

Cossari, Maximiliano N. G., *Responsabilidad civil por daños a embriones*, Buenos Aires, *El Derecho*, 2023

Pérez, Matilde

Matilde Pérez matildeperez@uca.edu.ar
Pontificia Universidad Católica Argentina, Argentina

. Responsabilidad civil por daños a embriones. Buenos Aires. *El Derecho*. 398pp.. 978-987-8368-68-9

Prudentia Iuris
Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Argentina
ISSN: 0326-2774
ISSN-e: 2524-9525
Periodicidad: Semestral
núm. 97, 2024
prudentia_juris@uca.edu.ar

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/797/7974948013/>

Cossari, Maximiliano N. G., *Responsabilidad civil por daños a embriones*, Buenos Aires, *El Derecho*, 2023[1]

El Dr. Maximiliano Cossari en su obra *Responsabilidad civil por daños a embriones* aborda con precisión y claridad una temática que carece de un desarrollo acabado en el ámbito del derecho de daños y que promete ampliar la mirada en el horizonte protectorio de los embriones no implantados.

Este trabajo es el resultado de una larga investigación desarrollada bajo la dirección del Dr. Jorge N. Lafferriere con estancias en la Universidad de Navarra y el Instituto CEU San Pablo de Madrid que fue objeto de su tesis doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, sede Rosario, con la máxima calificación.

Un hito más en una prolífera carrera que recorre un primer doctorado en la Universidad Nacional de Rosario, así como sendas Especializaciones en Derecho de Daños y en Magistratura, ambas en la Universidad Católica Argentina.

El eje de esta tesis doctoral se centra en el estudio de la problemática jurídica derivada de la ausencia, insuficiencia o deficiente interpretación sobre el estatuto jurídico de los embriones concebidos a través de los métodos de fecundación humana extracorpórea.

En esta centralidad, la protección de la dignidad humana del embrión trasunta en esta obra desde su Introducción hasta sus Conclusiones. Se advierte, en su lectura, un profundo estudio de las diversas corrientes en pugna que conoce y valora de manera objetiva en procura de brindar herramientas para la protección del embrión frente al daño injusto, con respeto a la diversidad de opiniones en la “[...] búsqueda del bien y la verdad [...]”[2], en una temática que requiere coraje en una sociedad en que los criterios económicos y utilitaristas parecieran ir a contracorriente de la protección del más débil de todos los seres humanos.

El libro tiene una estructura metodológica que va desde la perspectiva médica con relación a los embriones, el análisis sobre la naturaleza jurídica y protección de los embriones no implantados, para llegar así a la determinación de la existencia de una posible responsabilidad civil por este daño injusto con relación al embrión. En cada uno de sus diez capítulos presenta conclusiones preliminares que funcionan para el lector como cierre y apertura en forma concatenada.

En el Capítulo 1 “Finalidad de este estudio”, expone el estado de la cuestión y del plan de trabajo a desarrollar. Destaca que la ausencia de un control adecuado multiplica las perspectivas de riesgos a las que se ven expuestas las personas, lo que puede derivar en daños irreparables tanto para las generaciones presentes como para las generaciones futuras. En muchos casos, la incertidumbre científica se puede transformar en esos daños.

Entre ellas, las generadas por las TRHA, sea como forma de paliar la infertilidad o como recurso para obtener un hijo, que se plasman en áreas de conocimiento diverso como la medicina, la bioética o las ciencias jurídicas.

En este contexto, marca los objetivos generales y específicos a seguir; las hipótesis de trabajo centradas en la insuficiencia de mecanismos jurídicos en nuestro derecho para la protección de los embriones derivados de la fecundación *in vitro*, frente a lo cual la responsabilidad civil puede lograr dicha protección. La función preventiva del daño permitiría la anticipación de tales daños irreversibles.

Para lograr su demostración y sus conclusiones, divide su estudio en tres partes:

c) Primera parte: Aspectos generales de la fecundación *in vitro*.

b) Segunda parte: Aspectos jurídicos de la fecundación *in vitro* en el ordenamiento jurídico argentino.

c) Tercera parte: Responsabilidad civil aplicada a la fecundación *in vitro*.

En la primera parte, en dos capítulos se ocupa del desarrollo biológico del embrión con referencia a las técnicas de reproducción humana asistida (Capítulo 2) y el tratamiento del embrión como ser humano (Capítulo 3).

En el Capítulo 2, analiza el aspecto biológico de la formación del embrión como nuevo individuo desde la perspectiva genética. Con exquisita precisión lleva al lector profano a descubrir las etapas de desarrollo humano, cómo se produce la fecundación y la división celular, cómo de embrión pasa a ser feto, pero ya con una impronta humana en su ontogenia. Precisión que se advierte en la descripción de las diversas formas de fecundación intracorpórea y extracorpórea y sus técnicas.

En esta investigación, comienza a advertirnos sobre donación, crioconservación, maternidad sustituta y subrogada, la creación de embriones con el ADN de tres personas y problemas éticos y jurídicos que se presentan alrededor de la procreación de embriones para sanar un hermano enfermo, la

alteración de la carga genética, la selección de embriones, la transferencia de embriones.

Advertencia aparte merece la crioconservación de embriones desde el punto de vista biológico con incertidumbres vinculadas a la cantidad de años que pueden permanecer en ese estado.

En sus conclusiones destaca: a) El contacto de células sexuales en la fecundación es el inicio irreversible de un ser humano, el cigoto que tiene una carga de ADN única y distinta de la de sus progenitores, sea intra o extracorpórea su procreación; b) La fecundación *in vitro* reproduce fuera del seno materno las condiciones para la unión de los gametos. Este embrión se comienza a dividir y sobrevivir para su implantación en el seno materno sin alterarse la identidad del embrión en cuanto tal. Esto es, el embrión es persona más allá de la forma de gestación elegida.

El Capítulo 3 se ocupa del embrión como ser humano. Desde el planteo del tema, el autor indaga y advierte sobre la naturaleza del embrión como ente jurídico y, como tal, capaz de adquirir derechos y obligaciones, temática que se traslada a la responsabilidad civil a la hora de valorar la existencia de la antijuridicidad o incumplimiento objetivo como presupuesto o, como advierte capítulos más adelante, legitimado y objeto de la función preventiva.

Las opiniones son diversas, pero el eje debe mantenerse en el reconocimiento de derechos básicos en cuanto a su vida y su existencia.

La valoración del embrión como ser humano se identifica con la dignidad humana en el sentido de la identificación de un ser viviente como perteneciente a la especie humana, en la que no hay diferencias ni grados.

En su estudio se adentra en la crítica a la instrumentalización del embrión como objeto de la fecundación *in vitro* por cuanto es contraria a esa dignidad, más allá de la fe o la religión, parte de la realidad biológica de constatar cuándo es posible probar que existe vida.

Esta consideración del embrión como objeto instrumental se plasma en la protección de derechos individuales de los que desean beneficiarse con el uso de las técnicas de reproducción, o el caso del incremento de embriones criopreservados sin implantar.

Miradas que van desde el respeto de su dignidad humana y no desde la moralidad o su ausencia en las TRHA. Respeto que se erige desde el inicio del ser humano hasta su deceso. La profusa doctrina y jurisprudencia utilizadas tanto de la literatura médica como la jurídica o los textos papales llevan a su conclusión, sin hesitación alguna, de que el embrión es un ser vivo que pertenece a la especie humana y, por lo tanto, es un ser humano (p. 91).

El proceso de formación del embrión no incide en su identidad y en su condición de humanidad. Desde la descripción biológica hay elementos para ser considerado miembro de la especie humana, lo que no determina su relevancia jurídica o moral, la cual proviene de reconocerle su dignidad de ser humano.

Para arribar a estas conclusiones, el autor estudia las diversas posturas sobre la esencia del embrión, su protección jurídica como ser humano diferenciado desde la fecundación. El análisis de la Declaración de la Academia Nacional de Medicina en el sentido de la reafirmación de la defensa y la vida y la dignidad del embrión humano más allá de la forma en que fue creado tiene su contrapunto en la valoración crítica del Informe Warnock que centra en la implantación el

momento de inicio de la protección embrionaria. Junto a ellas, la investigación alcanza a las estrategias terminológicas que buscan la desprotección del embrión (fecundación y concepción, preembrión, persona en potencia).

En la parte segunda se estudian los aspectos jurídicos de la fecundación *in vitro* en el ordenamiento jurídico argentino, dividida en los Capítulos 4 y 5.

En el Capítulo 4, Cossari se centra en “El embrión como persona en el ordenamiento jurídico argentino”. Desde las diversas acepciones del vocablo “persona” abre el paso al reconocimiento de derechos humanos y personalidad jurídica a todo ser humano. Destaca la insuficiencia de la visión positivista de los derechos humanos, entre ellos, la posición de Ferrajoli, que señala que el conocimiento biológico del embrión no sería suficiente para reconocerle protección porque la personalidad del embrión es una prescripción, un juicio de valor y, por ende, no puede ser impuesto.

En el otro extremo, la visión no positivista de los derechos humanos en que la discusión sobre quiénes son titulares de derechos humanos se centra en dos alternativas: el personalismo ontológico o el personalismo funcional. En el primero, lo es todo miembro de la especie humana; en el segundo, quiénes son titulares y cuáles son sus derechos.

En la exégesis constitucional del tema, destaca que en la Constitución Nacional la mera humanidad es fundamento de los derechos humanos.

En idéntico sentido, los Pactos y Declaraciones Internacionales coinciden en que el ser humano es persona física o natural aun en la discusión respecto de la jerarquía o rango constitucional de estos tratados internacionales.

En el punto 4, parte de la premisa de que el embrión es reconocido como persona en el derecho argentino, como surge del estudio que realiza sobre el Código Civil, el Anteproyecto de 2012 y del Código Civil y Comercial de la Nación, a los fines de determinar quiénes son personas, desde cuándo el ordenamiento jurídico les reconoce tal carácter. Se avoca también a la descripción de las contradicciones en las que incurre la Ley N° 27.610 sobre aborto en lo que hace a la jerarquía de fuentes, la protección internacional de la persona humana y el total desprecio por el embrión al que, aun a su pesar, no priva de humanidad.

En el Capítulo 5 se ocupa del embrión no implantado, a través de la exégesis de la sentencia de la CIDH en el caso “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”, profunda, bien lograda y acertada en su interpretación. Describe los hechos, estudia los fundamentos de la Corte para avanzar hacia las críticas al fallo. Exégesis que se extiende a su relevancia en Argentina en lo que hace a la obligatoriedad de los fallos de la CIDH, la aplicación directa de su doctrina por medio del control de convencionalidad. En este punto, analiza la interpretación dinámica que la CSJN hace de estas temáticas.

Por último, destaca dos hitos en su interpretación: la decisión de la CIDH no priva de personalidad al embrión y la interpretación conforme al principio *pro homine*.

En sus conclusiones al capítulo reafirma que la Convención es clara sobre la protección del no nacido; sin embargo, yerra la CIDH en excluir tal protección al concebido *in vitro* hasta tanto no sea implantado, lo que significa vulnerar el principio *pro homine*. Así es que en nuestro país no existe norma que imponga el seguimiento de la doctrina sentada en este fallo ni que se deban dictar normas contrarias a la protección de embriones no implantados.

En la tercera parte se ocupa de las cuestiones a las que refiere el título de la obra “Responsabilidad civil aplicada a la fecundación *in vitro*”.

La falta de existencia de una regulación integral de las THRA lleva al autor a enforzarse a normas como la Ley N° 26.862 y el *quid* de los efectos sobre la filiación en el marco del Código Civil y Comercial.

La vis expansiva del derecho de daños también alcanza a la protección de los embriones por los daños que se les causen, aunque deviene insuficiente.

Resultado de ello, destaca la multiplicación de riesgos ante el acceso irrestricto a la FIV, que se fortalece con la interpretación jurisprudencial en el sentido de ser un derecho que debe ser protegido.

Esa interpretación basada en el principio de igualdad en el derecho al acceso a tener un hijo descubre esa ausencia de protección especial del embrión no implantado. La afectación del embrión queda patente en el descarte de embriones, su selección en la etapa preembrional, criopreservación, destrucción o el uso para investigación, conculcan la dignidad de la vida humana inocente y, por lo tanto, el derecho constitucional a la vida.

Enmarcado en la antijuridicidad como presupuesto del deber de reparar, en las situaciones como la crioconservación *per se* es ilícita, como da cuenta la Academia Nacional de Medicina, al someter al embrión a su fatal destino, lo que tiene su sustento en la profusa doctrina citada por el autor.

En idéntico sentido se manifiesta con respecto de los embriones criopreservados o los riesgos derivados de su destrucción.

En lo que hace a la tensión entre la autonomía de la voluntad de los progenitores y el derecho a la vida del embrión da cuenta de las divergencias interpretativas en lo que hace a las soluciones jurídicas normadas en el Código Civil y Comercial en sus artículos 560 y 561.

Esta voluntad procreacional suscita interpretaciones dispares en lo que hace al retiro del consentimiento por un progenitor, su deceso o el destino del remanente de embriones.

En este sentido, de manera objetiva, indaga en las posiciones que impulsan o rechazan la destrucción de embriones o la adopción prenatal.

Ratifica que el problema de fondo no es la protección de la libertad individual de los padres, sino la vida y el destino del embrión congelado luego de haberse dado el consentimiento para su creación.

Concluye el Capítulo 6 estableciendo que todas aquellas prácticas que impliquen dar al embrión un destino diverso al de su implantación, o la selección de embriones es antijurídica y resalta que más allá de las opiniones que no consideran al embrión como persona, existe un consenso generalizado en otorgarle un grado de respeto compatible con la dignidad humana.

El Capítulo 7 se centra en la prevención de daños a los embriones desde la perspectiva de la evitación de daños irreversibles. Aporta una novedosa mirada sobre la fuerza expansiva de la función preventiva del daño aplicable a estas situaciones en el marco de lo establecido en los artículos 1710 y siguientes del Código Civil y Comercial.

Así, el evitar la creación de embriones que no serán destinados a su implantación; preservación de embriones no implantados o procurar la implantación de embriones crioconservados encuadran en sus previsiones. En lo que hace a su operatividad propone como caminos prácticos y posibles la acción

preventiva de daños y la decisión judicial preventiva ante la inminencia de daños a los embriones.

Propone la posibilidad de aplicar el principio de precaución como forma de protección de la dignidad e integridad de los embriones ante la incertidumbre científica y la masividad de los daños derivados de estas prácticas.

En un paso más allá, atento la relación dual de existencia con relación a los profesionales que realizan las FIV y los Centros de fecundación, analiza la viabilidad de la aplicación de la figura de los daños punitivos regulada en el artículo 52 bis de la LDC frente a las conductas dañosas reiteradas y el lucro derivado de ellas.

El Capítulo 8 es medular en su obra al tener el eje en el régimen aplicable a los daños causados al embrión en su integridad personal. El punto de partida es el análisis de los riesgos derivados del uso de la FIV y los mecanismos de contralor en lo que hace a la atribución de responsabilidad.

El consentimiento informado válido enfoca a la FIV como forma de aceptación de los riesgos cuando se cumple de manera acabada con los requisitos que emanan de las normativas en la materia.

Contribuye también con la calificación de las obligaciones asumidas por el profesional médico desde su responsabilidad en el marco del artículo 1768 y la remisión efectuada al artículo 774, ambos del Código Civil y Comercial.

Un aporte significativo se halla en la posibilidad de considerar a la pérdida de embriones como un daño resarcible, encuadrable en la definición del artículo 1737 y podrá devenir tanto en daño patrimonial como extrapatrimonial, de acuerdo al artículo 1744 CCCN.

En esta línea, se planteó el problema de los daños a la salud del niño por anomalías o transmisión de enfermedades. Esto es, si la formación de un niño que adquiere una patología cuyo riesgo era conocido por quien aporta el gameto era detectable antes o después de la fecundación. ¿Hay una obligación de resarcir tanto al concebido que ha sido traído a la existencia, pero expuesto a sufrimientos o a los padres que deberán hacerse cargo? Se decanta por la negativa por ser ajena a nuestro derecho.

La categoría de *prenatal torts* tiene dos manifestaciones: a) *wrongful birth*: derivada de la falta de información del médico sobre las posibilidades de que el hijo naciera con un defecto y no poder optar a elegir entre abortar o seguir con el embarazo; b) *wrongfullife*: interpuesta por una persona como consecuencia de haber nacido discapacitada, errado el profesional de la salud en el diagnóstico o en el tratamiento de una enfermedad previo al nacimiento.

Analiza las propuestas, soluciones, críticas e inviabilidad en nuestro derecho.

¿Cuándo sería viable la posibilidad de resarcimiento en Argentina? Cossari estudia dos enfoques: desde la responsabilidad de los padres y desde la responsabilidad médica.

Con relación a los padres en lo que respecta a la fecundación natural, analiza el debate planteado en las diversas Jornadas Nacionales de Derecho Civil y la responsabilidad parental, afirmando su postura de rechazo en tal sentido por ausencia de antijuridicidad y daño.

En el caso de la FIV, pareciera haber una tendencia mayoritaria y otorgar una indemnización, pues hay un control de la causalidad; sin embargo, desde la perspectiva de la protección de embriones una condena pecuniaria podría,

inclusive, propiciar una selección de ellos y la promoción del aborto para evitar posibles responsabilidades. Ello no excusa a los progenitores de los deberes que les impone la responsabilidad parental. En lo que atañe a la responsabilidad médica y del centro de fertilidad, la responsabilidad por la deficiente elección de los gametos es objeto de críticas. Desde los aportes realizados a través de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil en lo que hace a los gametos viciosos o en mal estado de conservación (en especial en las XXV JNDC), se trata de un factor de atribución objetivo.

En opinión de Cossari, se abren dos alternativas. La primera, entender que no se verifican los presupuestos de la responsabilidad; la segunda, desdoblarse entre la responsabilidad subjetiva de los médicos y objetiva de los centros de fertilidad. Ambas son insuficientes para la protección de los embriones. Si la prevención falla, el derecho de daños como régimen general resulta insuficiente para la reparación de los perjuicios sufridos y para la disuasión de conductas futuras que afecten a la salud y la dignidad del embrión, evitando la selección y descarte con fines eugenésicos.

El Capítulo 9 se ocupa de los daños a la identidad genética y filiatoria frente a la posible separación de la identidad gestacional y filiatoria ante la intervención de sujetos diferentes a los progenitores.

El derecho a la identidad del embrión analiza los diversos aspectos de la vida y personalidad del titular, distinguiendo su faz estática y dinámica. Ello por cuanto la identidad personal va ligada de manera íntima a la individualidad específica y vida privada. La filiación tiene una fuente genética de lo que dan cuenta los artículos 579 y 580 CCCN.

Se ocupa también de los posibles daños a la identidad del embrión. Entre ellos, el daño extrapatrimonial por imposibilidad de conocer el origen biológico o la adopción de medidas de prevención de daños. También, los daños por privación voluntaria de un vínculo filiatorio, como puede presentarse frente a la fecundación *post mortem* con gametos del fallecido; la transferencia *post mortem* de embriones criopreservados.

Mueve a la pregunta sobre las problemáticas que presenta la gestación subrogada, donde hay pluralidad de partícipes de la gestación: filiación, ilicitud de este tipo de contratos en el ordenamiento jurídico a la luz de los artículos 562 y 1004 del CCCN.

En conclusión, la obra del Dr. Maximiliano Cossari aborda la temática de la protección de los embriones en el marco del derecho de daños desde la perspectiva de las funciones resarcitoria y preventiva, en la expansión del principio precautorio y en la necesaria toma de conciencia de crear un marco regulatorio apropiado para la protección del más débil y vulnerable.

Matilde Pérez

Doctora en Ciencias Jurídicas (UCA)

Contacto: matildeperez@uca.edu.ar

Notas

Notas

[1] Esta reseña se enmarca en el Proyecto IUS UCA “La función preventiva y la incertidumbre científica en actividades especialmente peligrosas. El compliance como técnica de prevención y anticipación de daños en el ámbito empresario”, codirigido con el Dr. Fernando A. Ubiría.

[2] Palabras del autor en la presentación de su libro, organizada en forma conjunta por la Editorial El Derecho, la Maestría en Derecho Civil Patrimonial y la Especialización en Derecho de Familia, Buenos Aires, 14 de noviembre de 2023.