

Voces: DAÑO PSÍQUICO ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ DONACION DE OVULOS ~ ENFERMEDAD CONGENITA ~ GENETICA ~ INDEMNIZACION ~ PRUEBA GENETICA ~ RESPONSABILIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE ASISTENCIA MEDICA ~ RESPONSABILIDAD MEDICA ~ TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA ~ VALUACION DEL DAÑO

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D(CNCiv)(SalaD)

Fecha: 26/10/2016

Partes: G., A. M. y otros c. R., L. R. y otros s/ daños y perjuicios - resp. profesionales médicos y aux.

Publicado en: LA LEY 29/12/2016, 29/12/2016, 9 - LA LEY2017-A, 141 - RCyS2017-II, 108 - LA LEY 21/02/2017 , 5, con nota de Ignacio González Magaña y Jorge Ocantos; LA LEY 2017-A , 406, con nota de Ignacio González Magaña y Jorge Ocantos; DFyP 2017 (febrero) , 184, con nota de Ignacio González Magaña; DFyP 2017 (abril) , 245, con nota de Jorge Ocantos; DFyP 2017 (mayo) , 273, con nota de Soledad Briozzo; RCCyC 2017 (julio), 10/07/2017, 128 - RCyS 2018-I , 49, con nota de Soledad Briozzo;

Cita Online: AR/JUR/70812/2016

Hechos:

Los padres de una menor se presentaron, por sí y en representación de su hija, a fin de reclamar un resarcimiento por los daños derivados del tratamiento de fertilización asistida heteróloga al que se sometieron, que tuviera como resultado el nacimiento de la niña con una grave patología genética conocida como fibrosis quística. La sentencia hizo lugar a la demanda en forma parcial. La Cámara elevó el monto indemnizatorio.

Sumarios:

- 1 . La acción promovida a fin de reclamar un resarcimiento por los daños derivados de un tratamiento de fertilización asistida heteróloga que tuvo como resultado el nacimiento de un niño con una patología genética —fibrosis quística— debe admitirse, pues no se efectuaron en la donante de óvulos los exámenes correspondientes para eliminar la posibilidad de transmisión de enfermedades graves, siendo la selección de los donantes responsabilidad de los facultativos intervinientes.
- 2 . La omisión de adoptar las medidas necesarias para disminuir los riesgos de transmisión de enfermedades genéticas a los niños nacidos luego de la realización de tratamientos de fertilización asistida heteróloga no se supe con la información brindada a los padres acerca de sus posibles consecuencias negativas, pues la responsabilidad de los médicos se ve acentuada por la activa participación que tienen en esa clase de prácticas, para las que debe tener un conocimiento calificado.
- 3 . El daño psíquico debe ser resarcido en la medida que significa una disminución en las aptitudes psíquicas y una alteración del cuerpo en lo anímico, con el consecuente quebranto espiritual, ya que éste importa un menoscabo a la salud considerada en un concepto integral.
- 4 . La acción promovida a fin de reclamar los daños derivados de un tratamiento de fertilización asistida heteróloga que tuvo como resultado el nacimiento de un niño con una patología congénita —fibrosis quística— debe admitirse, pues, si bien se efectuó sobre los óvulos donados el control genético para las más frecuentes de las mutaciones, no se extendió el análisis a las más generalizadas, siendo la que se transmitió a aquél la segunda con mayor incidencia (del voto de la Dra. Brilla de Serrat).

Texto Completo:

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 26 de 2016.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

La doctora 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 Centro Especializado de Ginecología y Obstetricia Sociedad Anónima —CEGO SA— 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.

La aclaratoria dispuesta a fs. 1213 desestima el pedido de sanciones por temeridad y malicia y en los términos del art. 1710 del Cód. Civ. y Com. de la Nación 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, 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 respectiva a la aseguradora.

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 sobreviniente 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 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 Cód. Proc. Civ. y Com. 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 sería el par 23.

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 pár. 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 existiría “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.

La fibrosis quística es una enfermedad de etiología monogénica, autosómica, recesiva.

Los afectados por lo tanto tienen ambos alelos mutados.

El gen de la fibrosis quística presenta hasta el momento casi 2000 mutaciones distintas.

Dada esta enorme cantidad de alelos distintos y a efectos de lograr el diagnóstico de personas afectadas y/o detectar portadores sanos, fueron efectuados estudios poblacionales extendidos a partir de los cuales se pudieron establecer las frecuencias de aparición de cada una de las mutaciones. De esa manera se conocen cuáles son los alelos más frecuentes y cuales los menos frecuentes en las distintas poblaciones.

A partir de estos datos se diseñaron “kits” o paneles con las mutaciones más frecuentes que permiten cubrir un importante porcentaje de las mutaciones genéticas de los alelos involucrados en la enfermedad. Se considera que un panel que es capaz de detectar más del 70% de las mutaciones es un kit con adecuada especificidad.

En Argentina, los principales centros de estudios genéticos utilizan paneles con 29 mutaciones que cubren alrededor del 77% de las manifestaciones de nuestra población.

Volviendo, 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.

La cuestión, a mi entender, que determinará si ha existido o no responsabilidad alguna frente al nacimiento de una niña portadora de una grave enfermedad 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 TRHA existían y eran de práctica a fin de eliminar, justamente, donantes potencialmente riesgosos.

En el caso de F., cuya patología no está discutida, surgen de autos los protocolos de estudios genéticos efectuados al donante de semen. En ellos se puede saber que se efectuó un cariotipo, es decir un estudio de cromosomas, que fue informado como normal, por lo que no se detectaron anomalías cromosómicas. Y hay un protocolo de un estudio molecular para Fibrosis Quística utilizando un panel de 29 mutaciones, entre las cuales estaba la G542X. El resultado mostró que el donante de semen no presentó ninguno de los alelos estudiados.

Lo dictaminado por el Sr. perito médico genetista sobre este punto (realización de los estudios genéticos sobre el donante de semen) se encuentra reforzado con las declaraciones testimoniales de fs. 780/1 y 782 y los informes de fs. 599/600 y 869/870.

Ahora bien, el hecho de que el donante de semen haya resultado negativo para las 29 mutaciones estudiadas, y que el otro alelo que fue hallado en la niña, el G542X si fuera identificado, permite concluir que este último alelo fue heredado de la donante de óvulos.- Y no se ha acreditado en autos que exista protocolo que confirme que fue estudiado, salvo las manifestaciones efectuadas en la contestación de demanda a fs. 21 y 22 y las escuetas respuestas brindadas por el Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires (fs. 679/681), que frente a la pregunta de si constan pruebas de evaluación de la donante ovular y consulta genética en busca de genes transmisores de enfermedad fibroquística contestó: Si. Más ninguna constancia arrima al informe tendiente a fundamentar su respuesta, siquiera menciona en qué lugar se encuentran esas pruebas de evaluación.

Resumiendo, y conforme lo dictaminara el perito, así como en el donante de semen se efectuaron estudios genéticos, los mismos debieron efectuarse en la aportante de óvulos. De habérselo hecho, hubiera surgido que ésta última era portadora sana para la mutación G542X y debió ser rechazada como cedente.

Hay dos circunstancias que quiero destacar especialmente.

La primera: Si bien es cierto que con el estudio molecular realizado por el banco de semen solo se puede saber que la probabilidad de que el donante fuera portador sano de la enfermedad se redujo en un 77%, existiendo un riesgo cercano al 23% que sí haya sido portador sano de la enfermedad, basta para eximirlo a mi juicio de responsabilidad, pues esos eran los estudios que se encontraban disponibles en el país a la fecha en que fueron practicados. Y a mayor abundamiento, los resultados fueron negativos para la mutación más común: G542X. La que fuera encontrada en F.

La segunda: Es cierto que no existía ni existe en la actualidad ninguna norma legal que establezca la obligatoriedad de llevar a cabo esas prácticas. De hecho, y como bien señala Mariana Rodríguez Iturburu en un reciente artículo (“La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad” Reproducción, Vol. 30/Nº 4, diciembre 2015, pág. 143-160) el nuevo Cód. Civil y Comercial si bien regula la determinación filial de los niños nacidos mediante el empleo de las TRHA, ha dejado gran cantidad de cuestiones relacionadas con la práctica y 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 viables, entre otras, al dictado de una ley especial y que aún no ha sido sancionada. Pero no nos olvidemos que más allá de ello y 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. No olvidemos que las técnicas de diagnóstico preimplantacional que ya prevén algunas legislaciones extranjeras desde hace tiempo (por ej. España que además toma como infracción grave la omisión de la información o los estudios previos necesarios para evitar lesionar los intereses de los donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias) eran recomendadas a la fecha

en que se llevara a cabo en autos la TRHA.

Y si bien la discusión aún no se ha instalado en el ámbito de la justicia aunque varios autores se han referido al tema (así por ej. Marrama, Silvia, “Qué alcances tiene la responsabilidad civil que cabe a quienes realizan técnicas de fecundación artificial extracorpórea? Esbozo de una respuesta” El Derecho Política Criminal 245-1263 (2011), López Daniel Ricardo, Mortara Silvia L. y Ricardone María, “Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades congénitas, genéticas hereditarias, derivadas de las técnicas de reproducción asistida heteróloga”, El Derecho 183-1292 (1999), Jorge Más Díaz y otros, “Aspectos Éticos y Legales de La Reproducción Asistida”, Medina Graciela e Hooft Irene, Responsabilidad por daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida, (www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/38pdf), sí existen numerosos precedentes en la materia por ej. de transmisión de enfermedades a raíz de transfusión de sangre (CN Civ. Sala F, N.N. c. Municipalidad de Buenos Aires”, 2000/05-15, LA LEY 2000-F, II, DJ, 2001-1-625m CN Com. Sala B, R.A.A. s/suc. c. Sanatorio San Cristóbal, SA y otro, LA LEY 2002-F, 562, DJ 2002-3, 1038, SCJ de Mendoza, Sala I, R. O. y otros c. Hospital Central y otros, LA LEY Gran Cuyo 2006 (febrero), 64) 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.

La Sociedad Argentina de Andrología, al contestar un pedido de informes a fs. 650, si bien señala que no tiene publicadas recomendaciones con respecto a la detección de fibrosis quística en donantes de semen, participa, junto con SAMER (Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva) en la acreditación de bancos de semen, y en sus normas, recomienda el testeo de todos los donantes para el gen fibrosis quística, y se remite a los lineamientos de la American Society for Reproductive Medicine cuya transcripción proporciona a fs. 615, y que sostienen que el screening o evaluación genética para enfermedades hereditarias debería ser realizado en donantes de semen potenciales. El testeo para el estado de portador de fibrosis quística debería ser realizado en todos los donantes. Otros estudios genéticos deberían ser realizados de acuerdo al ancestro étnico del donante y según recomendaciones actuales luego de obtener una apropiada historia clínica familiar.- Aunque no fuera requerida sobre los estudios a realizar a los donantes de óvulos, y tampoco se ha acompañado su traducción, observo que la realización de testeos para la detección de fibrosis quística también son aconsejados para este caso (ver fs. 623 punto 7.).

Estas recomendaciones coinciden plenamente con lo dictaminado por el Sr. perito médico genetista, quien también a fs. 791 procediera a transcribir la parte pertinente de la guía de práctica clínica en medicina reproductiva de 2011 de la SAMER: “...Consulta genética: cariotipo y estudio de las mutaciones de fibrosis quística (ACOG). Considerar etnia para eventual agregado de estudios adicionales...”.

Por lo demás, si el SAMER en su Código de Ética en Reproducción asistida refiriéndose al diagnóstico genético preimplantacional y selección de género señala que el mismo 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 lamentablemente se discute en estos autos, SÍ debería haberse efectuado el testeo correspondiente.

Es precisamente esta falencia la que hace responsable al Dr. R. y a Cego S.A. tal cual lo dispusiera la juez de grado en su fundamentada sentencia.

Es que la selección de los donantes, a mi juicio, es responsabilidad de los facultativos.

Y en el caso, insisto, 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.

Adviértase que este tipo de intervenciones requieren la participación de un cuerpo médico que participa activamente en la procreación. Y el no adoptar las medidas necesarias para disminuir este tipo de riesgos no se suple con la información brindada a los padres acerca de las posibles consecuencias negativas de este tipo de prácticas. Por el contrario, creo que en los supuestos de fecundación asistida y más aún cuando es heteróloga, 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.

Y 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 la obligación objetiva de seguridad que lo hace pasible de reproche y que solamente pudo exonerarlo si hubiera acreditado la ruptura del nexo 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.

Tampoco lo es el hecho que invoca relativo a que los estudios genéticos no cubren la totalidad de las mutaciones para fibrosis quística ya que existe un porcentaje que no puede ser detectado. Pero volviendo a lo que ya manifesté anteriormente, 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.

Distinta hubiera sido la solución si, de haberse efectuado los estudios correspondientes, los mismos hubieran arrojado resultado negativo aun cuando quedara en la nebulosa un 23% de probabilidades de transmisión de la enfermedad. Pero en el caso, insisto, al no haberse acreditado la realización de este estudio genético preimplantacional, ese porcentual se elevó al 100%.

Como bien señalan los Dres. L., M. y R. en el artículo que *ut supra* referenciara, ya en las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros de 1992 se concluyó que mediaba responsabilidad de los agentes biomédicos (y de los establecimientos sanitarios) y debían responder frente a los padres de un niño nacido con deficiencias, a raíz de haberse utilizado gametos defectuosos o en mal estado de conservación.

Por último y respondiendo al agravio relacionado a la falta de valoración por la juez de grado de algunas de las pruebas que R. alega producidas, a más de volver a recordarle que no existe obligación de los jueces de analizar sino solamente las que resulten útiles para resolver el caso, el informe que presentara la perito C. B. no obra agregado en autos, ya que oportunamente fuera desglosado por extemporáneo (fs. 936).

Es por ello que en el caso, la responsabilidad de los codemandados condenados se funda en las normas de los arts. 512, 502, 902, 909 y cc. del Cód. Civil y la obligación tácita de seguridad que emana del art. 1198 y frente a la menor, F., el art. 1113 2º párrafo del mismo cuerpo legal, vigentes a la época de los hechos que nos ocupa (y que encuentran su correlato en los arts. 1722, 1724, 1725, 1737, 1749, srgtes. y conc. del Cód. Civil Unificado) por imperio del art. 7 del Cód. Civ. y Comercial, y por ende los daños reclamados susceptibles de reparación, en base a las normas citadas, a lo que debemos sumar las convenciones internacionales que protegen el derecho a la vida, la integridad física, la dignidad (por ej. Convención Americana de Derechos Humanos), que en el caso, sin duda alguna han sido vulnerados.

Con lo precedentemente resuelto entiendo dar respuesta también a los agravios de los actores y la Sra. Defensora de Cámara en tanto pretenden la inclusión de los demandados O. y su aseguradora en la condena de autos, los que sin necesidad de mayores consideraciones a las ya reseñadas deben ser desestimados, con costas por su orden atento las particularidades de esta causa (arts. 68 y 69 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VII. Párrafo aparte merecen las expresiones que dedica a la juez de grado. 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 —y aquí englobo tanto al médico y al abogado que suscriben el escrito— haciéndoles 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. Recuérdeseles que en nuestra justicia, el ojo por ojo, diente por diente que nos recuerda a la ancestral Ley del Talión no es de aplicación.

VIII. Con respecto a los agravios formulados por el codemandado O. relativos a la falta de legitimación opuesta por la aseguradora TPC Compañía de Seguros SA y que no mereciera tratamiento en la instancia de grado, a mi entender debe ser desestimada, con costas a esta última.

Para concluir como lo hago valoro que efectuada pericia contable producida a fs. 857/862 y su aclaratoria de

fs. 920 y de la cual surge expresamente que el Dr. R. J. O. se encontraba asegurado bajo póliza..., anteriormente..., cubriendo su responsabilidad civil profesional como médico y/o otros auxiliares de la medicina, especialidad endocrinología, siendo comprensiva de la responsabilidad profesional médica del asegurado como Jefe de Equipo, es decir, la actividad de orientar, dirigir y coordinar la actuación conjunta de otros profesionales y/o auxiliares de la medicina (art. 2° de la póliza) y que C., el banco de semen que O. dirige es un nombre de fantasía, por lo que su actividad se encuentra comprendida entre los riegos asegurados, máxime que conforme surge del informe obrante a fs. 1041 remitido por el Jefe de la Sección andrología del Servicio de Endocrinología del Hospital Italiano y Presidente de la Sociedad Argentina de Andrología, la Andrología es una subespecialidad correspondiente en la endocrinología.

Las cuestiones relacionadas con el obligado al pago de los honorarios de la representación letrada del codemandado O., exceden el marco cognoscitivo de esta alzada y deberán ser planteados en la oportunidad y por la vía y forma que resulte pertinente.

IX. Sólo resta tratar los agravios relacionados con las partidas indemnizatorias y la sanción por temeridad y malicia introducidos por los actores y la Sra. Defensora, ya que en sus quejas el Dr. R. no las cuestiona.

a) Daño psíquico de los coactores D. M. y G.:

La Sra. jueza de grado desestimó la partida indemnizatoria solicitada para resarcir este rubro otorgando solamente una suma para satisfacer tratamiento psicológico para ambos accionantes.

Habré de destacar que con respecto al daño psicológico o psíquico, a mi entender, no queda subsumido en el daño moral, pues ambos poseen distinta naturaleza.

En efecto el daño psíquico corresponde resarcirlo en la medida 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 éste importa un menoscabo a la salud considerada en un concepto integral.

La perito psicóloga consideró que ambos padres si bien son portadores de incapacidad psíquica, la misma es parcial y transitoria, recomendando la realización de tratamiento, que fuera otorgado en la sentencia apelada y no fuera motivo de agravio.

Debo reconocer que si bien es cierto que la perito tildó de transitoria la incapacidad de la cual son portadores los actores, y la misma no fue impugnada ni sometida a pedido de explicaciones por parte de estos, no lo es menos que a más de establecer el porcentaje de dicha minusvalía, determinó que el tratamiento a seguir se debe a la necesidad de “evitar profundizar dicha incapacidad, por lo difícil que es metabolizar la circunstancia de tener un hijo enfermo cuya patología es además mortal, manejar la dependencia y el miedo, vivir bajo el estado de incertidumbre y la amenaza constante de la pérdida”.

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 a fs. 937 y siguientes manifiesta que con el tratamiento que aconseja se resolverá favorablemente o se mitigará el daño psicológico del que son portadores los actores. Observo que la profesional que presenta su dictamen a fs. 974 y ss. también refiera que ambos progenitores son portadores de incapacidad explicitando los fundamentos de sus conclusiones.

Es por ello que considero que debe hacerse lugar a la queja formulada y en base a lo que surge de los dictámenes periciales, valorando las particularidades propias de este caso, los diagnósticos y pronósticos que ambas expertas informan y tomando los porcentajes de incapacidad establecidos como una mera pauta orientadora pero no definitiva, otorgo en concepto de incapacidad psicológica la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) para cada uno de los progenitores.

b) Incapacidad sobreviniente de F. M. G.:

Se ha expedido esta Cámara Civil en el sentido que “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, como así también a su aspecto estético, es decir, la reparación deberá

abarcar no sólo el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que afecten su personalidad íntegramente considerada” (conf. CCiv, sala “M” - 13/09/2010 - Estévez, María Cristina c. Amarilla, Jorge Roberto y otros, La Ley Online; AR/JUR/61637/2010).

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 a 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.

En consecuencia, por incapacidad sobreviniente debe entenderse una disminución en la salud, que afecta a la víctima en sus posibilidades tanto laborativas como de relación y que son consecuencia inmediata de la producción del accidente, prologando sus efectos por cierto tiempo o en forma permanente.

La Sra. Juez de grado otorgó por este concepto la suma de \$2.500.000, valorando adecuadamente las circunstancias en las que fundamentara su decisión, como son los dictámenes periciales producidos, su elevado porcentaje de incapacidad psicofísica de carácter permanente, su promedio de vida, la calidad de la misma a raíz de la enfermedad de la que es portadora y las consecuencias que ello le apareja en su vida de relación.

Teniendo entonces en consideración las mentadas pautas, estimo prudente el monto fijado por la sentenciante, por lo que propongo su confirmación.

c) Daño moral de F. M. G.:

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.

Se ha decidido en distintos pronunciamientos de esta Cámara que, es tarea delicada la cuantificación de este concepto pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo al artículo 1083 del Cód. Civil.

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.

Tomando en cuenta las pautas señaladas, y a la luz de las pruebas rendidas en autos, las secuelas físicas descritas “ut supra”, la edad de la damnificada y demás constancias de la causa, en especial los padecimientos que atravesó y atravesará probablemente por esta maligna enfermedad, opino que la cantidad establecida en concepto de compensación del daño moral resulta reducida por lo que propicio su elevación a un millón de pesos (\$1.000.000).

d) Derecho a la identidad:

Más allá de compartir plenamente toda la argumentación en que la Sra. defensora de Cámara fundamenta el derecho que toda persona tiene a conocer su identidad, a conocer sus orígenes, derecho personalísimo éste que encuentra apoyo tanto en convenciones internacionales como doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, no puedo dejar de señalar que en definitiva, han sido los progenitores quienes han consentido someterse a una práctica de fecundación asistida heteróloga y que será en su caso, como bien señala la magistrada, F. quien podrá solicitar, de darse los presupuestos autorizados por la ley, por la vía y forma pertinente acceder a esa información.

Es por ello que en el caso no existe gravamen irreparable que autorice la intervención de este tribunal, por lo que la queja formulada por la Sra. defensora debe ser desestimada.

e) Sanción por temeridad y malicia:

Sobre esta cuestión la jurisprudencia ha entendido que debe obrarse con suma prudencia en la valoración de la conducta procesal, a efectos de considerarla temeraria o maliciosa y aplicar las sanciones consiguientes, por cuanto tal proceder cabe solamente respecto de aquellos casos en que se traspasen los límites dentro de los que deben ajustarse los litigantes y profesionales, con el adecuado respecto a los deberes de la lealtad y buena fe (cf. CN Civ. Sala “G” autos “Adrover, Teresa c. Cons. Prop. del Edificio Junín 1265 s/ ds y ps” de fecha 09/08/1995, Base Microisis, Sumario N°6853).

En este sentido, debe procederse con suma cautela cuando se trata de aplicar sanciones disciplinarias, siendo 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. Proc. Civ. y Com. de la Nación (cf. CN Civ. Sala “A” autos “Santa Ana Agrícola Ganadera SCA c. González Soriano Elida s/ ds. y ps.” del 11/04/1989, Base Microisis, Sumario N° 4976).

En el caso, los argumentos expuestos por la primera sentenciante, adunados a las manifestaciones precedentemente señaladas, me persuaden de que en el caso, la sanción pretendida se encuentra correctamente desestimada, por lo que propicio la confirmación de su rechazo.

X. Las costas de la Alzada se imponen al demandado vencido, en virtud del principio objetivo de la derrota receptado por el art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, con excepción de las correspondientes a la desestimación de la excepción de falta de legitimación opuesta por TPC Compañía de seguros SA, que serán a su cargo y las del rechazo de los agravios referidos a la inclusión del codemandado Oses y su aseguradora en la condena de autos que se imponen por su orden (art. 68 y 69 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por todo lo expuesto, propicio al acuerdo:

1) Modificar la sentencia recurrida y desestimar la excepción de falta de legitimación opuesta por la aseguradora TPC Compañía de Seguros S.A. con costas a su cargo (art. 69 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

2) Conceder la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) para cada uno de los progenitores en concepto de incapacidad psicológica.

3) Elevar a la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) la partida otorgada en concepto de daño moral para la menor.

4) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y ha sido materia de apelación y agravio.

5) Imponer las costas de segunda instancia a la demandada vencida, con excepción a las correspondiente al rechazo de la excepción de falta de legitimación opuesta por TPC Compañía de Seguros SA que se imponen a su cargo y las del rechazo de los agravios referidos a la inclusión del codemandado O. y su aseguradora en la condena de autos que se imponen por su orden (art. 68 y 69 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

6) Los montos que correspondan a la menor de edad, deberán depositarse judicialmente en cuenta que deberá abrirse en el Banco Nación Argentina, Sucursal Tribunales, a nombre de ella y a la orden de la magistrada de la anterior instancia, y disponerse de las sumas de acuerdo con lo que ésta ordene, previa intervención de la Defensora de Menores.

7) Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes.

Así mi voto.

El doctor Álvarez, por análogas razones a las aducidas por la doctora Barbieri, votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

La doctora Brilla de Serrat dijo:

Adhiero al voto de mi distinguida colega preopinante, y valoro asimismo el meduloso abordaje que ha efectuado en el caso la magistrada de grado, quien ha ponderado en su decisorio todos los temas involucrados en la cuestión, que en este caso afecta en su salud integral a la niña F. y su entorno familiar, que conlleva por lo

demás antecedentes de enfermedades graves en el caso de un progenitor, y severas repercusiones en la vida laboral de su mamá, profesional farmacéutica que la ha visto cercenada para dedicarse prioritariamente al cuidado de su hija.

Si bien alguna sombra de duda podría insinuarse en relación al consentimiento prestado por el dador de semen en el banco que lo proveyera cuando se hace referencia exclusivamente a la mutación más frecuente, las demás probanzas arrimadas persuaden con holgura acerca del cumplimiento de los parámetros mínimos en relación al tema, esto es que se chequeó en relación al material seminal aportado por el donante la exclusión de las veintinueve mutaciones más frecuentes, y dando cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia, se le comunicó que resultaba portador de una mutación de fibrosis quística no detectada y por ende no individualizada, con los riesgos que ello implica para su descendencia para el caso de que el óvulo que pudiera fertilizar poseyera asimismo alguna mutación de la misma enfermedad, tomando conocimiento de la destrucción de las muestras en el banco pertinente, tal como surge de la documentación de fs. 1230, reservada, que tengo a la vista.

Por otra parte, si bien en uno de los respondes se asevera haberse efectuado sobre los óvulos donados control genético para la más frecuente de las mutaciones en el caso, lo cual es aún admitido por la actora según surge de las constancias de la causa, aún teniendo por cierto lo expuesto, la pretensión de exención de responsabilidad no puede atenderse, tal como se decide, precisamente al no haberse extendido ni comprendido el análisis a las contempladas en el sistema que se aplica que incluye a las más generalizadas, siendo en este caso, la segunda con mayor incidencia. Vale decir que era detectable pero se omitió su análisis en relación al punto.

Asimismo, cobra especial relieve en el caso, el consentimiento informado, en realidad varios, prestados por los actores ante el centro especializado, y en algún caso también, con intervención del profesional especialista en la técnica de reproducción asistida utilizada, donde 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 responsable de los riesgos que el sistema conlleva.

Debe destacarse y dejarse constancia a sus efectos, que el letrado de la parte actora denunció expresamente a fs. 31 del beneficio de litigar sin gastos de sus representados, que no se ha suscripto pacto de cuota litis vinculado con la presente causa. Tal mi voto. Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: 1) modificar la sentencia recurrida y desestimar la excepción de falta de legitimación opuesta por la aseguradora TPC Compañía de Seguros SA con costas a su cargo; 2) conceder la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000) para cada uno de los progenitores en concepto de incapacidad psicológica; 3) elevar a la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) la partida otorgada en concepto de daño moral para la menor; 4) confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y ha sido materia de apelación y agravio; 5) imponer las costas de segunda instancia a la demandada vencida, con excepción a las correspondiente al rechazo de la excepción de falta de legitimación opuesta por TPC Compañía de Seguros S.A. que se imponen a su cargo y las del rechazo de los agravios referidos a la inclusión del codemandado O. y su aseguradora en la condena de autos que se imponen por su orden; 6) los montos que correspondan a la menor de edad, deberán depositarse judicialmente en cuenta que deberá abrirse en el Banco Nación Argentina, Sucursal Tribunales, a nombre de ella y a la orden de la magistrada de la anterior instancia, y disponerse de las sumas de acuerdo con lo que ésta ordene, previa intervención de la Defensora de Menores; 7) diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes. Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2º párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Notifíquese a las partes por Secretaría, a la Sra. Defensora de Menores de Cámara en su despacho y devuélvase. — Patricia Barbieri. — Osvaldo O. Álvarez. — Ana M. Brilla de Serrat.