

Título: Técnicas de reproducción humana asistida y responsabilidad civil

Autores: Herrera, Marisa - Salituri Amezcua, Martina

Publicado en: RCyS2016-VII, 5

Cita: TR LALEY AR/DOC/1607/2016

Sumario: I. Introducción. Planteo del objeto de análisis.- II. El caso italiano: una demanda de daños frente al intercambio erróneo de embriones.- III. Los presupuestos de la responsabilidad civil y su aplicación en las TRHA a la luz del CCyC.- IV. El caso uruguayo: una demanda de daños frente a la pérdida de embriones in vitro.- V. Breves palabras de cierre.- VI. Referencias bibliográficas.

"El debate en torno a la naturaleza jurídica del embrión in vitro no es privativo de las TR HA sino, por el contrario, lo excede con creces al tener clara incidencia —y de qué entidad— en el campo del derecho de daños. Aquí se rescata y revaloriza la importancia de una cuestión típicamente reproductiva para mostrar las virtudes e impacto en otro ámbito bien diferente como lo es el de la responsabilidad civil; advirtiéndose que otras tantas consideraciones también reflejarían puntos o intereses en común".

(\*)

## Resumen

El avance de la biotecnología en el campo de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) ha tenido un fuerte impacto en las sociedades contemporáneas. Deslindar sexualidad de procreación ha permitido el nacimiento de un mayor número de personas y la conformación de organizaciones familiares diversas y plurales. Ello ha generado conflictos que interpelan al campo del Derecho en varias de sus ramas. Una de ellas es el ámbito de la responsabilidad civil, es decir, cuáles son los daños jurídicamente reparables derivados del uso de esta técnica médica de incidencia directa en el derecho de familia y en los derechos personalísimos. Esta intersección temática de relevancia ascendente, entre TRHA y derecho de daños, constituye el objetivo del presente ensayo.

### I. Introducción. Planteo del objeto de análisis

Las técnicas de reproducción humana asistida (1) (TRHA) han ampliado la posibilidad de ejercer derechos subjetivos permitiendo, no solo traspasar la valla de la infertilidad médica, sino también de la infertilidad estructural o social (2). Sucede que el reconocimiento de las familias homoparentales a través de la extensión o permisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, ha sido el puntapié inicial para habilitar en el plano legal la concreción de conformaciones familiares diversas y plurales en las que el derecho a formar una familia y el acceso a la maternidad/paternidad mediante el uso de las TRHA ocupan un lugar central.

En consecuencia, y tal como lo destaca la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica* del 28/11/2012 (3) y reafirmado en fecha 26/02/2016 (4), es clara la conexión entre las TRHA y los Derechos Humanos al involucrar las primeras los derechos humanos a: la vida privada y libertad reproductiva; al desarrollo de la personalidad; fundar una familia; integridad física y psíquica; el goce y beneficio del progreso científico y la salud reproductiva.

Desde el punto de vista sistémico, esta vinculación entre TRHA y Derechos Humanos no es la única interacción de interés que compromete el campo de la reproducción asistida. Fácil se advierte que la regulación jurídica de estas técnicas se conecta de manera directa con diversas ramas del derecho, tanto público como privado. En este sentido, se vinculan con: a) el derecho a la salud, su acceso y cobertura integral dentro de los sistemas de seguridad social y medicina prepaga; b) el derecho filiatorio, en particular, su determinación, acciones y efectos tanto para los progenitores como para las personas nacidas y, eventualmente en las técnicas heterólogas (5), todo lo relativo a la figura de los donantes; c) el derecho registral, tanto para la implementación de las inscripciones de nacimiento de los niños y niñas nacidos por TRHA, como en lo relativo a la existencia de registros de establecimientos médicos habilitados; así también los registros de donantes y la correspondiente satisfacción del derecho a la información; d) el derecho sucesorio y previsional, principalmente, en los supuestos de fertilización post mortem; y e) el derecho laboral, en materia de licencias por maternidad y paternidad (piénsese sobre todo en los casos de gestación por sustitución (6)). El derecho de daños también está presente desde esta necesaria perspectiva intra-sistémica.

Siguiéndose los lineamientos del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) en vigencia desde el 01/08/2015, se puede afirmar que el uso de las TRHA constituye una actividad riesgosa (conf. art. 1757 y ss.) y como tal, pasible de generar responsabilidad civil. Es a ésta última vinculación a la que nos abocaremos en el presente ensayo tomándose como disparadores dos casos jurisprudenciales, es decir, dos planteos judiciales esgrimidos en la vida real.

Preliminarmente, corresponde explicitar ciertas consideraciones metodológicas sobre las cuales se enmarca

el presente trabajo, más allá de los recortes temporo-espaciales -tanto fácticos como teóricos- imprescindibles dada la amplitud y complejidad que encierra la temática en estudio. Ellas son:

A) El análisis se dedica a la responsabilidad civil médica derivada de la realización de estas técnicas frente al o los pacientes y, eventualmente, a la persona nacida y/o a otros miembros del grupo familiar (según los distintos supuestos que puedan presentarse); no así a la responsabilidad civil que pudiera corresponder a la figura del donante ni la que pudiera generarse entre los miembros de la misma familia con motivo de las TRHA, por ejemplo, el supuesto de transmisión de enfermedades o malformaciones de progenitores a hijos [\(7\)](#). En otras palabras, en materia de interacción o cruce entre derecho de daños y TRHA en los aspectos más directamente vinculados con el derecho o relaciones de familia, se reflexiona en esta oportunidad, sobre el aspecto externo, es decir, el que vincula a uno o varios miembros de la familia considerados en su individualidad con un tercero, en este caso: el médico, el centro de fertilidad y la entidad de cobertura médica; y no sobre el aspecto interno que se refiere a las reclamaciones que pudieran darse por parte de los miembros de la familia entre sí y la consecuente prevención o incluso, generación de ciertos daños que se podrían haber evitado.

B) El análisis se centra en el estudio de dos casos jurisprudenciales provenientes del derecho comparado, hábiles para colocar sobre el escenario gran parte de los diferentes elementos que encierra la responsabilidad civil en materia de TRHA a la luz del mencionado aspecto externo. La propuesta consiste en tomar como punto de partida un resonado y particular caso proveniente del derecho italiano que plantea una cantidad de interrogantes que a modo de disparadores permiten profundizar sobre el cruce en estudio, cuestión que se complejiza y profundiza más aún en otro fallo del derecho uruguayo a través del cual se visibilizan dos grandes aristas: i) los daños vinculados a la falta y/o errónea información a través de los correspondientes consentimientos; y ii) la cuantificación del daño y los rubros indemnizables en relación a una de las problemáticas estructurales de las TRHA como lo es la naturaleza jurídica del embrión no implantado.

C) El análisis recepta, principalmente, la experiencia y labor investigativa de las autoras en diferentes proyectos de investigación y a la par, seguir profundizando sobre una nueva herramienta jurídica de peso como lo es CCyC. Ello, sin perjuicio de algunas referencias al derecho internacional y comparado, siempre que brinden aportes superadores a la legislación base que es el ordenamiento jurídico nacional. Sucede que el CCyC recepta varias disposiciones generales sobre aspectos bioéticos, además de dedicarle un espacio especial y autónomo a las TRHA al considerarla una tercera causa fuente filial con reglas y principios propios diferenciada de la filiación por naturaleza y por adopción; como así también, conceptos, elementos y consideraciones contemporáneas en materia de derecho de daños, alejándose de las disposiciones clásicas contenidas en los tradicionales códigos decimonónicos, dejando al descubierto las problemáticas jurídicas del siglo XXI.

## II. El caso italiano: una demanda de daños frente al intercambio erróneo de embriones

### II.1. Plataforma fáctica y jurídica

En fecha 08/10/2014, el Tribunal de Roma, bajo los autos "XX y XXX c. ZZ y ZZZ, Ministerio del Interior, comuna de Roma, Ministerio Público" [\(8\)](#), falló por primera vez a nivel mundial en un supuesto de intercambio de embriones.

Los hechos versaron sobre dos parejas (XX y XXX y ZZ y ZZZ) que aportaron cada una su propio material genético en un hospital de Roma con el objeto de llevar adelante un procedimiento de FIV (fertilización in vitro) para alcanzar la maternidad/paternidad con su propio material genético, es decir, una fertilización homóloga. Al momento de procederse a la implantación por error médico, se entrecruzaron los embriones implantándose en el útero de cada una de las mujeres los embriones conformados por el material genético de la otra pareja y no de la propia. De estas prácticas, resultó que la pareja XX y XXX no logró un embarazo y en cambio, para la pareja ZZ y ZZZ se produjo el embarazo de gemelos.

Ante este panorama, la primera pareja demandó a la segunda —por derecho propio y en representación de las personas por nacer— con el objeto de que se ordene la entrega de los niños al momento del nacimiento, al entender que ellos revestían la calidad de padres genéticos. Frente a dicha petición, el Ministerio Público solicitó su rechazo al considerar que era interés de los niños no ser separados de la madre biológica por aplicación del adagio "madre siempre cierta es", en tanto el ordenamiento jurídico italiano establece que la determinación de la maternidad deriva del parto. En consecuencia, los actores modificaron su reclamo solicitando se disponga el alojamiento de los niños —que ya habían nacido durante la tramitación del proceso— en una institución idónea o bien, se garantice el derecho de visita de los progenitores genéticos a fin de asegurar su vínculo afectivo con aquéllos.

Bajo estos antecedentes, el Tribunal de Roma rechazó la demanda fundado en que actualmente, la filiación se ha ido apartado paulatinamente de la pertenencia genética, entendiéndose que las TRHA permiten la existencia de diferentes figuras parentales —como "la madre genética", "la madre biológica", "la madre social",

"el padre genético" y "el padre social"— y que en el interés de los niños, es dable mantener el vínculo generado con la pareja demandada, toda vez que se había producido el alumbramiento y que en sus primeros días de vida habían forjado una significativa relación afectiva con estos padres, encontrándose ya insertos en una familia.

No obstante esta decisión en materia filial, el pronunciamiento judicial sostuvo: "[q]ueda el drama humano de los padres que se habían dirigido al hospital para hallar satisfacción a su derecho a la procreación y a formar una familia, que podrá solo encontrar tutela resarcitoria". De este modo, se reconoce la existencia de un daño y por lo tanto, el derecho a reclamar indemnización en virtud del error inexcusable del profesional interviniente y del incumplimiento de las obligaciones legales del centro de salud.

De esta manera, la teoría de la responsabilidad civil viene a brindar ex post facto, una reparación del daño ocasionado sobre la base del principio de justicia.

## II.2. Consideraciones generales sobre responsabilidad civil y TRHA

Desde el punto de vista doctrinario, se ha expresado que "es innegable cómo la tutela de la certeza y de la unicidad del estado de filiación obtenido por el hijo sobre la base de dichas reglas [las del derecho italiano que adjudicaron la filiación a la pareja gestante] implica la lesión de una multiplicidad de intereses, de carácter patrimonial y no patrimonial: de los padres genéticos, los cuales, por un lado, ven completamente sacrificada la relación parental con los nacidos, y, por el otro, lesionado su propio derecho a autodeterminarse en las elecciones procreativas, no habiendo podido de hecho impedir un nacimiento de personas con su mismo patrimonio genético. Por otra parte, también los padres legales sufren por el error técnico del intercambio de embriones una lesión a su propia identidad personal y a su propia autodeterminación en las elecciones procreativas, en cuando se encuentran sufriendo una no querida separación entre parentalidad legal y parentalidad genética; lesión a la cual puede agregarse la de la esfera patrimonial, por lo menos ex latere patris, toda vez que se logre demostrar que él, una vez sabido del intercambio, no quisiera asumir la responsabilidad parental de un hijo no biológicamente propio. Finalmente, debe considerarse que también el hijo está legitimado para accionar respecto de la estructura sanitaria incumplidora, tomando en cuenta la lesión de su propia identidad genética" (NOVELLA BUGETTI, 2015:9).

En consecuencia, la realidad demuestra, y la justicia así lo ha afirmado, que la realización de procedimientos de reproducción asistida engloba una actividad profesional riesgosa que de por sí, no sólo no está exenta de generar daños, sino que éstos deben ser reparados de manera integral a través de una justa compensación.

En este sentido, cabe señalar que la Corte Federal [\(9\)](#) viene sosteniendo hace tiempo que la reparación integral es un derecho humano que se deriva del art. 19 de la Constitución Nacional argentina [\(10\)](#) sintetizada bajo el adagio "alterum non laedere", es decir, el deber jurídico de no dañar a otro [\(11\)](#).

Al respecto, se destacan algunas especificidades de la actual responsabilidad médica que se vinculan, precisamente, con el desarrollo tecnológico y la creciente masividad y despersonalización en el ejercicio de la medicina (BUERES, 2006:33). En los tratamientos relativos a las TRHA, debemos tener en cuenta dos aspectos fundamentales:

i) la posición del paciente en el entramado de distintos tipos de relaciones que se generan con: profesionales de la medicina e incluso de otras disciplinas como embriólogos o incluso psicólogos, centros de fertilización y sistemas de cobertura, ya que la responsabilidad médica se enfrenta a las complejidades que surgen de los vínculos mediados (alejándose del tradicional vínculo bilateral médico—paciente) y la consecuente pluralidad de sujetos intervinientes; y

ii) los riesgos que introduce el desarrollo de la actividad bio-tecnológica así como la aparatología y materiales de los que se sirven los profesionales para la realización de las TRHA, implicando la utilización de material genético y/o de cosas que pueden resultar riesgosas.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los daños ocasionados tendrán principalmente como víctima al paciente o bien, en un estadio posterior, a la persona nacida de estas técnicas, pudiendo involucrar aspectos patrimoniales como no patrimoniales como se los denomina en el CCyC en reemplazo del vocablo "daño moral" [\(12\)](#).

Desde el punto de vista bioético, se debe tener en cuenta la ampliación del espectro de posibles daños de conformidad con el mencionado avance y perfeccionamiento de las TRHA y a la par, el desarrollo y autonomía que han adquirido en los últimos tiempos a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos, ciertas vertientes que hacen al reconocimiento y exaltación de la persona humana, lo cual permite observar la presencia de daños que impliquen perjuicios o vulneraciones a la salud en sentido amplio como lo recepta la Organización Mundial de la Salud [\(13\)](#); a la integridad física y psíquica; al desarrollo de la personalidad; a la libertad reproductiva y al proyecto de vida por citar los más relevantes [\(14\)](#).

Por ende, es imperante poder determinar frente a la causación de daños derivados del uso de las TRHA, quién o quiénes deben jurídicamente responder, quién o quiénes son consideradas "víctimas" y merecen ser reparadas, y cuál es la extensión de dicha responsabilidad; amén de otras cuestiones que no serán abordadas en el presente ensayo pero que también es dable al menos destacar como ser: las diversas estrategias para la prevención del daño (para que no acontezca) o si aconteció, medidas de no repetición; además de las de carácter disuasivas (15).

### III. Los presupuestos de la responsabilidad civil y su aplicación en las TRHA a la luz del CCyC

Como punto de partida, es dable destacar las reglas de la responsabilidad civil médica (16), las cuales se construyen sobre el mencionado principio general de no dañar (*alterum non laedere*). En consecuencia, para que haya responsabilidad por daños derivados de la realización de procedimientos de TRHA se deberán configurar los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil: 1) antijuridicidad; 2) daño; 3) nexo causal y 4) factor de atribución.

La antijuridicidad estará dada por la violación de los deberes consagrados en el ordenamiento jurídico que, en última medida, reposan sobre el mencionado deber genérico de no dañar; así como por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por los sujetos pasivos.

Respecto a los deberes legales, el CCyC establece la prohibición de toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia (art. 57) (17), así como también estipula una serie de estrictos requisitos a cumplir para la realización de investigaciones médicas en seres humanos mediante intervenciones, tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente (art. 58). En este sentido, una deuda pendiente en el ordenamiento jurídico argentino es el dictado de una ley integral sobre TRHA que entre otras cuestiones, delimite concretamente el ámbito de la antijuridicidad en la materia, determinando cuál es la protección debida al embrión no implantado (que el CCyC deriva al dictado de una ley especial), el contenido mínimo de los consentimientos informados y el correspondiente deber de información a los usuarios de las TRHA, la regulación sobre los donantes y el acceso a la información sobre ellos, las infracciones en que podrían incurrir los profesionales intervinientes, centros de fertilización y los laboratorios, por citar algunas de las tantas cuestiones que involucra esta especial práctica médica y sobre las cuales debe haber un marco regulatorio (18).

En cuanto a las obligaciones médicas asumidas frente al paciente, podemos decir, en principio, que éstas serán de medios ya que no se puede asegurar el resultado del tratamiento, es decir, no se puede garantizar el embarazo. Por ello, estamos frente a un factor de atribución subjetivo debiéndose acreditar la culpa del médico (19). En este sentido, hay dos aspectos fundamentales: i) la valoración de la conducta y ii) la carga de la prueba. Ambos son regulados con particular atención en el CCyC argentino.

Respecto a la primer cuestión, la regla es que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias; sumado a que, en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes, el grado de responsabilidad se estima por la condición especial del agente (art. 1725). Esto resulta plenamente aplicable en materia de TRHA dada la asimetría de la relación existente entre el galeno y el paciente, lo que se agrava o complejiza más aún en este ámbito ya que la confianza que se deposita en el médico gira en torno al nacimiento de un hijo, con lo que ello significa. Esta especificidad nos conduce a esgrimir los siguientes interrogantes: ¿Los médicos y los centros de salud no especulan con la falta de reclamo de daños debido a lo que ello significa, adicionando un sufrimiento y preocupación mayor al que ya implica de por sí la frustración de un embarazo y consecuente nacimiento de un hijo? Y a la inversa, en qué sentido incide para impedir el reclamo derivado de situaciones de mala praxis cuando después de varios intentos, se alcanza el embarazo ¿Acaso este desenlace positivo "borraría" conductas dañosas por parte del médico o del centro de salud? Como se puede observar, sea por la negativa o la positiva en la consecución de un embarazo, lo cierto es que se podría sostener que los usuarios de las TRHA no inician reclamos de daños y perjuicios. Al menos esta es una conclusión provisoria a la cual se puede arribar a esta altura del presente ensayo a la luz de los escasos precedentes jurisprudenciales al respecto —al menos desde el ordenamiento jurídico argentino— y por lo tanto, la escasez de interés y desarrollo doctrinario.

Sobre la segunda cuestión dedicada a la carga probatoria, el CCyC incorpora expresamente la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (art. 1735), lo cual implica que el médico debe probar su "no culpa" o su diligencia debida en el obrar al encontrarse en una mejor posición que el paciente para acreditar lo sucedido; no sólo por sus conocimientos técnicos, sino también por el control e información que tiene sobre la actividad que realiza.

En los supuestos de responsabilidad subjetiva del médico y respecto a las relaciones trianguladas con los

centros de salud, la responsabilidad de estos últimos es de carácter objetiva, pues probada la culpa del médico el centro sanitario debe responder, pesando sobre él una obligación refleja por el hecho de sus dependientes o de los profesionales de los que se sirve para brindar el servicio (arts. 1753 y 732 CCyC). Las responsabilidades de ambos sujetos resultan concurrentes.

Asimismo, es dable señalar, en consonancia con la evolución del derecho de daños, la existencia de obligaciones de resultado que conllevan a otros supuestos de responsabilidad objetiva, tanto para el médico como, principalmente, para el centro de salud.

En cuanto al galeno, esta objetividad aparece cuando se haya comprometido frente al paciente a un resultado concreto (art. 1768 CCyC), lo cual se aplica por ejemplo, a las obligaciones de informar -en forma completa, clara y veraz acerca del tratamiento- y de recabar el correspondiente consentimiento informado del paciente (conf. arts. 560 a 562 del CCyC argentino).

Otro supuesto de responsabilidad objetiva ha sido destacado por la doctrina argentina en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en el 2015. Aquí se sostuvo que en el caso de transmisión de enfermedades por intervención sobre los genes, debe responder el laboratorio y quienes intervinieron en el proceso que desencadenó la activación del gen o genes deletéreos, siendo el factor de atribución objetivo (20). Ello se alinea a la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (UNESCO) del 11/11/1997, que establece el derecho de toda persona a una reparación equitativa del daño sufrido cuya causa directa y determinante pueda haber sido una intervención en su genoma (art. 8).

Por otra parte, en relación al centro de salud, además de la responsabilidad objetiva relativa a la manipulación genética, la derivada de incumplimientos en el consentimiento informado y la generada por la responsabilidad refleja ante el hecho de sus dependientes, pesa una obligación de seguridad que implica garantizar indemnidad a quienes contratan sus servicios, respecto a la cual también recae un factor de atribución objetivo.

Finalmente, resta considerar el tema de las cosas y las actividades riesgosas. El mencionado art. 1768 CCyC por un lado, abre la puerta a la teoría del riesgo creado al establecer que "cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no debe entenderse como derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades, excepto que causen un daño derivado de su vicio" (21) (aspecto regulado en el art. 1757 que establece una responsabilidad objetiva) (22); mientras que por otro lado, dispone que "la actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas". La pregunta entonces que se deriva es si el uso de las TRHA encierra una actividad riesgosa.

En primer lugar, cabe aclarar que la referida exención de la noción de actividad riesgosa para las profesiones liberales podría deberse a la existencia de un álea inherente a este tipo de actividad. Al respecto, se ha sostenido que "la medicina es una ciencia en la cual el riesgo —entendido como posibilidad de que ocurra un daño— está siempre latente" (CALVO COSTA, 2007:203). En este sentido, tanto el error inculpable o excusable como la enfermedad en sí constituyen riesgos. Lorenzetti ha sostenido que la ciencia médica establece que hay un margen de error inevitable en muchas etapas del diagnóstico y de la terapia; hay procedimientos que tienen efectos adversos inevitables; y muchas enfermedades son total o parcialmente incurables y el médico no garantiza esa curación, no obstante lo cual el paciente se somete a tratamiento. Lo hace porque esos riesgos inevitables son inferiores a los beneficios esperados (LORENZETTI, 1997:42). No obstante, habrá responsabilidad si el médico "decide tratar o someter al paciente a una terapia riesgosa equivocándose culposamente en el balance riesgo-beneficio" (LORENZETTI, 1997:46); aquí habría un error inexcusable, es decir, podría haberse evitado si el profesional hubiera actuado diligentemente.

Por otra parte, y más allá de la situación jurídica del médico como profesional liberal, no se debe obviar la particular consideración que gira en torno a los centros de salud como así también a las prestadoras de servicio de salud, a las cuales les resulta aplicable el régimen de defensa del consumidor regulado, en el ordenamiento jurídico argentino, en la ley 24.240 y en el CCyC al dedicarse a los "contratos de consumo" en los arts. 1092 a 1122.

En consecuencia, el servicio de medicina reproductiva debe ser prestado en forma tal que, en condiciones previsibles o normales, no presente peligro alguno para la salud o integridad física de los usuarios. Y, en la medida que el tratamiento mismo o las cosas de las que se sirven los profesionales para su realización puedan suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los usuarios, deben observarse los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos (arts. 5 y 6, ley 24.240).

En suma, la doctrina nacional ha dicho desde hace ya varios años que "[l]a responsabilidad por daños derivada de la aplicación de técnicas de ingeniería genética constituyen una actividad riesgosa por su naturaleza

o por las circunstancias de su realización" (IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, celebradas en Junín, Provincia de Buenos Aires en el año 1994). Y de manera más contemporánea, el mencionado proyecto de ley integral de TRHA en debate en el Congreso argentino propone en el art. 25 establecer que "[l]os centros de salud autorizados responden en forma solidaria por los daños a las personas que se sometan al uso de las técnicas de fertilización asistida que ocasionaren los profesionales y el personal bajo su dependencia. Deben disponer de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia, conforme lo determine la autoridad de aplicación, para compensar económicamente a las personas y para el supuesto de que se produjera un daño que afecte el material genético crioconservado".

#### IV. El caso uruguayo: una demanda de daños frente a la pérdida de embriones in vitro

##### IV.1. Plataforma fáctica y jurídica

Cruzando el Atlántico y focalizándose en Latinoamérica, se planteó un reclamo judicial resarcitorio por daños ocasionados con motivo de la realización de TRHA y en particular, ante la pérdida de embriones in vitro por desperfectos técnicos en la máquina de vitrificación. Se trata del fallo dictado el 22/02/2012 por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 3° Turno de Montevideo, Uruguay en la causa "Lemes Ferreyra, Mabel y otros c. Asociación Española Primera de Socorros Mutuos" (23).

La demanda involucra a dos parejas heterosexuales cuyas mujeres eran hermanas (C.-L. y A.-L.) que acudieron al Servicio de Fertilidad de la Asociación referida a los fines de someterse a las TRHA. Se realizaron procedimientos en virtud de los cuales la primera pareja obtuvo siete embriones y la segunda, seis. Luego, se implantaron tres embriones a cada una de las mujeres y como resultado de ello, la mujer de la pareja C.-L. quedó embarazada (teniendo luego dos hijos), mientras que la de la pareja A.-L. no alcanzó el embarazo.

En este contexto y días después de la transferencia, a través de una comunicación telefónica, el médico interviniente les informa que los embriones no transferidos en la primera etapa y que habían sido crioconservados, se destruyeron por un desperfecto técnico.

Frente a esta situación, ambas parejas demandaron al centro de salud por los daños y perjuicios causados a raíz de tal desperfecto y por el cual se extinguieron los embriones criopreservados que quedaban. Señalaron como atribución de la responsabilidad que le imputan a la accionada, la existencia de dos hechos ilícitos: i) la pérdida/destrucción de los embriones in vitro y ii) la falta de consentimiento informado. A continuación se pasa a analizar ambas vertientes o ilicitudes alegadas.

##### IV.2. La naturaleza jurídica del embrión no implantado y la noción de "víctima del daño". Rubros indemnizables

###### IV.2.a. Algunas consideraciones generales

Para analizar el primer aspecto es obligatorio ahondar sobre una cuestión que aún genera debates y ciertas sensibilidades como lo es la naturaleza jurídica del embrión in vitro o no implantado. ¿Qué se dice al respecto en el fallo en estudio?

La jueza sostiene que la parte demandada no actuó en cumplimiento de las reglas de la *lex artis* y que, si bien la obligación principal era de medio, existían obligaciones accesorias como la de custodia de los preembriones, la obligación de seguridad y la de mantener con vida los preembriones en el proceso de crioconservación para una posterior transferencia. Como se puede observar, en el derecho uruguayo al igual que acontece en el derecho español (24), se apela a la noción de preembrión lo cual lo aleja de la postura que aún defienden sectores más conservadores y que tiñen el debate jurídico en América Latina, al defender la idea de que el embrión no implantado es persona y para lo cual focalizan en la fecundación entre óvulo y espermatozoides como elemento central. Esta línea argumental ha sido puesta en jaque por la Corte IDH en el citado caso *Artavia Murillo contra Costa Rica* del 28/11/2012, que en una extensa y fundada sentencia en torno a la noción de concepción receptada en el sentido del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (25), concluyó: "[l]a Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. (...) la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general" (párrafo 264) (26).

¿Cuál es el valor de esta decisión judicial? La doctrina de la Corte IDH es obligatoria para la Argentina como parte del control de constitucionalidad/convencionalidad y ello se deriva del art. 75, inc. 22 de la CN (27).

tal como ya lo ha dicho reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (28).

Por otra parte, y desde el ámbito civil interno y la necesaria interpretación intrasistémica del CCyC, la conclusión es la misma que la asumida desde el plano constitucional y convencional.

El art. 19 del CCyC sobre el comienzo de la existencia de la persona humana ha sido el más polémico en cuanto a su redacción durante el debate legislativo y resultó, finalmente, una fórmula un tanto débil que pudo cerrarse fruto del consenso y las negociaciones entre fuertes posturas ideológicas y religiosas encontradas. En consecuencia, esta disposición solo establece que "la existencia de la persona humana comienza con la concepción", pero ¿qué es la concepción para el derecho? Volvemos a la misma pregunta que se formuló la Corte IDH.

Asimismo, el CCyC en el resto de su articulado nos conduce a la misma conclusión que aquí se viene sosteniendo. Veamos, el art. 20 entiende por concepción al plazo que corre entre el mínimo y el máximo para el embarazo, es decir que se vincula la concepción con el embarazo, el cual no existirá si no hay implantación del embrión en el útero.

Asimismo, la implantación del embrión es determinante para habilitar derechos que se regulan en otros articulados del CCyC. Así, el art. 21 supedita los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer al nacimiento con vida. Mientras que los arts. 560 y 561 sobre filiación derivada de las TRHA, establecen la renovación del consentimiento para cada tratamiento y la posibilidad de revocar mientras no se haya producido la implantación. En consecuencia, si el embrión in vitro fuese persona, no podríamos sostener que el derecho habilite a una persona a negar la continuidad de la vida de otra.

Por otra parte, la ley que aprueba el CCyC establece que la protección del embrión no implantado debe regularse en una ley especial (art. 9, disposición transitoria segunda), es decir por fuera del código. Ello quiere decir justamente, que el embrión in vitro no es una persona ni una cosa (los dos ejes de la regulación civil) sino que tiene una naturaleza jurídica sui generis y que, como tal, debe ser protegida a través de una ley especial.

Finalmente, la ley 26.862 de acceso integral a las TRHA y su decreto reglamentario N° 956/2013, también ofrecen pautas que reafirman la idea de que el embrión no implantado no es persona, principalmente, al consagrar tres permisiones: i) la donación de embriones, ii) la criopreservación de embriones y iii) la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia en el útero. Fácil se observa que donar, criopreservar y revocar no son actos compatibles con la idea de que el embrión no implantado sea considerado una persona.

En suma, todas estas disposiciones legales (que no han sido tachadas de inconstitucionales por los tribunales) más la propia doctrina del máximo órgano en protección de derechos humanos de la región (que resulta obligatoria), nos llevan a afirmar que para el derecho argentino actualmente vigente el embrión no implantado no tiene personalidad jurídica (lo cual no significa tampoco que sea cosa, sino vida humana embrionaria que merece una protección especial). Por ende, no puede ser considerado sujeto legitimado para un reclamo resarcitorio ni, en consecuencia, calificarse como "víctima del daño".

#### IV.2.b. Abordaje jurídico

Regresando al precedente uruguayo, en lo que respecta a la atribución de responsabilidad, la jueza destacó que "descartada la falla mecánica [en virtud de la prueba pericial producida], ÚNICA causa de la destrucción de los preembriones según la demandada, debe imputarse la responsabilidad a la conducta de los profesionales que intervinieron en el procedimiento, error en la manipulación, error en el control de la máquina, falta de experiencia, etc. Afirmación contenida en la demanda que la accionada no logró desvirtuar. La accionada incumplió su deber de conservación de los blastocitos, en tanto no acreditó la falla mecánica alegada única defensa ensayada". En consecuencia "la accionante acreditó la ilicitud de la accionada en la destrucción de los 7 preembriones que estaban bajo su custodia. No pudiendo desplazar la responsabilidad imputada a la tercera citada en garantía". De este modo, se entiende probada la culpa y el nexo causal existente con el daño experimentado.

En lo que respecta al daño y su extensión, es dable destacar que la parte actora definió el daño ocasionado por la destrucción de los embriones humanos como "la pérdida de posibilidad de tener hijos o más hijos, la pérdida de tener hermanos. Señal[aron] que el niño es objeto de declaración de especial protección aún antes de su nacimiento (...), afirma[ron] que están ante la pérdida de seres humanos en estado embrionario, a los que consideran verdaderos hijos y hermanos de los accionantes" (29). En esta línea, solicitaron "daño moral propio por la pérdida de sus hijos y por iure hereditatis. En el caso del matrimonio [C.-L.] también reclama[ron] daño moral en representación de sus hijos por no poder tener hermanos".

Es claro que detrás de esta petición descansa la idea de considerar al embrión no implantado como persona. De otro modo, no se podría hablar de "hijos" ni "hermanos" y, más concretamente, en el reclamo de daño moral

iure hereditatis radica la consideración de que los embriones destruidos eran personas titulares de ese derecho. Entonces, ¿el embrión in vitro es víctima del daño? Siguiéndose la doctrina que emana de la máxima instancia regional en Derechos Humanos ya sintetizada, la respuesta negativa se impone.

En definitiva, el problema —no libre de tensiones en el derecho argentino como así también en Latinoamérica en general, además de otros países del globo— que subyace a esta cuestión consiste en determinar la naturaleza jurídica del embrión no implantado y en particular, si integra o no la noción de persona humana. En otras palabras, considerar si el embrión no implantado es o no persona tiene incidencia directa en el derecho de daños: en relación a si puede revestir o no la calidad de "víctima", la extensión del daño y los rubros indemnizables. Veamos.

Como se adelantó, algunos autores argentinos entienden que "la existencia del ser humano comienza de la concepción, ya sea in útero o in vitro", llegándose entonces a sostener que los "progenitores podrían invocar un daño resarcible, moral y material, cuando los profesionales o dependientes de la clínica destruyeran, culposa o dolosamente, el óvulo fecundado, frustrando sus expectativas de tener descendencia. En concepto de daño material, además de los gastos y honorarios que han debido afrontar para llevar adelante el tratamiento médico, los progenitores podrían reclamar la frustración de la "chance" de ayuda futura que los padres legítimamente podían esperar de su futuro hijo, puesto que no hay ninguna diferencia ontológica entre el hijo concebido y el hijo ya nacido. La probabilidad de que hubiese ayudado a sus padres ya surge desde el comienzo de la existencia del hijo, o sea, desde la concepción. Y la pérdida de esa chance debe indemnizarse" (30) (FERRER, 2001).

Esta posición que considera que los embriones in vitro son persona muestra lo absurdo de los argumentos que lo sostienen, fundándose en una supuesta base ontológica que se vincula más a la metafísica que a la realidad. ¿El niño nacido es realmente lo mismo que el embrión no implantado? ¿Se podría en representación del embrión in vitro solicitar alimentos a los fines de seguir siendo criopreservado de manera indefinida? ¿Tendría aptitud de heredar aunque se trate de embriones no viables? Estos y otros interrogantes del mismo tenor permiten aseverar que en el fondo, lo que está en debate son valores morales y religiosos y no jurídicos. Esto es lo que puso de resalto la propia Corte IDH en el caso Artavia Murillo al afirmar que las concepciones que confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten (31).

En el fallo uruguayo se sigue la línea que defiende la Corte IDH al destacar la jueza que "[e]sta decisora considera innecesario profundizar y/o polemizar acerca de la terminología que utilizan los actores en la demanda cuando hablan de pérdida de hijos, hermanos, de niños, niñas, etc. Con el mayor de los respetos se dirá que en el caso estamos ante la destrucción de preembriones humanos como lo explicaron los peritos en sus informes, que conllevó en la especie a la pérdida de la posibilidad de tener hijos para [la pareja A.-L.] y de tener más hijos en el caso de [la pareja C.-L.]" (32).

No coincidimos con esta postura asumida por la magistrada al considerar innecesario profundizar sobre la terminología utilizada, puesto que la adecuación del lenguaje, además de ser sensato y evitar confusiones, tiene un valor performativo y simbólico que el derecho no puede desconocer. Sin perjuicio de ello, y en lo que respecta al fondo de la cuestión, se entiende que el embrión in vitro no es persona sobre la base de los informes científicos producidos en la causa, de allí que se habla de "la pérdida de la posibilidad de" y no de la "pérdida de personas", siendo esta una diferencia sustancial que tiene incidencia directa entre otras cuestiones que comprometen las TRHA, en el derecho de daños.

En consecuencia, se condena a la demandada solo por el daño moral propio sufrido por ambas parejas actoras, haciéndose lugar parcialmente a la extensión resarcitoria pretendida; entendiéndose que "[e]l amparo del daño moral al que se condenará tiene fundamento en las omisiones acreditadas, siendo el sentimiento y grado de sufrimiento experimentado y relatado por las actoras entendible y atendible" en relación a "la ilusión de ser padres, sufrimiento y angustias experimentadas por la destrucción de los preembriones, el no querer ni poder someterse a un nuevo tratamiento de fertilización in vitro, etc". De ello se deriva claramente que el resarcimiento por daño moral no deriva de la "pérdida de hijos".

La misma lógica de razonamiento se observa en el rechazo del daño moral reclamado en representación de los hijos de la pareja C.-L- por "no poder tener hermanos", bajo el argumento que "[n]o se acreditó en autos que los mismos se hayan visto afectados por la depresión o tristeza que alega su madre, ni tampoco que sufran por no tener más hermanos, lo que era solo una posibilidad, y razonable no experimentar por ser su nacimiento contemporáneo a los hechos de autos".



Finalmente, en cuanto al fundamento del rechazo del daño iure hereditatis, surge que "se desestimará todo reclamo por daño moral iure hereditatis (...) por compartir esta decisora la jurisprudencia que entiende que el daño moral no se puede transmitir por ser un derecho de carácter personalísimo".

Pero ¿qué hay detrás de este reclamo? Si hay un daño que los reclamantes pretenden tener por derecho hereditario, entonces ¿el titular originario era el embrión in vitro? Otra vez estamos en el principio. Consideramos que el argumento que correspondía esgrimir en el fallo no giraba en torno al carácter personalísimo del derecho al resarcimiento del daño moral, sino otro que se encuentra en un estadio de análisis anterior, porque como se viene sosteniendo el embrión no implantado no es persona para el ordenamiento jurídico entonces, jamás podría ser titular del derecho a reparación alguna.

He aquí la importancia de llamar como se dice de manera coloquial "a las cosas por su nombre", es decir, identificar la correcta naturaleza jurídica del embrión in vitro y ser coherente con lo que ello significa o las consecuencias jurídicas que se derivan. De lo contrario, se podría incurrir en las confusiones y claroscuros a las cuales se incurre en el fallo en estudio con las consecuentes inconsistencias jurídicas.

IV.3. Consentimiento informado. Obligación de resultado. Asunción unilateral del riesgo por el profesional ante su incumplimiento

El otro eje central del planteo uruguayo que debe ser indagado compromete al consentimiento informado. Al respecto, los actores sostuvieron que "no se les brindó información suficiente adecuada y no se recabó su consentimiento informado. Que desconocían los riesgos de la criopreservación y que no se les informó que los preembriones congelados tuvieran riesgo de ser destruidos durante el proceso de criopreservación o descongelamiento", alegándose así, una vulneración de su derecho a la autodeterminación.

Para la jueza, el ilícito se configuró ante la falta de acreditación por parte de la accionada del cumplimiento de la obligación de recabar el consentimiento informado y del deber de informar los riesgos que existían en el proceso de crioconservación y descongelamiento de los embriones.

En primer lugar, esto implica reconocer sobre la base del art. 1291 del Código Civil uruguayo, la existencia de una obligación de recabar el consentimiento informado de los pacientes que pesa sobre los médicos intervinientes y los centros de salud.

En el derecho argentino esta obligación se encuentra contenida en numerosas normas. Comenzando por la regulación más novel, el art. 59 del CCyC, establece su carácter de orden público para todos los exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos y, específicamente tratándose de TRHA, los arts. 560 y 561 regulan esta obligación y sus efectos en materia filiatoria. También en la referida ley 26.862 de acceso integral a estas técnicas se consagra la obligación de recabar el consentimiento en el art. 7 y, finalmente, y de manera más general, en la ley 26.529 de derechos del paciente (arts. 5, 6, 7 y 10) en la que se regula el consentimiento bajo las notas de obligatorio, escrito y revocable.

En segundo lugar, se desprende del fallo —con acierto— que esta obligación encierra el deber de informar y que esta información debe ser dada por los médicos responsables del tratamiento, en forma absolutamente independiente a que los pacientes accedan o puedan acceder a otro tipo de información. Esto último es muy común en plena era de la cibernética en la que las personas suelen indagar por diferentes páginas de internet en la búsqueda de información sobre distintos aspectos que involucran las TRHA, incluidos foros de pacientes. Este tipo de fuentes de información puede ser errónea, y de allí la importancia de la información especializada y técnica que deben brindar los médicos.

En definitiva, esta información debe revestir ciertas características como ser: adecuada, precisa, veraz y con respaldo científico, según menciona la jueza; a lo cual consideramos que debe agregarse: completa y en lenguaje comprensible para los pacientes, evacuando todas las dudas que estos puedan formularles.

Lo contrario, tal como se profundiza en el fallo "supone una violación grave a la lex artis y de allí que el sólo hecho de no darla en forma correcta y recabar el consentimiento informado constituye un incumplimiento de la institución mutual". Focalizándose en uno de los principios bioéticos como lo es la autonomía, puesto que solo a través del cumplimiento de esta obligación "se puede tener la certeza de que (...) dieron su consentimiento para el tratamiento y transferencia de preembriones en su útero de manera libre en decisión meditada y razonada sobre la reacción- riesgo- beneficio- del tratamiento y el futuro de los preembriones. Si la mutualista demandada no recabó en forma previa el consentimiento informado, el acto médico se tiñe de ilicitud y deberá responder por el daño causado a las pacientes ante el desenlace conocido de los embriones (no controvertido), su destrucción".

Por ende, el profesional tiene el deber de poner en conocimiento del paciente todos los riesgos, beneficios, probabilidades de resultados, contraindicaciones, etc., a fin de que con toda esa información el paciente elija

libremente si someterse o no al tratamiento y bajo qué modalidades, emitiendo su declaración de voluntad.

Es por estos dos aspectos que debe reunir el consentimiento: i) deber de informar y ii) respeto a la autonomía de la voluntad que en el sistema jurídico argentino se lo adjetiva de libre e informado.

Específicamente en materia de responsabilidad civil, el art. 1720 CCyC establece que el consentimiento (libre e informado) del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, "libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles". En consecuencia, si "el médico actúa sin obtener debidamente la voluntad previamente informada del paciente, asume unilateralmente los riesgos propios de su intervención al no haberse desarrollado adecuadamente la información" (33).

En tercer lugar, surge del criterio judicial en análisis, que al sostenerse que la parte demandada no acreditó el cumplimiento de esta obligación se aplica la mencionada teoría de las cargas probatorias dinámicas. Al respecto, se dice que "[e]l onus respecto a la prueba de la prestación del consentimiento debe pesar sobre la institución médica, y no solamente en el paciente".

Por último, cabe destacar que la jueza repara de manera específica, en las virtualidades que observa el consentimiento informado en las TRHA, sosteniendo que al tratarse de "un tratamiento complejo, tan especial con connotaciones físicas y psicológicas importantes, no se puede trasladar la carga a las actoras de que prueben un hecho negativo. Precisamente por la complejidad de la técnica, sus complicaciones, resultados inciertos, etc. no pueden hacer pensar al magistrado que las pacientes debían saber o debieron conocer el futuro de los embriones o los riesgos de la crioconservación. No se puede admitir que el hecho de que se haya aceptado realizar el tratamiento y las fertilizaciones in vitro conllevaba aceptar todo lo que podría suceder después. Por el contrario, los riesgos, pérdida, destrucción de preembriones debió ser objeto de información especial".

#### V. Breves palabras de cierre

Tanto las TRHA como el derecho de daños constituyen amplios, autónomos y complejos ámbitos temáticos. Este último, de gran desarrollo doctrinario y jurisprudencial y el primero, de creciente interés doctrinario y en menor medida, de visibilidad jurisprudencial. Más allá de este dinamismo, ambos caminos se han entrecruzado en contadas ocasiones. ¿Cuál es la razón de este cuasi silencio que muestra la realidad jurisprudencial a pesar del desarrollo exponencial de cada uno, tanto desde el punto de vista fáctico como teórico? He aquí un interrogante que queda abierto a los fines de incentivar posteriores estudios que permitan ahondar un entrecruzamiento temático que observa una multiplicidad de aristas y por ello, merece su propio lugar de atención.

El objetivo último del presente ensayo ha consistido en colaborar en ese sendero aún poco explorado tendiente a generar, movilizar e interpelar dos ámbitos jurídicos bien diferentes pero con elementos comunes. A modo de ejemplo y tal como se explicitó, el debate en torno a la naturaleza jurídica del embrión in vitro no es privativo de las TRHA sino, por el contrario, lo excede con creces al tener clara incidencia —y de qué entidad— en el campo del derecho de daños. Aquí se rescata y revaloriza la importancia de una cuestión típicamente reproductiva para mostrar las virtudes e impacto en otro ámbito bien diferente como lo es el de la responsabilidad civil; advirtiéndose que otras tantas consideraciones también reflejarían puntos o intereses en común. Profundizar en esta línea constituye una cuenta pendiente.

Sin lugar a duda, aquí no se pretende saldarla, simplemente, sembrar ciertas semillas en el mencionado sendero ascendente o cada vez más ancho tendiente a desentrañar los misterios de los hechos sociales y sus circunstancias signados por la modernidad y el desarrollo científico. Si esto se ha logrado en el presente ensayo; el objetivo está por demás cumplido.

#### VI. Referencias bibliográficas

BUERES, ALBERTO, Responsabilidad civil de los médicos, 3ra. Ed., Hammurabi, CABA (Ciudad de Buenos Aires), 2006.

CALVO COSTA, CARLOS A., Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial. La actuación de los operadores del "sistema de salud" analizada a través de la doctrina y la jurisprudencia, 1ra. Ed., Hammurabi, CABA, 2007.

FERRER, FRANCISCO A. M., "Responsabilidad por daños en la procreación médicamente asistida", Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones de familia, 2001-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001.

GARAY, OSCAR ERNESTO, "La responsabilidad civil de los médicos", en GARAY (dir.), Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal, Tomo II, La Ley, CABA, 2014.

HERRERA, MARISA y LAMM, ELEONORA, "La fuerza de la realidad: la reciente ley de técnicas de

reproducción humana asistida del Uruguay", Columna de opinión en La Ley, año LXXVII N° 225 Tomo La Ley 2013-F, CABA, 2013.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; HERRERA, MARISA y LAMM, ELEONORA, "El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común", Revista La Ley, 10/07/2012, 1, CABA, 2012.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "La bioética en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012", Suplemento de Jurisprudencia Argentina, SJA 2012/11/28-33, JA 2012-IV, Abeledo Perrot, CABA, 2012.

LORENZETTI, RICARDO LUIS, Responsabilidad civil de los médicos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997.

MEDINA GRACIELA, Daños en el Derecho de Familia, 2da. Ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.

NOVELLA BUGETTI, MARÍA, "Intercambio de embriones y atribución de la parentalidad en el derecho italiano" (Traducción Sabrina M. Berger), Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, RDF 2015-I-212, Abeledo Perrot, CABA, 2015, cita on line AP/DOC/1685/2014.

SABIN PAZ, EDUARDO Y GERMAIN, MARIANELA L., "¿Ser o no ser? el debate en la responsabilidad civil por la destrucción de embriones no implantados", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, RDF-2014-II-257, Abeledo Perrot, CABA, 2014.

SAENZ, LUIS R. J., "La responsabilidad e las clínicas, hospitales y demás establecimientos asistenciales en el marco de la ley de defensa del consumidor", en PICASSO y VAZQUEZ FERREYRA, Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada, Tomo III Parte Especial, 1ra. Ed., La Ley, CABA, 2011.

SAMBRIZZI, EDUARDO, Daños en el Derecho de Familia, La Ley, CABA, 2001.

(\*) El artículo es desarrollado en el marco del proyecto de investigación UBACYT 2013-2016 "Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias", financiado por la UBA, Código 20020120200106BA.

(1) Son definidas por la Organización Mundial de la Salud como todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y el útero subrogado (Conf. Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida. Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y la Organización Mundial de la Salud, 2010).

(2) Aquella que afecta a las personas solas o a las parejas de personas del mismo sexo que para procrear necesariamente deberán recurrir a la donación de gametos de un tercero/a.

(3) En esta oportunidad, la máxima instancia regional en materia de Derechos Humanos analizó los efectos de la fertilización in vitro (FIV) en relación a la protección de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, principalmente en relación a los arts. 7 y 11, refiriéndose al derecho a la vida privada, a la autonomía reproductiva y al acceso a servicios de salud reproductiva. Su par en el continente europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha intervenido también en controversias jurídicas suscitadas en relación a las TRHA, haciendo alusión a la protección del derecho a la vida privada y familiar, a la no discriminación y a la autonomía de la voluntad. Por ejemplo, en el caso "Dickson vs Reino Unido", se falló a favor de una pareja que estaban privada de la libertad y demandó al Estado por negarle el acceso a la reproducción asistida, fundándose en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), ya que pese a estar presos los peticionantes mantenían el resto de sus derechos como el derecho a la vida privada y familiar que comprende el de decidir convertirse en padres genéticos; en el caso "Evans vs Reino Unido", sobre revocación del consentimiento en las TRHA, el Tribunal hizo también hincapié en el derecho a la vida privada y familiar, entendiendo que comprende la decisión de ser padre o madre como la de no serlo; en el caso "S.H. y Otros vs. Austria" falló a favor de dos parejas que alegaron que las prohibiciones legales de uso de óvulos y semen donados generaban un trato discriminatorio, con argumento en el art. 14 de la CEDH (no discriminación) en relación con el art. 8 (vida privada y familiar); finalmente, en "Pavan vs. Italia", el Tribunal reconoció a la pareja peticionante el derecho a que se respete su decisión de ser padres genéticos y a poder acceder a la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio de acuerdo al mencionado art. 8 CEDH.

(4) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos controla, sin concesión alguna, el cumplimiento de sus decisiones",

Revista La Ley, 28/03/2016, p. 9 y ss. Cita Online: AR/DOC/875/2016.

(5) Aquellas que involucran la donación de material genético de un tercero/a ajeno a la persona o pareja que tiene la voluntad procreacional.

(6) Esta es la denominación que se proponía en el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial argentino y el que se ha instalado en este ordenamiento jurídico con amplia y positiva recepción (conf. HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, "Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar", LA LEY 2014-D, 1165; GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule", La Ley, Derecho de Familia y de las Personas (noviembre), Buenos Aires, 2014, p. 181; LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres", Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa, Lamm, Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional, LA LEY 2013-D, 195; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, LAMM, Eleonora, Herrera, Marisa, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY 2012-E, p. 960; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, ¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución, Cita Microjuris online: MJ-DOC-5971-ARIMJD5971; LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", InDret. Revista para el Análisis del Derecho; Año: 2012 vol. 3 p. 1 —49).

(7) Se utiliza la noción de "progenitores" como recepta la legislación civil y comercial argentina -herramienta jurídica de referencia o base del presente ensayo dada su novedad y actualidad- en vez de "padres" al adoptarse un término neutro de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación que campea este ordenamiento, en particular, en lo relativo a la orientación sexual.

(8) ABELEDO PERROT N°: IT/JUR/2/2014.

(9) En el resonado fallo "Santa Coloma" del 05/08/1986, sostuvo la Corte Federal que "el principio del alterum nom laedere que tiene raíz institucional (art. 19 de la Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna" (LA LEY 1987-A, 442)

(10) Este articulado en su primera parte dispone: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados".

(11) De este modo, el CCyC en su art. 1716 referido, precisamente, al "Deber de reparar" expresa: "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código".

(12) Ver: Mosset Iturraspe, Jorge, "Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares", Revista Derecho de Daños N° 2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 7 y ss.

(13) "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades" (Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Nueva York, 1946).

(14) En el caso Artavia Murillo, la Corte IDH hizo mención, entre las reparaciones por daño inmaterial, a la afectación al proyecto de vida y al ejercicio autónomo de derechos en relación a las TRHA cuantificando el daño en concreto. Sostuvo "que el daño en el presente caso no depende de si las parejas pudieron o no tener hijos (...), sino que corresponde al impacto desproporcionado que tuvo en sus vidas el no poder ejercer de manera autónoma sus derechos (...) se han acreditado en este proceso los sentimientos de angustia, ansiedad, incertidumbre y frustración, las secuelas en la posibilidad de decidir un proyecto de vida propio, autónomo e independiente".

(15) Al respecto, cabe traer a colación un proyecto de ley integral de TRHA que cuenta con aprobación en la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación del 12/11/2014 y que se encuentra a estudio de la Cámara de Senadores que, precisamente, regula una serie de sanciones según la gravedad de la infracción que se trate, que puede ir desde la omisión del deber de informar a los beneficiarios de las TRHA sobre los riesgos, posibles resultados y cualquier otra información relevante que determine la autoridad de aplicación, o la realización de TRHA en centros suspendidos o clausurados. Precisamente, una de las sanciones más gravosas es la clausura del establecimiento médico especializado (conf. arts. 26 a 30).

(16) Se ha dicho que "[n]o reglamentada, en nuestra legislación la responsabilidad médica en forma autónoma o diferenciada de la culpa común, le son aplicables para la ocurrencia de la misma el cumplimiento de los requisitos necesarios para la demostración de su existencia, es decir: a) el hecho antijurídico del agente o del

ente estipulante y del profesional promitente pudiendo ser positivo o de acción, negativo o de omisión; b) daño; c) nexos causal entre daño y consecuencia; d) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad, todos estos elementos deben ser apreciados de acuerdo a la culpa o dolo en concreto (CNCiv. y Com. Fed., sala III, 4/9/1991, "Valentino, Héctor M. R. c. Estado Nacional y otros", LA LEY, 1992-A, 162; CNCiv. y Com. Fed., sala III, 26/8/1992, "Minicucci de Ormella, María C. c. Estado Nacional [Ejército Argentino]", JA, 5816-34; Juris, 138-621; ídem, CNCiv. y Com. Fed., sala III, 4/9/1991, "Valentino, Héctor M. R. c. Estado Nacional y otros", LA LEY, 1992-A, 161; ED, 146-380; DJ, 1992-1-639)" (GARAY, 2014:493/494).

(17) Cabe aclarar que esta disposición no limita el conocido DGP, es decir, el diagnóstico genético preimplantatorio. La prohibición que establece el art. 57 comprende, exclusivamente, las intervenciones que alteran el genoma del cigoto o del embrión temprano destinadas a producir mutaciones que se transmitirán a la descendencia; no así la selección que es lo que involucra el DGP.

(18) Actualmente se encuentra en tratamiento en la Cámara de Senadores de la Nación el proyecto de ley nro. de expte. 4058-D-2014 (con media sanción) firmado por los diputados: Mara Brawer (FPV); José Gagliardi (FPV); María Virginia Linares (GEN); Silvia Carolina Scotto (FPV); Araceli Ferreyra (FPV); Carla Carrizo (SUMA+UNEN); Ana Carolina Gaillar (FPV); Juan Carlos Junio (Nuevo Encuentro); José Daniel Guccione (FPV) y Adela Segarra (FPV). Otro aspecto central de este proyecto para el derecho de daños es que permite asegurar la solvencia de los centros ante eventuales reclamos de los pacientes, a través de la consagración del deber de disponer de un seguro o garantía financiera.

(19) Se aplica el art. 1768 CCyC que regula la responsabilidad en relación a las profesiones liberales, entre ellas la medicina, y establece esta regla general.

(20) Criterio aprobado por unanimidad y disponible en: <http://jndcbahia blanca2015.com>.

(21) El subrayado nos pertenece.

(22) Se observa jurisprudencia en la Argentina sobre responsabilidad médica y utilización de cosas riesgosas. A título ilustrativo cabe mencionar el siguiente criterio judicial: "Si la responsabilidad médica es llamada por reparación de daños causados con cosas o por la utilización de cosas riesgosas o viciosas, no es necesario que la parte actora pruebe un factor subjetivo de atribución dado que puede haber una presunción de culpa o, directamente, de responsabilidad en los términos del art. 1113 del Código civil [conforme a las disposiciones del código actualmente derogado] o, simétricamente, por la obligación de seguridad que el profesional tiene hacia el paciente" (CNCIV, "C.,C.V. c/ Instituto Quirúrgico Laser S.A. s/ DsyPs", 18/11/2014, SAJ:C0410213).

(23) Revista de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia nro. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 257.

(24) El art. 1 de la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida en el apartado 2 dispone "A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde."

(25) Art. 4.1 CADH: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

(26) Para profundizar sobre este importante precedente se recomienda compulsar entre tantos otros: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa, "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", LA LEY 2013-A, p. 907; MUÑOZ, Gerardo Fabián, "Pasado, presente y futuro del artículo 19 del Código Unificado proyectado", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (agosto), La Ley, 2014, p. 180; LABOMBARDA, Pablo M., "El Código Civil Argentino y el comienzo de la existencia de las personas", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (mayo), La Ley, 2014, p. 184; ARGANARAZ, Mariangel y MONJO, Sebastián, "La fecundación in vitro a la luz del art. 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la sentencia de la CIDH en autos "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", de 28/11/2012", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (marzo), La Ley, 2013, p. 223. Y de manera más reciente, la Corte IDH se expidió en fecha 26/02/2016 en el proceso de cumplimiento de sentencia por lo cual, se reafirma y redobla esfuerzos en el sentido de permitir la fertilización in vitro en Costa Rica. Para ahondar sobre esta resolución posterior ver LAMM, Eleonora; HERRERA, Marisa; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos controla, sin concesión alguna, el cumplimiento de sus decisiones", LA LEY 28/03/2016, 9, Cita Online: AR/DOC/875/2016.

(27) Esta disposición otorga jerarquía constitucional a varios instrumentos internacionales de derechos humanos que deben ser aplicados "en las condiciones de su vigencia". Dicha frase implica aplicarlos en la forma en que han sido interpretados por el órgano internacional competente creado por el mismo tratado para su seguimiento; en el caso de la CADH, la Corte IDH.

(28) CSJN, 13/07/2007, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad"; CSJN, 27/11/2012, "Rodríguez Pereyra, Jorge y otro v. Ejército Argentino" (Fallos: 335:2333); CSJN, 03/05/2005 "Verbitsky Horacio s/habeas corpus"; CSJN, 07/04/1995, "Girolodi" (Fallos: 318:514); CSJN, 12/09/1996, "Bramajo" (Fallos: 319:1840), Carranza Latrubesse (C. 568. XLIV y C. 594. XLIV), entre otros.

(29) El subrayado nos pertenece.

(30) El subrayado nos pertenece. En la misma línea de considerar al embrión in vitro persona en materia de daños en Argentina es seguida por Sambrizzi y Medina.

(31) Corte IDH, "Artavia Murillo vs. Costa Rica", conf. párrafo 185.

(32) El subrayado nos pertenece.

(33) Este criterio ha sido sostenido jurisprudencialmente en la Argentina por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial N°1, Sala 2, de La Plata, en autos "O'Keeffe, Cristina Mabel c/ Hospital Prof. Dr. Adolfo Rossi s/ Daños y perjuicios", 23 /09/2003, [www.sajj.gob.ar](http://www.sajj.gob.ar), ID SAJJ: B0152587.