modo y limitaciones de las donaciones, destino de embriones sobrantes sean o no via-

NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Análisis doctrinarios, comentarios y apóstilas

bles, entre otras– al dictado de una ley especial y que aún no ha sido sancionada. Pero, más allá de ello y al encontrarse en juego derechos humanos fundamentales –como lo son el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la dignidad, el derecho a la identidad– garantizados por tratados internacionales de igual jerarquía que nuestra Constitución Nacional, no podían los demandados condenados excusarse en ese vacío legal y violar las reglas del arte de la medicina, pues no debe olvidarse que las técnicas de diagnóstico preimplantacional que ya prevén algunas legislaciones extranjeras desde hace tiempo eran recomendadas a la fecha en que se llevara a cabo en autos la técnica de reproducción humana asistida.

5 – Si bien la discusión sobre la necesidad de llevar a cabo estudios genéticos cuando se practican técnicas de reproducción humana asistida aún no se ha instalado en el ámbito de la justicia, existen numerosos precedentes en la materia –por ejemplo, de transmisión de enfermedades a raíz de transfusión de sangre– de los que, seguramente, los demandados, por estar relacionados con la profesión a la que pertenecen y la trascendencia de los temas allí debatidos, habrán tomado alguna vez conocimiento.

NF Responsabilidad médica por los daños sufridos por una niña concebida mediante técnicas de fecundación extracorpórea heteróloga

por SILVIA MARRAMA(*)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS, CENTROS Y BANCOS DE GAMETOS: EL DAÑO INJUSTAMENTE SUFRIDO. 2.1. DAÑOS. 2.2. INJUSTICIA DEL DAÑO PADECIDO: OMISIÓN DE DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRECONCEPTIVO EN LA APORTANTE DE ÓVULOS. 2.3. NEXO CAUSAL 2.4. RUBROS INDEMNIZATORIOS EN FAVOR DE LA NIÑA.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Derecho a la salud y medidas cautelares*, por LUIS CARRANZA TORRES, EDCO, 2004-213; *Breves reflexiones sobre la prueba del nexo causal: la gran vedet de la responsabilidad médica*, por JUAN MANUEL PREVOT, ED, 216-649; *Historia clínica. Encuadre probatorio. Responsabilidad médica. Responsabilidad omisiva*, por LUCÍA GRACIELA SAVARESE, ED, 216-642; *El derecho a la salud como derecho social. Garantía de la dignidad del hombre*, por VIOLETA CASTELLI, EDA, 2007-743; *El plazo de la prescripción liberatoria en materia de responsabilidad médica en los hospitales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, por INÉS AMURA, ESTEBAN CENTANARO y JUAN PABLO RODRÍGUEZ, ED, 234-708; *El alquiler de vientre internacional en el Proyecto de Código Civil 2012*, por FERNANDO J. NASAZZI RUANO, ED, 250-101; *Responsabilidad médica por mala praxis*, por MARIANO GAGLIARDO, ED, 251-465; *Instrumentalización del embrión humano: ante los deseos de los adultos y la falta de límites en los avances biotecnológicos. Análisis de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la fecundación in vitro y la protección a la vida hu-*

– 3. EXCURSUS. 3.1. RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y CARGA DE LA PRUEBA DINÁMICA. 3.2. RESPONSABILIDAD DE LOS APORTANTES DE GAMETOS. 3.3. ILICITUD DEL DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL. 3.4. ILICITUD DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA POR HABER NACIDO. 3.5. DEFICIENCIAS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. – 4. CONCLUSIÓN.

mana, por MIRYAN ANDÚJAR DE ZAMORA, ED, 252-104; *En cada proceso de fecundación in vitro mueren 23, 46, 69 o más embriones humanos. Sobre el estatus jurídico de las células totipotenciales extraídas a los embriones de la fecundación in vitro para un diagnóstico genético antes de transferirlos al útero*, por JORGE B. AQUINO y PEDRO J. M. CHIESA, ED, 252-1039; *¿Voluntad procreacional en la filiación por naturaleza en el proyecto de Código Civil?*, por JORGE N. LAFFERRIÈRE, ED, 255-96; *Cosificación del ser humano en el Proyecto de Código Civil*, por LUIS M. CALANDRIA, ED, 255-972; *El reconocimiento y respeto de la dignidad de algunas personas por nacer en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado*, por SILVIA MARRAMA, ED, 258-884; *Los derechos personalísimos en el Proyecto de Ley Nacional N° 0581-D-2014*, por SILVIA MARRAMA, ED, 259-757; *Razonabilidad y proporcionalidad de la regulación de los derechos personalísimos a la vida y a la integridad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado, con referencia a las técnicas de fecundación extracorpórea*, por SILVIA MARRAMA, ED, 260-869. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

1 Introducción

La prestigiosa sala D de la Cámara de Apelaciones en lo Civil acaba de dictar un fallo novedoso y ejemplar, que marcará un hito en el derecho de daños originados en las técnicas de fecundación extracorpórea.

El caso analizado⁽¹⁾ se inicia con la presentación de los progenitores de una niña que reclaman, por sí y en representación de su hija, los daños derivados del tratamiento de fertilización asistida heteróloga (FIVET) que tuviera como resultado el nacimiento de la niña con una grave patología genética (fibrosis quística), dirigiendo la acción contra el médico que llevó adelante la fecundación intrauterina, el centro que facilitara los óvulos y el médico a cargo del banco de semen, haciendo extensiva la acción a la respectiva aseguradora, con fundamento en la deficiente selección del material genético.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda, condenando a L. R. R. y C. S.A. –C. S.A.– a abonar una suma de dinero, condena que hizo extensiva a TPC Compañía de Seguros Sociedad Anónima en la medida del seguro, y rechazó la acción contra R. J. O., director del banco de semen “C.” y su aseguradora. La aclaratoria

(*) Abogada-mediadora. Doctora en Ciencias Jurídicas. Magíster en Desarrollo Humano. Profesora superior en Abogacía. Especialista en Derecho Tributario. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. marramasilvia@gmail.com

(1) CNCiv., sala D, 26-10-16, Expte. N° 60.201/2012, “G., A. M. y otros c. R., L. R. y otros s/daños y perjuicios - Resp. profesionales médicos y aux.”, Juzgado N° 65.

CONTENIDO

NOTA

Responsabilidad médica por los daños sufridos por una niña concebida mediante técnicas de fecundación extracorpórea heteróloga, por Silvia Marrama 1

JURISPRUDENCIA

CIVIL

Bioética: Técnicas de reproducción humana asistida: estudios genéticos; omisión; vacío legal; responsabilidad; diagnóstico genético preimplantacional; participación de médico. **Médico:** Obligaciones: consentimiento informado; eximente de responsabilidad; insuficiencia; reparación; fundamento legal; normativa aplicable; derecho a la identidad. **Daños y Perjuicios:** Indemnización: daño psíquico; indemnización; incapacidad sobreviniente; alcances. **Daño Moral:** Resarcimiento. **Multa Procesal:** Interpretación (CNCiv., sala D, octubre 26-2016) 1

FICHAS BIBLIOGRÁFICAS

JULIO CÉSAR CAPPARELLI. Uniones no matrimoniales, por Ursula Basset 8

6 – Si bien el SAMER en su Código de Ética en Reproducción Asistida al referirse al diagnóstico genético preimplantacional y selección de género indica que debe ser evaluado con cuidado y restringirse su uso evitando su utilización en la prevención de problemas que no afectan seriamente la salud, está señalando que para casos como el que se discute en estos autos –mutación G542X– sí debería haberse efectuado el testeo correspondiente. Es precisamente esta falencia la que hace responsable al médico y el centro especializado demandado, pues la selección de los donantes es responsabilidad de los facultativos y, en el caso, no se efectuaron a la donante de óvulos los exámenes correspondientes para eliminar, dentro de lo que resultaba factible, la posibilidad de transmisión de enfermedades graves.

7 – Las técnicas de reproducción humana asistida requieren la intervención de un cuerpo médico que participa activamente en la procreación y el no adoptar las medidas necesarias para disminuir riesgos no se supe con la información brindada a los padres acerca de las posibles consecuencias negativas de este tipo de prácticas. Por el contrario, en los supuestos de fecundación asistida, y más aún cuando es heteróloga, la responsabilidad de los galenos se ve acentuada, y el deber de diagnosticar, asesorar y emplear todas las técnicas que estén a su alcance requiere un grado mayor de exigencia precisamente por la activa participación que el médico tiene en esta clase de prácticas para las que, además, debe tener conocimientos.

8 – Si bien la obligación de los médicos es de medios, en el caso, el no adoptar las medidas que debió haber implementado el galeno –estudios genéticos a la aportante del óvulo– para evitar el daño sufrido por la niña –fibrosis quística– lo ha hecho infringir una obligación de resultado. A ello debe sumarse el

incumplimiento de la obligación objetiva de seguridad, que lo hace pasible de reproche y que solamente pudo exonerarlo si hubiera acreditado la ruptura del nexo causal, por lo que resulta insuficiente a ese fin el consentimiento informado suscripto por los progenitores de la niña, en el que se hizo constar las posibles consecuencias negativas de este tipo de prácticas.

9 – No exime de responsabilidad al galeno demandado, por haber omitido la realización de estudios genéticos preimplantacionales, el hecho que invoca relativo a que estos no cubren la totalidad de las mutaciones para fibrosis quística, en cuanto existe un porcentaje que no puede ser detectado. Ello es así, pues, en el caso, precisamente la donante de óvulos era portadora de la mutación G542X y el kit que sí se aplicó al donante de semen servía para detectarlo.

10 – Media responsabilidad de los agentes biomédicos (y de los establecimientos sanitarios), quienes deben responder frente a los padres de un niño nacido con deficiencias a raíz de haberse utilizado gametos defectuosos o en mal estado de conservación.

11 – En el caso, la responsabilidad de los codemandados –médico y establecimiento asistencial– por haber omitido la realización de estudios genéticos preimplantacionales de fibrosis quística que hubieran evitado que la niña naciera con tal dolencia se funda en las normas de los arts. 512, 502, 902, 909 y concs. del cód. civil y la obligación tácita de seguridad que emana del art. 1198, y frente a la menor, el art. 1113, párr. 2º, del mismo cuerpo legal, vigentes a la época de los hechos que nos ocupan (y que encuentran su correlato en los arts. 1722, 1724, 1725, 1737, 1749, sigs. y concs. del Código Civil Unificado) por imperio del art. 7º del cód. civil y comercial. Por

ende, los daños reclamados son susceptibles de reparación con base en las normas citadas, a lo que deben sumarse las convenciones internacionales que protegen el derecho a la vida, la integridad física, la dignidad (por ejemplo, Convención Americana de Derechos Humanos) que, en el caso, sin duda alguna han sido vulnerados.

12 – Más allá de que se comparta plenamente toda la argumentación en la que la Defensora de Cámara fundamenta el derecho que toda persona tiene a conocer su identidad, a conocer sus orígenes –derecho personalísimo este que encuentra apoyo tanto en convenciones internacionales como doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera–, no puede dejar de señalarse que, en definitiva, fueron los progenitores quienes han consentido someterse a una práctica de fecundación asistida heteróloga y que será en su caso –como bien señala la magistrada de origen– la niña quien podrá solicitar, de darse los presupuestos autorizados por la ley, por la vía y forma pertinente el acceder a esa información.

13 – Las expresiones dedicadas a la jueza de grado en la pieza recursiva, en la que más allá de tildar de carencia de fundamento, arbitrariedad, ilegítima y absurda a la sentencia dictada se refiere a la magistrada en términos que son manifiestamente impropios y faltos de ética por parte de un profesional, tanto del médico como del abogado que suscriben el escrito, los tornan pasibles de un severo llamado de atención, máxime considerando la circunstancia de que ellos mismos manifiestan sentirse ofendidos en su honor e injuriados por alguna de las manifestaciones de la parte actora. En nuestra justicia, el ojo por ojo, diente por diente que nos recuerda la ancestral Ley del Talión no es de aplicación.

dispuesta posteriormente ordenó, en los términos del art. 1710 del cód. civil y comercial de la Nación, a los bancos de gametos demandados destruir “los restantes que conformaran el embrión de autos y hacer saber a sus donantes que son portadores recesivos de la enfermedad genética que motivara esta litis, brindándole un amplio asesoramiento médico sobre alcances, efectos, tratamientos y consecuencias” (del voto de la Dra. Patricia Barbieri).

Apelada la sentencia por las partes, la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, integrada por los Dres. Patricia Barbieri, Osvaldo Onofre Álvarez y Ana María Brilla de Serrat, en lo sustancial: A) modifica la sentencia recurrida: 1) desestimando la excepción de falta de legitimación opuesta por la aseguradora TPC Compañía de Seguros S.A., atento a que la pericia contable producida determina que O. se encontraba asegurado bajo póliza que cubría su responsabilidad civil profesional como médico y como jefe de equipo del banco de semen “C.”; 2) estableciendo una suma de dinero para cada uno de los progenitores en concepto de reparación de daños por incapacidad psicológica, la cual distingue del daño moral; 3) elevando la suma de dinero otorgada en la sentencia recurrida en concepto de daño moral para la niña; y B) confirma la sentencia en todo lo demás que decide y fue materia de apelación y agravio.

De las probanzas de autos surge el resultado negativo de los protocolos de exámenes genéticos efectuados al donante de semen (quien no presenta ninguna de las 29 mutaciones estudiadas), a la par que queda en evidencia la falta de estudios genéticos realizados a la aportante de óvulos, cuyo resultado hubiese mostrado que ella es portadora sana de la enfermedad para la mutación G542X –hallada en la niña– y hubiese indicado el rechazo de esos óvulos por ser una donante “potencialmente riesgosa” para transmitir hereditariamente la patología; en ellas se funda el voto de la Dra. Patricia Barbieri –al que adhieren los otros camaristas– para atribuir responsabilidad a los médicos involucrados.

2 Fundamento de la responsabilidad de los médicos, centros y bancos de gametos: el daño injustamente sufrido

2.1. Daños

El paradigma clásico de la responsabilidad civil –fundada en la antijuridicidad y la culpabilidad– ha dado paso a un nuevo paradigma basado en el daño injustamente sufrido. Este nuevo paradigma, a su vez, se funda en uno de los principios generales del derecho, resumido en el aforismo romano *alterum non laedere*, principio que, tal como lo reconoce la CS desde hace más de 25 años⁽²⁾, tiene jerarquía constitucional y encuentra raigambre en el art.

(2) Cfr. LEIVA, CLAUDIO F., *La noción de daño resarcible en el Código Civil y Comercial*, La Ley, 18-11-16, LL, 2016-F, cita online ar/DOC/3615/2016.

19 de la CN (que reconoce el principio *neminem laedere*), y que tiene más injerencia aún desde la constitucionalización del derecho privado propugnada por el Código Civil y Comercial (cfr. arts. 1º y 2º).

Existe daño, conforme el art. 1737 del cód. civil y comercial, “cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva”. Así, la indemnización (daño resarcible de carácter patrimonial) es el resultado del daño-lesión (que puede no tener carácter patrimonial) y procura restablecer a la víctima a la situación anterior al evento dañoso⁽³⁾ mediante una reparación plena (cfr. art. 1740, cód. civil y comercial).

Pese a la sanción de la ley nacional 26.862⁽⁴⁾ y del Código Civil y Comercial (que prevé la voluntad procreacional como fuente de filiación⁽⁵⁾ mediante las técnicas de fecundación artificial⁽⁶⁾), nuestro ordenamiento jurídico vigente no contempla normas específicas que regulen la reparación de los daños a la salud de los nacidos mediante aquellas técnicas, razón por la cual todo planteo resarcitorio debe resolverse, tal como adelantamos, a la luz de los principios generales de la responsabilidad civil y del derecho, en particular, del *alterum non laedere*.

2.2. Injusticia del daño padecido: omisión de diagnóstico genético preconceceptivo en la aportante de óvulos

En este sistema de atipicidad de ilicitud y de daños⁽⁷⁾, el rol del juez es fundamental para determinar qué daños son injustos, es decir, resarcibles. Cumpliendo adecuada-

(3) Cfr. MARINO, ABEL E. - MAGLIO, MARÍA C. - BURGOS, DÉBORA - SILVESTRE, NORMA O. (dirs.), *Obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, 2016, pág. 187. Citado por LEIVA, CLAUDIO F., *La noción de daño...*, cit.

(4) Cabe añadir que el cuestionado Proyecto en debate en el Senado, N° 101/14, que “tiene por objeto regular los alcances, derecho y relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado” (cfr. art. 1º), tampoco las contempla.

(5) Cfr. MARRAMA, SILVIA, *El reconocimiento y respeto de la dignidad de algunas personas por nacer en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado*, ED, 258-884; de la misma autora, *Razonabilidad y proporcionalidad de la regulación de los derechos personalísimos a la vida y la integridad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por el Senado, con referencia a las técnicas de fecundación extracorpórea*, ED, 260-869.

(6) Expresión utilizada por la Conclusión N° 4 de la Comisión N° 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 29-9 al 1-10-11.

(7) UBIRÍA advierte que la atipicidad general del sistema de responsabilidad impide que exista un elenco o listado de perjuicios indemnizables, una serie cerrada o catálogo completo de daños, pues esta metodología frustraría el reconocimiento de otros perjuicios injustos. Las figuras dañosas configuran una serie abierta que requiere del trabajo mancomunado de la doctrina y la jurisprudencia para contemplar adecuadamente sus múltiples y heterogéneas manifestaciones. Esta labor encuentra como única barrera el rigor científico para evitar las duplicaciones. Cfr. UBIRÍA, FERNANDO A., *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015, pág. 122. Citado por LEIVA, CLAUDIO F., *La noción de daño...*, cit.

mente su rol, la Dra. Barbieri, a la par que reconoce que no existía ni existe en la actualidad ninguna norma legal argentina que establezca la obligatoriedad de llevar a cabo esas prácticas diagnósticas ni que se ha abordado el tema en la justicia –aunque sí ha sido adelantado por la doctrina nacional–, afirma que “encontrándose en juego derechos humanos fundamentales, como lo son el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la dignidad, el derecho a la identidad, garantizados por Tratados Internacionales de igual jerarquía que nuestra Constitución Nacional, no podían los demandados condenados excusarse en ese vacío legal violando las reglas del arte de la medicina”.

Es decir que, ante un sistema de atipicidad de ilicitud y daños, la camarista considera resarcible el daño causado en violación de la *lex artis*, al citar diversas entidades médicas nacionales y extranjeras especializadas en fecundación extracorpórea que recomiendan “el testeo de todos los donantes para el gen fibrosis quística”.

Por nuestra parte, en este punto seguimos la doctrina española⁽⁸⁾, que, basada en la exigencia legal que recae sobre los médicos de realizar un adecuado asesoramiento genético, señala que este debe contar con una fase de información a las partes sobre las pruebas genéticas predictivas preconceptivas. Sin embargo, en el caso bajo análisis se habría incumplido con el diagnóstico genético preconceceptivo en la aportante de óvulos.

A mayor abundamiento, la camarista recurre a la analogía de “numerosos precedentes en la materia por ej. de transmisión de enfermedades a raíz de transfusión de sangre (...) que en lo pertinente son aplicables al caso como el que nos ocupa (imputación de responsabilidad por no haberse realizado los estudios correspondientes) y de los que, seguramente, los demandados, por estar relacionados con la profesión a la que pertenecen y la trascendencia de los temas allí debatidos, habrán tomado alguna vez conocimiento”.

Advierte la Dra. Barbieri que en los supuestos de fecundación extracorpórea “y más aún cuando es heteróloga⁽⁹⁾, la responsabilidad de los galenos se ve acentuada, el deber de diagnosticar, asesorar y emplear todas las técnicas que estén a su alcance requiere un grado mayor de exigencia precisamente por la activa participación que el médico tiene en esta clase de prácticas para las que además debe tener un conocimiento calificado” (los resaltados me pertenecen).

En efecto, las técnicas extracorpóreas son cada vez más invasivas⁽¹⁰⁾. La técnica más utilizada actualmente es la de

(8) Cfr. EMALDI CIRIÓN, AITZIBER, *Los análisis genéticos predictivos y la responsabilidad médica por error en el diagnóstico, según la normativa española*, RCyS, 2010-VIII, 257, cita online: AR/DOC/5092/2010.

(9) Respecto de la fecundación heteróloga, cfr. MARRAMA, SILVIA, *Tutela de los derechos de los embriones. Análisis del Proyecto de Ley N° 10854 - 8280 de autoría del senador Melchiori*, ED, 257-811 y *Legitimación colectiva respecto del derecho a la identidad de los niños concebidos mediante fecundaciones heterólogas*, ED, 258-248.

(10) Sobre la gradualidad en el acceso a las técnicas, cfr. MARRAMA, SILVIA, *Tutela de los derechos...*, cit.

14 – El daño psicológico o psíquico no queda subsumido en el daño moral, pues ambos poseen distinta naturaleza. En efecto, el daño psíquico corresponde resarcirlo en la medida en que significa una disminución en las aptitudes psíquicas, que representan una alteración y afectación del cuerpo en lo anímico y psíquico, con el consiguiente quebranto espiritual, toda vez que este importa un menoscabo a la salud considerada en un concepto integral.

15 – Si bien es cierto que no todas las personas reaccionamos igual frente a circunstancias similares, no lo es menos que de manera alguna la perito psicóloga que se expide en autos manifiesta que con el tratamiento que aconseja se resolverá favorablemente o se mitigará el daño psicológico del que son portadores los actores. Debe observarse que la profesional que presenta su dictamen también refiere que los progenitores de la niña que padece fibrosis quística como consecuencia de haberse omitido la realización de estudios genéticos preimplantacionales son portadores de incapacidad explicitando los fundamentos de sus conclusiones, razón por la cual corresponde otorgarles una indemnización en concepto de incapacidad psicológica.

16 – La incapacidad sobreviniente comprende, salvo el daño moral y el lucro cesante, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños a la salud, a la integridad física y psíquica de la víctima, así como también su aspecto estético; es decir, la reparación deberá abarcar no solo el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que afecten su personalidad íntegramente considerada.

17 – La reparación del daño físico causado debe ser integral, es decir, debe comprender todos los aspectos de la vida de un individuo; dicho de otro modo, debe resarcir las disminuciones

que se sufran como consecuencia del evento y que le impidan desarrollar normalmente todas las actividades que el sujeto realizaba, así como también compensar de algún modo las expectativas frustradas.

18 – El resarcimiento que corresponde por daño moral está destinado a reparar al individuo cuando se lesionan sentimientos o afecciones legítimas como persona, es decir, cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o cuando de una manera u otra se ha perturbado su tranquilidad y el ritmo normal de su vida.

19 – El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, que no es igual a la equivalencia. La dificultad en calcular dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico, padecimientos propios de las curaciones y malestares subsistentes.

20 – Debe procederse con suma cautela cuando se trata de aplicar sanciones disciplinarias, y es preferible que su mesurado uso deje sin sanción a algún malicioso antes que penar a quien puede no asistirle razón en su planteo, pero respecto del cual tampoco se reunieron serias evidencias para considerarlo incurso en la conducta que reprime el art. 45 del cód. procesal civil y comercial de la Nación.

21 – No puede atenderse la pretensión de exención de responsabilidad fundada en el consentimiento informado, en realidad en varios prestados por los actores ante el centro especializa-

alta complejidad ICSI. Sin embargo, Human Fertilisation Embryology Authority del Reino Unido de Gran Bretaña informa⁽¹¹⁾ que, en líneas generales, sería razonable –con base en las estadísticas de tasa de éxito de las técnicas– intentar entre tres y seis tratamientos de baja complejidad IUI (inseminación intrauterina) antes de consultar por un tratamiento de alta complejidad.

2.3. Nexo causal

La Dra. Barbieri realiza una verificación en el caso de las dos fases del juicio de constatación causal⁽¹²⁾.

Verifica el nexos causal fáctico con el siguiente razonamiento: por una parte, reconoce que los estudios moleculares realizados por el banco de semen solo permiten descartar en un 77 % la probabilidad de que el donante fuera portador sano de la enfermedad, si bien entiende que esos estudios hubiesen bastado para eximir a los médicos de responsabilidad en caso de haberse realizado también a la aportante de óvulos, pues eran los estudios que se encontraban disponibles en el país a la fecha en que fueron practicados. La donante de óvulos es portadora de la mutación G542X –hallada en la niña– y “el kit que sí se aplicó al donante de semen servía para detectarlo”.

En cuanto al nexos causal jurídico-valorativo, la Dra. Barbieri –fundada en las conclusiones de las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros de 1992, que establecieron que media responsabilidad de los agentes biomédicos (y de los establecimientos sanitarios) y que deben responder frente a los padres de un niño nacido con deficiencias, a raíz de haberse utilizado gametos defectuosos o en mal estado de conservación– afirma que la selección de los donantes es responsabilidad de los médicos y dado que, en el caso, no se efectuaron a la donante de óvulos los exámenes correspondientes para eliminar, dentro de lo que resultaba factible, la posibilidad de transmisión de enfermedades graves, los médicos intervinientes resultan civilmente responsables. Ya que “si bien la obligación de los médicos es de medios, en este caso, el no adoptar las medidas que debió haber implementado para evitar este tipo de daño lo ha hecho infringiendo una obligación de resultado. A ello debe sumarse el incumplimiento de

(11) *Intrauterine insemination (IUI) - chance of success*, en <http://www.hfea.gov.uk/iui-success-rate.html>. Traducción propia. Fecha de consulta: 2-5-14.

(12) El juicio de constatación causal se debe dividir en dos fases. La primera consiste en la fijación del nexos causal fáctico, libre de valoraciones jurídicas. Por lo general, se realiza según el criterio de la *conditio sine qua non*. Es una cuestión de hecho, sujeta a prueba. La segunda fase ocurre cuando, corroborada la causa del daño en su faz material, se realiza un juicio de orden jurídico-valorativo, a los efectos de establecer “si el resultado dañoso causalmente imbricado a la conducta del demandado, puede o no serle objetivamente imputado”. Cfr. MAYO, JORGE A. - PREVOT, JUAN M., *La relación de causalidad como requisito autónomo y esencial de la responsabilidad civil*, La Ley 15-9-10, 1, LL, 2010-E-945.

la obligación objetiva de seguridad que lo hace pasible de reproche y que solamente pudo exonerarlo si hubiera acreditado la ruptura del nexos causal. Y a mi entender, a este fin *no alcanza el consentimiento informado* suscripto por los progenitores de F. como pretende hacerlo valer el codemandado R.” (los resaltados me pertenecen).

2.4. Rubros indemnizatorios en favor de la niña

El reclamo de los nacidos de las técnicas contra los profesionales actuantes, centro de fertilización artificial, bancos y dadores de gametos se enmarca dentro del ámbito aquiliano o extracontractual⁽¹³⁾. Esto implica que resultarán indemnizables “la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida” (cfr. art. 1738, cód. civil y comercial).

El voto de la Dra. Barbieri condena a reparar la “incapacidad sobreviniente” y el daño moral sufridos por la niña enferma.

En cuanto al primer rubro, citando un precedente de 2010⁽¹⁴⁾, se definen los alcances de la incapacidad sobreviniente, que “comprende, salvo el daño moral y el lucro cesante, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños a la salud, a la integridad física y psíquica de la víctima, como así también a su aspecto estético, es decir, la reparación deberá abarcar no solo el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que afecten su personalidad íntegramente considerada”.

3 Excursus

3.1. Responsabilidad objetiva y carga de la prueba dinámica

Más allá del caso bajo análisis, los daños físicos, psicológicos⁽¹⁵⁾ y morales que padece un embrión concebido extra-

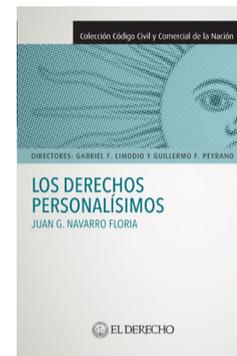
(13) Si bien el régimen legal aplicable a la relación médico-paciente es el derivado de la órbita contractual, ya que la mayoría de las veces se trata del incumplimiento de un contrato, existen excepciones a ese principio general, tales como los casos en los cuales el servicio del profesional no es requerido por el paciente sino por una persona distinta, como en el presente caso, en que los progenitores –clientes– son quienes solicitan la aplicación de las técnicas, y los pacientes son los embriones.

(14) CNCiv., sala M, 13-9-10, “Estévez, María Cristina c. Amarilla, Jorge Roberto y otros”, La Ley online, AR/JUR/61637/2010.

(15) Al producirse la fertilización y el primer desarrollo del embrión fuera del cuerpo de la madre, ¿no da esto lugar a un aumento del riesgo de defectos congénitos o de retraso en el desarrollo cognitivo y motor en el niño? ¿Tienen los padres, por su firme deseo de tener un hijo, a la

FONDO EDITORIAL

Novedades



JUAN G. NAVARRO FLORIA

COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

ISBN 978-987-3790-44-7
229 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

do y, en algún caso, también con intervención del profesional especialista en la técnica de reproducción asistida utilizada, en que, si bien no se aseguraban resultados, resultaba menester imbuir a los involucrados con un conocimiento acabado de los riesgos que se asumen y, en especial en el sub lite, especificar con claridad el alcance de los estudios de factibilidad de portación de mutaciones en los genes de los donantes y la posibilidad de contener alguna no detectable, en orden a obtener un consentimiento libre con asunción plena y res-

corpóreamente pueden obedecer no solo a un actuar doloso, culposo u omisivo de los profesionales médicos, centros de fecundación artificial, bancos y dadores de gametos –en la inseminación heteróloga–, e incluso de los progenitores⁽¹⁶⁾, sino que en su mayoría se ocasionan por la sola utilización de las técnicas de referencia⁽¹⁷⁾. Por tanto, estamos ante supuestos de responsabilidad objetiva, ya que la actividad misma (técnicas de fecundación artificial extracorpórea y lo que estas conllevan⁽¹⁸⁾) es riesgosa. Por tanto, y amén del cambio de paradigma al que aludimos anteriormente, el eje del problema de la responsabilidad se desplaza de la culpabilidad del autor a la causalidad, esto es, a la determinación de cuál hecho fue, materialmente, causa del daño, y de su aplicación resulta que, cuando no se puede determinar quién causó el daño, el deber de reparar a la víctima pesa igualmente sobre el titular de la actividad (en el caso, profesional actuante). De ahí que solo podrán eximirse de responsabilidad los sujetos pasivos demostrando la ruptura de la relación causal.

En cuanto a la carga de la prueba, en principio, quien demanda tiene a su cargo demostrar su título (vale decir, uno de los actos ilícitos aptos para generar resarcimiento) y la causa física del daño (contacto material entre la conducta y un resultado). No obstante esto, consideramos que rige en estos casos la teoría de la carga probatoria dinámica, que impone la prueba a quien está en mejores condiciones de producirla, ya que indudablemente no es el hijo nacido a consecuencia de estas técnicas quien ocupa tal posición ventajosa. En definitiva, la víctima solo tiene que probar el daño injustamente sufrido.

sobreprotección o exageradas expectativas respecto de él? ¿Será inusual y desviada la relación padre-hijo? Asimismo pueden causarse: a) enfermedades físicas o psicológicas derivadas de la utilización de las técnicas; b) enfermedades físicas o psicológicas derivadas de la manipulación o experimentación con embriones humanos; c) daños físicos o psicológicos derivados de la criopreservación de embriones y d) daños físicos o psicológicos derivados de la clonación, prácticas eugenésicas, octogénesis (esta técnica implica desarrollar un embrión en un útero artificial hasta una edad gestacional determinada). Cfr. MATOZZO DE ROMUALDI, LILIANA A., *La biotecnología y el derecho a la identidad*, en <http://www.vidahumana.org/vidafam/repro/biotecnologia.html>.

(16) Cfr. MARRAMA, SILVIA, *¿Qué alcances tiene la responsabilidad civil que cabe a quienes realizan técnicas de fecundación artificial extracorpórea? Esbozo de una respuesta*, en ED, 245-1263.

(17) Desde hace tiempo intento mostrar los daños a los que se encuentran expuestos los niños nacidos de estas técnicas (cfr. MARRAMA, SILVIA, *Dos campanas que retienen: alterum non laedere. ¿Quién no presta oídos a una campana cuando tañe por algo?*, ED, 243-77). La ciencia médica descubre día a día nuevos riesgos a los que se encuentran expuestos. Un estudio riguroso publicado recientemente concluye que la concepción mediante técnicas de reproducción extracorpórea se asocia a un mayor riesgo de leucemias y linfoma de Hodgkin. Cfr. REIGSTAD, MARTE M. - LARSEN, INGER K. - MYKLEBUST, TOR Á. - ROBSAHL, TRUDE E. - OLDEREID, NAN B. - BRINTON, LOUISE A. et al., *Risk of Cancer in Children Conceived by Assisted Reproductive Technology*, American Academy of Pediatrics, 2016, 137, págs. 1/12.

(18) Cfr. MARRAMA, SILVIA, *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*, Paraná, Dictum, 2012, colección Doctrina.

ponsable de los riesgos que el sistema conlleva (del voto de la doctora BRILLA DE SERRAT), M.M.F.L.

59.338 – CNCiv., sala D, octubre 26-2016. – G., A. M. y otros c. R., L. R. y otros s/daños y perjuicios-resp. profesionales médicos y aux.

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 26 días del mes de octubre de dos mil dieciséis, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “D”, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados “G., A. M. y otros c/ R., L. R. y otros s/ Daños y Perjuicios-Resp. Profesionales Médicos y Aux.”, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores Patricia Barbieri, Osvaldo Onofre Álvarez y Ana María Brilla de Serrat.

A la cuestión propuesta la doctora Patricia Barbieri, dijo:

I) La sentencia de fs. 1166/1198 hizo lugar a la demanda promovida por A. M. G. y M. L. D. M., por derecho propio y en representación de su hija menor de edad F. M. G., condenando a L. R. R. y C. S.A. –C. S.A.– a abonar la suma total de \$4.618.260 discriminada en la forma allí establecida, con más sus intereses, condena que hizo extensiva a TPC Compañía de Seguros Sociedad Anónima, en la medida del seguro, y rechazó la acción contra R. J. O., haciendo abarcativo el efecto liberatorio respecto de ese codemandado a su aseguradora. Impone las costas a los codemandados vencidos y difiere la regulación de honorarios hasta la etapa liquidatoria.

Nos permitimos agregar que, dada la invulnerabilidad absoluta de la dignidad humana (cfr. arts. 51 y 52, cód. civil y comercial) y el respeto que es debido a la vida (cfr. art. 19, cód. civil y comercial) y salud del embrión, toda cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad por daños originados en la fecundación extracorpórea que se pacte al contratar las técnicas será nula y que el contrato será inexigible (cfr. art. 54, cód. civil y comercial). Ello no obsta a la cobertura de la responsabilidad médica por parte de una compañía de seguros, tal como sucede en el caso bajo análisis respecto del demandado O.

3.2. Responsabilidad de los aportantes de gametos

Si bien en el caso los camaristas se encontraron frente a un hecho consumado (una niña enferma nacida de técnicas de fecundación heteróloga), cabe recordar que, en cuanto a los aportantes de gametos, el art. 56 del cód. civil y comercial prohíbe “los actos de disposición del propio cuerpo que (...) resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres...”. Las prohibiciones del art. 56 alcanzan tanto al cuerpo humano como a sus partes (cfr. art. 17)⁽¹⁹⁾, entendiéndose por tales también a los genes y gametos, cuya naturaleza jurídica es la de objetos con valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Los gametos humanos –óvulos y espermatozoides–, una vez separados del cuerpo, son asimilables a las cosas riesgosas o viciosas, ya que portan los caracteres genéticos del progenitor, únicos e irrepetibles. Por ello, están fuera del comercio y no pueden ser objeto de derechos patrimoniales (no pueden ser objeto de un derecho de propiedad ni ser transmitidos *mortis causa* o donados⁽²⁰⁾).

(19) Los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial establecen en el punto 7.6: “Tradicionalmente se ha considerado que el cuerpo es soporte de la noción de persona (...) el problema surge cuando se advierte que el cuerpo humano y sus partes, tales como las piezas anatómicas, órganos, tejidos, células, genes, pueden ser separados, aislados, identificados, y luego trasplantados, patentados, transferidos comercialmente. Un modo de resolver el problema es recurrir a los derechos de la personalidad. El derecho a la integridad personal se extiende tanto al cuerpo como a las piezas anatómicas una vez extraídas del cuerpo, mientras sea posible la identificación de estas con dicha persona. La información sobre las distintas partes del cuerpo y, en especial, los genes forman parte del derecho de la persona. Todo se incluye dentro del derecho a la autodeterminación, de lo que se deriva, además, que estos derechos están fuera del comercio. No tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social (...). No son bienes en el sentido jurídico del art. 2312 del Código Civil, ya que no son derechos personales ni derechos reales sobre cosa ajena (...). Se admite, pues, la categoría de objeto de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Es preferible esta enumeración que es limitativa del concepto, a una enunciación negativa (“bienes que no tienen un valor económico” o “extrapatrimoniales”). El valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien...”

(20) Cfr. FERRER, FRANCISCO A. M., *Procreación asistida. Panorama jurídico*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1995, pág. 88.

La aclaratoria dispuesta a fs. 1213 desestima el pedido de sanciones por temeridad y malicia y en los términos del art. 1710 del CCyCN ordena a los Bancos de gametos demandados en autos, la destrucción de los restantes que conformaran el embrión de autos y hacer saber a sus donantes que son portadores recesivos de la enfermedad genética que motivara esta litis, brindándole un amplio asesoramiento médico sobre alcances, efectos, tratamientos y consecuencias.

II) La sentencia fue apelada por el codemandado O. a fs. 1206/1208, por el coaccionado R. a fs. 1210, por la parte actora a fs. 1211 y 1221, por la aseguradora a fs. 1214, recursos concedidos libremente a fs. 1229. La Sra. Defensora de Menores e Incapaces hace lo propio a fs. 1238, concediéndose libremente dicho recurso a fs. 1239.

Los actores presentan sus agravios a fs. 1245/1250, R. a fs. 1252/1257, O. a fs. 1258/126 [sic], y la Sra. Defensora a fs. 1282/1290, contestándose a fs. 1261/1262, 1263/1267, 1278/1279, 1300/1305 y 1308/1309, respectivamente.

Los actores se quejan de la eximición de responsabilidad respecto del codemandado O., la desestimación del rubro Incapacidad psíquica con relación a M. L. D. M. y A. M. G. y el rechazo de la sanción por temeridad y malicia.

Por su parte R. controvierte porque considera que la sentencia dictada ha sido arbitraria, insólita, absurda e ilegítima al prescindir de pruebas producidas en autos, a las que alude.

El codemandado O. se queja por la falta de tratamiento en que la juez de grado incurriera al no resolver respecto de la excepción de falta de legitimación opuesta por TPC solicitando se lo haga desestimándosela e imponiendo las costas respectivas a la aseguradora.

Al respecto, considero que la “donación”⁽²¹⁾ de gametos es contraria a la ley, la moral y las buenas costumbres (todos ellos son límites constitucionales que el art. 56 reconoce), ya que son portadores de rasgos físicos y psíquicos de la persona. “Es importante entender que donar semen no es lo mismo que donar sangre o que vender una muñeca o una heladera en un supermercado. Amén que muchos doctrinarios sostienen que una vez extraídos son jurídicamente cosas, creemos que esta respuesta peca de simplista. La falta de identidad de los gametos con cualquier otra sustancia humana impide la aplicación del régimen jurídico de las transfusiones de sangre (ley 22.290) y trasplantes de órganos (ley 24.193). En verdad, el semen y los óvulos no son órganos comunes. Son células germinales y están destinadas a producir vida humana; son las fuentes mismas de ella y por lo tanto, son radicalmente distintas de otras que forman nuestra anatomía. Los gametos son como el mismo cuerpo humano, elementos portadores de la personalidad: transmiten la vida y los caracteres genéticos del dador. Por eso sea dicho que la dación de esperma es dación de paternidad, y la de óvulos es dación de maternidad”⁽²²⁾.

3.3. Ilícitud del diagnóstico genético preimplantacional

Teniendo presente la distinción de la doctrina española⁽²³⁾ entre diagnóstico preconceptivo, preimplantatorio, prenatal y posnatal, es importante aclarar que en el caso bajo análisis se responsabiliza a los galenos por la omisión de diagnóstico genético predictivo preconceptivo –el cual no presenta objeciones ético-jurídicas más allá de las objeciones que merecen las técnicas de fecundación extracorpórea en sí mismas–, a diferencia del diagnóstico preimplantatorio.

Por ello, el diagnóstico preconceptivo omitido por los galenos demandados en el caso bajo análisis genera el deber de indemnizar los daños, pero la omisión de diagnóstico genético preimplantacional no puede dar lugar a reparación alguna, ya que esta técnica diagnóstica ocasiona una disminución permanente en la integridad del embrión al extraérsele –para realizarla– un número considerable de células totipotenciales⁽²⁴⁾. Es una técnica que debe considerarse, por ello, prohibida por el art. 56 del cód. civil y comercial, amén de que se la utiliza con fines eugenésicos, asimismo, desaprobados por el derecho.

(21) Cabe aclarar que la utilización del término “aportante” en lugar del de “donante” es irrelevante a los fines de afirmar la ilícitud del acto de poner a disposición de otro –sea en forma onerosa o gratuita– los propios gametos.

(22) Cour de Cassation, reunión plenaria, 31-5-91, Recueil Dalloz, 1991, 30° Cabier, Jurisprudence, citado en FERRER, FRANCISCO A. M., *Procreación asistida. Panorama...*, cit.

(23) Cfr. EMALDI CIRIÓN, AITZIBER, *Los análisis genéticos...*, cit.

(24) Cfr. AQUINO, JORGE B. - CHIESA, PEDRO J. M., *En cada proceso de fecundación in vitro mueren 23, 46, 69 o más embriones humanos. Sobre el estatus jurídico de las células totipotenciales extraídas a los embriones de la fecundación in vitro para un diagnóstico genético antes de transferirlos al útero*, ED, 252-1039.

La Sra. Defensora de Cámara a más de adherir a los agravios presentados por la actora, solicitando se responsabilice al codemandado O., se queja por los *quantum* indemnizatorios fijados en concepto de incapacidad sobreviviente y daño moral y derecho a la identidad que fuera desestimado por la juzgadora.

III) Invitadas las partes a arribar a una conciliación en sede de esta Alzada, la misma no arrojó resultados positivos, llamándose a fs. 1323 autos para sentencia, los que se encuentran firmes.

IV) Brevemente reseñemos que en autos se presentan los padres de una menor, reclamando por sí y en representación de su hija, los daños derivados como consecuencia del tratamiento de fertilización asistida heteróloga (FIV) que tuviera como resultado el nacimiento de la niña con una grave patología genética (fibrosis quística), dirigiendo la acción contra el médico que llevó adelante la fecundación intrauterina, el centro que facilitara los óvulos y el médico a cargo del banco de semen que también proporcionara el gameto masculino, haciendo extensiva la acción a la respectiva aseguradora, con fundamento en la deficiente selección del material genético cuya responsabilidad atribuyen a los demandados.

V) Debo señalar que no me encuentro obligada a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.).

Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino

3.4. Ilícitud de la pretensión indemnizatoria por haber nacido

Si bien en el caso los actores no demandaron resarcimiento por el hecho de que la niña haya nacido (*wrongful birth/life*⁽²⁵⁾), tal pretensión no hubiese sido atendible ya que la misma vida no puede constituir un perjuicio que dé derecho a reparación. Nos fundamos para aseverar esto en la propuesta del Gobierno francés, aprobada por la Asamblea General el 10 de enero de 2002, que desestimó la doctrina del caso “Perruche”⁽²⁶⁾. El texto aprobado por la Asamblea General francesa, en lo que nos interesa, estipula que “nadie, aunque haya nacido minusválido, puede beneficiarse de un perjuicio por el único hecho de su nacimiento. La persona nacida con una minusvalía debida a un error médico puede obtener la reparación de su perjuicio cuando el error hubiera provocado la minusvalía, la hubiese agravado o no hubiera permitido tomar medidas para atenuarlo”⁽²⁷⁾. Solo por la minusvalía provocada, agravada o no atenuada por un error médico habrá resarcimiento y no por el hecho de haber nacido y no haber sido abortado.

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos otorga poder a toda madre de un niño con malformaciones genéticas de decidir si esa vida merece o no vivirse, y en atención a la carga que supondrá el cuidado de ese niño la madre puede decidir evitarla abortando temporalmente. Así lo tiene dicho en un fallo⁽²⁸⁾ en el que resolvió que una niña de 9 años de edad con síndrome de Turner debería haber podido ser abortada por su madre.

3.5. Deficiencias del consentimiento informado

Más allá de lo que acertadamente señala la Dra. Barbieri sobre las falencias del consentimiento informado prestado por los progenitores, quienes no fueron informados adecuadamente acerca de los riesgos, también me pregunto si fueron notificados sobre el destino de los embriones “sobrantes”, entre otras cuestiones graves generalmente no contempladas en la información que se brinda a los requeridos de las técnicas.

(25) Ver al respecto BASSET, URSULA C., *Wrongful life/birth: el problema de decidir qué vidas merecen la pena ser vividas*, La Ley, DFyP 2011 (noviembre), 280. CANELLOPOULOU BOTTIS, MARÍA, *Wrongful birth and wrongful life actions*, European Journal of Health Law, 11: 55-59, 2004, cit. por LAFFERRIÈRE, JORGE N., *Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida (Honorable Senado de la Nación. Comisiones de “Salud y Deporte”, “Legislación General” y “Justicia y Asuntos Penales”)*. Audiencia sobre “Fertilización asistida: Aspectos Jurídicos”. Buenos Aires, 15 de agosto de 2006), ED, 219-858.

(26) Cfr. FRANCISCO, JOSÉ, *Evolución de la doctrina jurídica en el caso “Perruche”*, en http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=226 Último acceso 31-10-11.

(27) Ídem.

(28) Corte Europea de Derechos Humanos, 26-5-11, “R.R. c. Poland”, nota a fallo de BASSET, URSULA C., *Wrongful life/birth...*, cit.

aquellas que estime apropiadas para resolver el mismo (CSJN, Fallos: 274:113; 280:320; 144:611).

VI) Preliminarmente y conforme lo explicara el Sr. Perito médico genetista designado en autos (a quien debo agradecer la explicación brindada en términos comprensibles para quienes carecemos de conocimientos en la materia y cuyo dictamen valoro conforme el art. 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación al igual que la contestación a las impugnaciones y pedido de explicaciones a que fuera sometido y que considero respondidas satisfactoriamente), la fibrosis quística que presenta F. es una enfermedad monogénica, producida por la mutación de un gen.

La información genética se halla almacenada en unos elementos denominados cromosomas, que son en rigor unidades de reservorio, señalando el experto que, haciendo analogía con la informática serían los discos duros, tanto internos como externos, o los *pendrive* o los *CD*, en donde se almacenan datos, tratándose de cromosomas, datos genéticos.

En cada núcleo de cada célula normal hay un número determinado de estos cromosomas que es de 46. Estos cromosomas además, están organizados de a pares; son en realidad 23 pares de cromosomas. Cada par de cromosomas tiene la misma información genética, es decir, que la información está preservada por duplicado. Por lo tanto el ser humano tiene dos juegos de información genética, uno de origen materno y el otro de origen paterno.

A su vez los cromosomas están divididos en dos tipos: los Autosomas, que son los pares de cromosomas compartidos por igual entre hombres y mujeres y que son los 22 pares numerados en forma correlativa desde el 1 al 22. Y los cromosomas sexuales, que serían el par 23.

Por otra parte, todo consentimiento informado (cfr. art. 5° y sigs., ley 26.529 y sus modificatorias) debe explicitar al paciente los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios⁽²⁹⁾. En tal sentido, intuimos que los progenitores de la niña enferma de autos no fueron debidamente informados acerca de las *alternativas médicas* a la fecundación extracorpórea, que restauran la salud de la pareja para que pueda concebir naturalmente. Una de ellas es la *Naprotecnología*⁽³⁰⁾, que “incluye tratamientos médicos y quirúrgicos. Asimismo, ayuda a la búsqueda del embarazo a través de la enseñanza los Indicadores de Fertilidad en patologías más o menos complejas”⁽³¹⁾. Human Fertilisation Embryology Authority del Reino Unido de Gran Bretaña reconoce⁽³²⁾ que algunos casos de infertilidad, tanto en hombres como mujeres, pueden ser revertidos con cirugía, por ejemplo, el desbloqueo de las trompas de Falopio, la cirugía en los casos de varicocele o la reversión de una vasectomía previa.

Una reconocida médica especialista en fertilidad de la Fundación COF Getafe de España afirma: “Todos los estudios indican unos porcentajes de éxito más altos que en la fecundación *in vitro* incluso. Hay muchos estudios realizados en Estados Unidos con tasas tres veces más altas que la fecundación *in vitro*, es verdad, hasta del 81 % porque muchas veces los defectos de la ovulación no se saben tratar y esta ciencia los aborda. Hay muchas mujeres que llegan a nosotros habiendo fracasado en varios tratamientos de fecundación *in vitro*”⁽³³⁾. Algunos ejem-

(29) Cfr. MARRAMA, SILVIA, *Ley nacional 26.529: interpretación, análisis crítico y propuestas de reforma*, ED, 245-881; de la misma autora, *La ley 26.742 y su interpretación a la luz de un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ED, 248-802 y *La autonomía del paciente es relativa*, en Boletín de Bioderecho IX, ED, 245-1106.

(30) La *NaProTecnología*, también conocida como “Tecnología de Procreación Natural”, es el conjunto de los distintos procedimientos que cooperan con la fecundación y agrupa a las técnicas de ayuda a la procreación. El enfoque es “restaurador” para tratar la infertilidad, con el objetivo de lograr tasas de embarazo en ciclos naturales. Tales enfoques tienden a ser multifactoriales ya que abarcan múltiples causas. Cfr. CENTRO DE BIOÉTICA, PERSONA Y FAMILIA, Informe *La NaProTecnología: Diagnóstico y tratamiento de las causas de la infertilidad*, septiembre de 2013, Informe elaborado por la Ing. Selva Contardi con la colaboración de la Ing. María Emilia Fernández, en <http://centrodebioetica.org/tag/naprotecnologia/>. Fecha de consulta: 29-8-16.

(31) Cfr. BELLETICH, ELENA, *Naprotecnología: una alternativa natural contra la infertilidad*, publicado el 23-9-12 en <http://udep.edu.pe/hoy/2012/naprotecnologia-una-alternativa-natural-contra-la-infertilidad-3/>. Fecha de consulta: 2-9-16.

(32) *Surgery*, en <http://www.hfea.gov.uk/fertility-treatment-options-surgery.html>. *Surgery for women*, en <http://www.hfea.gov.uk/female-infertility-surgery.html> y *Surgery for men*, en <http://www.hfea.gov.uk/male-infertility-surgery.html>. Traducción propia. Fecha de consulta: 2-5-14.

(33) *Naprotecnología. La ciencia al servicio de la vida*: entrevista con Helena Marcos, experta en *Naprotecnología*, médica del Área de reconocimiento de la Fertilidad de la Fundación COF-Getafe, publicada el 22-4-16 en <http://www.fundacioncofgetafe.org/single-post/2016/04/23/Naprotecnolog%C3%ADa-La-ciencia-al-servicio-de-la-vida>. Fecha de consulta: 30-8-16.

La fibrosis quística es una enfermedad monogénica y autosómica, dado que el gen responsable se encuentra en un autosoma, más precisamente en el cromosoma del par 7.

Los humanos, como ya se señaló, tienen la información por duplicado. Así de cada gen hay dos ejemplares o dos copias. Cada una de ellas recibe el nombre de alelo. Es decir que para que un gen funcione adecuadamente se necesita que estén presentes ambos alelos. Uno de los alelos es materno, heredado de la madre y el otro alelo es paterno, heredado del padre.

Estos dos alelos pueden ser exactamente iguales o pueden ser distintos. O sea que la secuencia de bases de ambos alelos puede ser idéntica, en ese caso hablamos de homocigosis, o puede haber alguna diferencia, alguna mutación entre ambos, heterocigosis.

En la homocigosis, no existirían “conflictos”, es decir que habría una sincronía en la función de ambos alelos, sean estos normales o mutados. Si ambos fueran normales, la enfermedad no se manifestaría. En cambio si ambos alelos estuvieran mutados, esa enfermedad se expresaría.

La heterocigosis en cambio, sí plantea un conflicto ya que uno de los dos alelos debe expresarse dado que casi no existen situaciones en donde ambos se expresen. En la fibrosis quística, en la heterocigosis sólo se expresa uno de los alelos, que es el alelo normal. En otras palabras, basta con que uno de los dos alelos sea normal para que la enfermedad no se manifieste. En definitiva, para que la fibrosis quística se exprese es necesario que ambos alelos estén mutados. Este tipo de situaciones corresponden a enfermedades recesivas.

Las personas que presentan un alelo normal y un alelo mutado que no presentan clínicamente la enfermedad, son portadores sanos.

plos de la *tasa de éxito de la Naprotecnología respecto de la FIVET*⁽³⁴⁾:

Patología	Naprotecnología	Fertilización <i>in vitro</i>
Endometriosis	56,7 - 76,4 %	21,2 %
PCOS	62,5 - 80 %	25,6 %
Obstrucción tubaria	38,4 %	27,2 %

Al respecto y más allá del consentimiento informado de los requirentes de las técnicas, consideramos que el sistema de salud argentino debería promover la *Naprotecnología* en lugar de la fecundación extracorpórea (promovida desde la sanción de la ley 26.862 e incluso antes, a través de la jurisprudencia que ordena la cobertura integral y gratuita de estas técnicas), atento a que resulta más exitosa y menos costosa, tal como ha hecho Polonia⁽³⁵⁾.

4 Conclusión

La sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se ha enfrentado a una dolorosa cuestión de hecho consumada, cuyos daños ordena reparar en forma integral mediante una ejemplar sentencia, pionera en la materia.

Esperamos que fallos como el que comentamos ayuden a la reflexión de legisladores y jueces y, en adelante, se promuevan alternativas menos costosas –no solo desde un punto de vista económico, sino, sobre todo, menos costosas en vidas humanas que se pierden y menos lesivas de la dignidad y los derechos de los niños que llegan a nacer–.

VOCES: MÉDICO - DAÑOS Y PERJUICIOS - HOSPITALES Y SANATORIOS - BIOÉTICA - CÓDIGOS - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

(34) *9 Facts about Napro. For Those Struggling With Infertility*, en <http://www.restorefertilitycare.com/infertility-ebook/>. Fecha de consulta: 3-9-16.

(35) Una de las primeras decisiones que tomó el nuevo ministro de Sanidad de Polonia, Konstanty Radziwiłł, fue la de poner fin, el 30 de junio de este año 2016, al programa de financiación de fecundación *in vitro* (FIVET), que había sido puesto en marcha por el anterior Gobierno en julio de 2013. En su lugar, el Ministerio de Sanidad de Polonia iniciará el Programa Nacional Procreativo, que implementará soluciones de la *Naprotecnología*.

Según Radziwiłł, “las soluciones basadas en un diagnóstico en profundidad (como el que aporta la tecnología *NaPro*) son *menos caras, más efectivas y no acarrea dudas de carácter ético* (...) Son métodos fácilmente disponibles, notorios y usados durante docenas de años (...) Gracias al estructurado procedimiento y al diagnóstico ampliado, nuestros pacientes verán facilitado su acceso a métodos de tratamiento punteros, algo que, en el futuro, se traducirá en un incremento de la *tasa de fertilidad en Polonia*”. BRZEZIŃSKA-WALESZCZYK, MARTA, *El gobierno polaco abandona la financiación para la “in vitro” a cambio de las tecnologías que ayudan a diagnosticar y tratar la infertilidad*, publicado el 6-6-16 en <http://es.aleteia.org/2016/06/06/naprotecnologia-en-lugar-de-fiv-no-es-tan-sencillo/>. Fecha de consulta: 30-8-16.

FONDO EDITORIAL

NUEVOS TÍTULOS

Colección “Código Civil y Comercial de la Nación”

Directores

DR. GABRIEL F. LIMODIO
DR. GUILLERMO F. PEYRANO

“Concebida con rigurosa metodología y un criterio práctico, procurando brindar un instrumento de consulta ágil que armonice la preocupación científica con la problemática que plantea diariamente la actividad profesional, ante la reforma más importante del Derecho Privado argentino desde la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield”.

•••



URSULA C. BASSET
ELIANA GONZÁLEZ
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Régimen patrimonial del matrimonio

ISBN 978-987-3790-36-2
262 páginas

•••

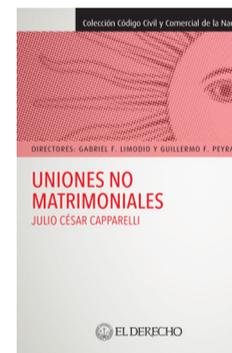


CECILIA CABRERA DE GARIBOLDI
ANA ORTELLI
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Derecho sucesorio

ISBN 978-987-3790-36-3
362 páginas

•••



JULIO CÉSAR CAPPARELLI
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Uniones no matrimoniales

ISBN 978-987-3790-38-6
192 páginas

•••



EDUARDO C. MÉNDEZ SIERRA
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Obligaciones dinerarias

ISBN 978-987-3790-34-8
285 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar