

"UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS
DEL PERSONAL MEDICO EN LA TECNICA DE FERTILIZACION IN
VITRO POR OMISION DEL DIAGNOSTICO GENETICO
PREIMPLANTACIONAL”**

**TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE
ABOGADA**

AUTOR : Bach Sandra Natalia Gamarra Mejía

ASESORA: Dra. Betsy Sucety Cárdenas García



Trujillo – Perú
2016

"UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS
DEL PERSONAL MEDICO EN LA TECNICA DE FERTILIZACION IN
VITRO POR OMISION DEL DIAGNOSTICO GENETICO
PREIMPLANTACIONAL”**

**TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE
ABOGADA**

AUTOR : Bach Sandra Natalia Gamarra Mejía

ASESORA: Dra. Betsy Sucety Cárdenas García



Trujillo – Perú

2016

PRESENTACIÓN

En la actualidad debido al desarrollo y cambios existentes en la vida de hombre, así como también por el vertiginoso avance de la ciencia surgen nuevos tipos o categorías de daños que son necesarios tratar, uno de ellos surge a raíz de la mala aplicación de lo que son Las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS), siendo la técnica de Fertilización In Vitro de la que nos ocuparemos ,debido a que es mayor el deseo de las parejas que no pueden concebir de forma natural de lograr la finalidad de formar una familia y que tienen que recurrir a estas como una ayuda para el logro de sus fines, sin embargo no siempre se van a dar los resultados esperados ya que esta mala manipulación(Negligencia Médica) por parte del personal especializado de las clínicas de fertilidad va a ocasionar el incurrir en una Responsabilidad Civil Contractual producto de un daño ocasionado en el Embrión In Vitro al cual , luego de habersele realizado el denominado Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) el cual es un exámen genético que se realiza al embrión obtenido mediante Fertilización In Vitro (FIV), antes de ser implantado en el útero de la mujer. El DGP permite “estudiar varios aspectos del desarrollo temprano del embrión y la genética reproductiva” (Serrano, 2005) obteniendo pese al mismo un daño permanente y a futuro que pudo haber sido evitado y controlado.

Sandra Natalia Gamarra Mejía

AGRADECIMIENTO

A Dios, por permitirme llegar a este momento tan especial en mi vida. Por los Triunfos y los momentos difíciles que me han enseñado a valorarlo cada día más,

A mi hija, por ser el mayor impulso a lo largo de estos años para ser una mejor estudiante y persona cada día , por darme esa fortaleza para seguir adelante para ser lo mejor que ella pueda tener y el ejemplo que ella deba seguir para su futuro.

A mis padres por ser quienes me han acompañado durante todo mi trayecto estudiantil y de vida, han velado por mí durante este arduo camino para convertirme en una profesional, por estar ahí cuando más lo necesité con tal de que pueda lograr el éxito en formación profesional y personal mostrándome siempre ese amor incondicional y enseñanzas brindadas sin costo alguno

A mi asesora Dra. Betsy Cárdenas García, ya que sus conocimientos, orientación y paciencia respectiva fueron de gran motivación personal y profesional.

Sandra Natalia Gamarra Mejía

RESUMEN

Existen muchas parejas en la actualidad que se encuentran biológicamente imposibilitadas de poder tener un hijo, debido a problemas de infertilidad ya sea por parte de uno o si son ambos los que de forma natural no pueden si no es con ayuda médica solucionar su problema. Lo relacionado al tema antes mencionado tiene diversos puntos de vista y es a su vez complejo, afectando aproximadamente noventa y cuatro millones de personas en el mundo .El avance de la ciencia y tecnología facilitan la reproducción humana con las llamadas TERAS (Técnicas de Reproducción Asistida), con éstas, la fecundación es enteramente realizada por el médico especialista en un laboratorio, donde tal es el todopoderoso para crear una nueva vida; Es así que estas parejas , tienen que recurrir a alguna de las técnicas aceptadas en nuestra legislación para poder llevar a cabo la formación del fin de las mismas , el cual es formar su familia ; pero no siempre los procedimientos ante los cuales estas acceden son manejados de forma adecuada para conseguir la finalidad deseada debido a que ante un determinado hecho en donde la responsabilidad del médico y del personal especializado al igual que la responsabilidad del establecimiento asistencial, van a suponer una responsabilidad civil derivada de manera contractual o extracontractual , siendo la que nos interesa en este caso la primera en mención ; esto se va a dar como consecuencia del incumplimiento de una obligación nacida de la celebración voluntaria de un contrato de asistencia médica cuyo objetivo es la aplicación de la técnica de fecundación asistida(para la presente investigación, la técnica de Fertilización In Vitro) al ser evidente que el concebido creado por la aplicación de la misma sufre un daño genético, que en este caso como es obvio sería no hereditario, sino consecuencia de la mala aplicación de la técnica en general resultando claro, en consecuencia, que en este supuesto de transmisión de la vida por fecundación asistida la responsabilidad civil es resultante del incumplimiento de una obligación pactada producto de una mala

manipulación o la omisión de algún paso dentro del proceso mismo de creación de la vida. Dicho de este modo la negligencia médica ocasionada por parte de los especialistas que incurran en dicha responsabilidad civil contractual al actuar se va a dar ya sea al no examinar los componentes germinales utilizados en la técnica, si le faltó pericia en la ejecución de la técnica o cometió otro acto ya sea doloso o culposos, debe responder y restituir el daño causado, sea al niño o a la madre. Además, el médico tiene la responsabilidad de verificar las calidades y requisitos de las parejas que se presentan a solicitar el proceso; así como el deber de cuidado y custodia sobre el embrión mientras se encuentre in vitro. De igual forma, serán responsables, tanto civil como penalmente, por la mala ejecución del diagnóstico prenatal, y en caso de aborto posterior por razones de anomalías fetales, lo que trae consigo (como categoría de nuevo daño indemnizable) la factibilidad de una indemnización por el daño ocasionado como resultado de esa mala aplicación. todo esto puede ser evitado si se utiliza de forma obligatoria y no facultativa como requisito para acceder a la técnica de fertilización in vitro al llamado diagnóstico genético preimplantacional que, siendo una técnica reciente, permite un análisis genético del embrión, de pocos días de desarrollo cuando es obtenido mediante fertilización In Vitro, antes de ser implantado en el útero, el cual coadyuva a atraer niños sanos al mundo, así como también en caso de tener niños enfermos, lograr alguna cura con respecto a los mismos.

ABSTRACT

Many couples today are biologically unable to have a child of due to infertility problems either by one or both of which are naturally cannot except with medical help solve your problem. Matters related to the subject aforementioned has different views and his complex time, affecting approximately ninety-four million people in the world .The advancement of science and technology facilitate human reproduction with TERAS calls (Assisted Reproduction Techniques), with the latter, fertilization is entirely done by the specialist doctor in a lab, where such is the almighty to create a new life; It is so these couples have to resort to any of the accepted techniques in our legislation to carry out the formation of the end thereof, which is to form his family; but not always the proceedings in which such access are handled properly to achieve the desired purpose because before a particular event where the responsibility of the physician and specialized personnel as well as the responsibility of the care facility, will make an contractual civil liability or tort, being the one that interests us in this case the first mention; this is going to give as a result of a breach of an obligation of voluntary holding a healthcare contract obligation whose purpose is the application of the technique of assisted fertilization (for this research, the technique of IVF) to be evident the designed created by the application of it suffers genetic damage, which in this case obviously would not hereditary, but the consequence of the misapplication of the technique in general becoming clear, therefore, that in this case transmission life by assisted fertilization is liability resulting from breach of an agreed obligation product mishandling or omission of any step in the process of creating life itself. In this way medical negligence caused by the specialists who engage in such contractual liability to act will give either by not examining the germ components used in the art, if he lacked expertise in the delivery of technical or he committed another act either fraudulent or culpable, must respond and restore the damage caused, either the child or the mother. In addition, the physician has the responsibility to verify the qualifications and requirements of couples who have to apply the process;

and the duty of care and custody of the embryo while it is in vitro. Similarly, will be responsible for both civil and criminal, improper performance of prenatal diagnosis, and in case of subsequent abortion on grounds of fetal abnormalities, which brings with it (as a category of new compensable damage) the feasibility of compensation for the damage caused as a result of that bad .all application this can be avoided if you use a mandatory rather than optional as a requirement for access to the technique of in vitro fertilization the so-called preimplantation genetic diagnosis, being a recent technique allows analysis genetic embryo, a few days of development when it is obtained by in vitro fertilization before being implanted in the uterus, which helps to bring healthy children into the world, as well as in case of sick children, achieve a cure with respect thereto.

TABLA DE CONTENIDOS

Portada o carátula	
Contraportada o contra carátula	
Presentación	i
Agradecimiento	ii
Resumen	iii
Abstract	iv
Tabla de contenidos.....	vii

CAPITULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. Realidad Problemática	2
2. Formulación del Problema	5
3. Hipótesis	5
4. Variables	6
5. Objetivos	6
6. Antecedentes	6
7. Justificación	8

CAPITULO II

LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDAS (TERAS) EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

1. Introducción	10
2. Definición.....	11
3. La ley general de salud y la autorización de las TERAS.....	12
4. Modalidades de las técnicas de reproducción asistidas.....	13
4.1 Inseminación artificial.....	13

CAPITULO III

LA FERTILIZACION IN VITRO

1. La Fertilización in vitro .Aspectos generales.....	16
1.1. Concepto.....	16
1.2. Clasificación.....	16
1.3. Procedimiento de aplicación	18
1.4 Razones que justifican esta modalidad de TERAS.....	20
1.5 Problemas que presenta la fertilización in vitro.....	22

SUBCAPITULO III

EL DIAGNOSTICO GENETICO PREIMPLANTACIONAL

1. Antecedentes.....	26
2. Concepto.....	26
3. Proceso.....	27
4. Modo de utilidad del DGP	27

4.1. Enfermedades monogénicas y anomalías cromosómicas	27
4.1.1. Enfermedades monogénicas autosómicas dominantes	28
• Enfermedad de Huntington	28
• Charcot-Marie-Tooth	29
4.1.2. Enfermedades monogénicas autosómicas recesivas	29
• Fibrosis quística.....	29
• Atrofia muscular espinal Anomalías cromosómicas	30
• Trisomía 21 o Síndrome de Down	30
• Trisomía 18 o Síndrome de Edwards	31
• Trisomía 13 o Síndrome de Patau	31
4.1.3 Hijo donante	31
4.2. Condiciones ligadas al sexo (ligadas al cromosoma X)	32
• Distrofia muscular de Duchenne	32
• Hemofilia	33
• Síndrome de X frágil.....	33
5. Selección del sexo por razones no médicas	34
6. Las razones sociales de DGP	34
7. Condicionamiento para Selección de Bebes.....	34

CAPITULO IV

LA NEGLIGENCIA MÉDICA

1. Concepto	36
2. Clases de negligencia.....	36

SUBCAPITULO IV

LOS DAÑOS Y PERJUICIOS Y NEGLIGENCIA MÉDICA EN LA FERTILIZACION IN VITRO

1. Concepto de responsabilidad y responsabilidad civil	39
2. Clases de responsabilidad civil según el Código civil peruano	40
2.1. Responsabilidad Civil Contractual	40
2.2. Responsabilidad Civil Extracontractual.....	41
3. La responsabilidad civil como producto de la aplicación de la teras	42
4. La responsabilidad civil de la clínica de fertilidad con el usuario	43
5. La relación médico – paciente	44
5.1. La relación contractual o extracontractual	45
5.2. Calificación de la obligación del médico: por acción u omisión ...	46
5.3. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil	46
6. Criterios a utilizar para la imputación.....	46
7. Responsabilidad individualizada.....	47

CAPITULO V

PROPUESTA NORMATIVA

1. Regulación en la Ley General de Salud N° 26842	49
CONCLUSIONES	50
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52
ANEXOS.....	55

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLOGICOS

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

El desarrollo de las técnicas de reproducción humanas médicamente asistidas no se encuentran ubicadas como una nueva materia del Derecho en el Perú, tal es así que desde hace más de dos décadas estas se vienen desarrollando progresivamente en nuestro país. Existen diversas normas que de manera muy general regulan este tema como lo son nuestro Código Civil, Código penal, el Código del Niño y el Adolescente, la Ley N° 26842 – Ley General de Salud, así como la Ley N° 27104- Ley de Prevención de Riesgos Derivados del Uso de la Biotecnología y el Decreto Supremo 011-2011-JUS, “Lineamientos para garantizar el ejercicio de la Bioética desde el reconocimiento de los Derechos Humanos. Todas ellas mencionadas líneas arriba coadyuvan al desarrollo, manejo y protección de las técnicas de reproducción humana asistidas en nuestro país.

En la actualidad los sistemas de responsabilidad civil se enfrentan hoy por hoy al gran reto de prevenir y obtener la reparación de todos los daños que se nos causan por vivir en una sociedad donde el desarrollo y avance científico y tecnológico son parte de nuestro día a día. Esto ha traído como consecuencia, como es evidente, el que los juristas le dediquen cada vez mayor atención a los sistemas de la responsabilidad civil, ya sea buscando nuevos conceptos y proponiendo normas jurídicas cuyo objetivo fundamental sea el que los daños sean reparados o indemnizados.

Todo esto es producto del incumplimiento de una obligación nacida de la celebración voluntaria de un contrato de asistencia médica por parte de los profesionales sanitarios cuando se apartan de los estándares médicos exigibles (ya sea por acción u omisión), siendo su objetivo la correcta aplicación de la técnica de fecundación humana asistida(para este caso la fertilización in vitro), lo cual resulta evidente si el concebido creado por la aplicación de dicha técnica sufre un daño genético irreparable para toda su vida, que en este caso como es obvio sería no hereditario, sino consecuencia de la mala aplicación de la técnica en general.

Como consecuencia, ha surgido un gran desarrollo de la doctrina de la responsabilidad civil contractual, en función a los cambios de la sociedad moderna, no sólo en el campo científico y tecnológico, sino también en los nuevos intereses de los individuos considerados en nuestro mundo contemporáneo como merecedores de la tutela del ordenamiento jurídico debido a las actividades que realizan ya sean profesionales, industriales, o empresariales. Pero adicionalmente a estos nuevos tipos de daños, en el presente, debido a ese gran desarrollo de la doctrina sobre responsabilidad civil, han surgido una nueva clase o modalidad de los mismos, referidos todos ellos a la enorme y decisiva influencia de la genética en nuestro mundo actual. No son ajenos para los estudiosos del derecho, los términos de genética, biotecnología, manipulación genética, técnicas de reproducción humana asistida, etc. Por ello, los daños referidos a la responsabilidad civil por fecundación asistida y responsabilidad civil por daño genético, no pueden ser dejados de lado debido a que el avance ilimitado de la genética y las ciencias vinculadas a la misma siguen evolucionando.

La presente investigación va dirigida a estos nuevos tipos o categorías de daños indemnizables en los casos en que exista negligencia médica o una mala aplicación de las técnicas de reproducción humana asistidas, las cuales no son atribuibles a los padres sino a los médicos y al personal especializado encargado de la aplicación de las mismas, así como también, a los establecimientos asistenciales o médicos, hospitales y clínicas en donde se pueden determinar diagnósticos incorrectos al paciente que pueden ser irreversibles o causar daños que podrían ser evitables.

Hablamos de una responsabilidad civil contractual cuando el establecimiento asistencial es el responsable contractualmente por los hechos dolosos o culposos de los médicos y el personal especializado encargados de la aplicación de las técnicas de fecundación humana

asistida, si como consecuencia de la mala aplicación de las mismas le causara un daño genético al concebido; tal es así que algunos de los supuestos para incurrir en este tipo de responsabilidad serían:

- Daños genéticos derivados de errores u omisiones en el diagnóstico
- Daños genéticos derivados de la aplicación de las técnicas heterólogas y homólogas, entre los cuales tenemos: la transmisión de enfermedades hereditarias al hijo por empleo de espermatozoides infectados, que no ha sido correctamente analizado.
- Daños genéticos como consecuencia de la mala aplicación de las técnicas de fecundación asistida cuando las mismas se utilicen con el fin de manipulación genética esto es pruebas o experimentos.

De esta manera, se evidencia toda la problemática de la responsabilidad civil por daño genético como consecuencia de la aplicación de las técnicas de fecundación humana asistida, en cuyo caso estamos frente a un supuesto de responsabilidad civil contractual, el cual para ser determinado como una nueva categoría o tipo de daño debemos fijarlo directamente a en las cláusulas contractuales bajo las cuales se rigen la clínica de fertilidad que aplica el procedimiento conjuntamente con los cónyuges que desean acceder al mismo; para eso tenemos un examen que debe realizarse denominado diagnóstico genético preimplantacional, el cual estudia alteraciones cromosómicas y genéticas en el embrión, antes de su transferencia a la madre; Permite conocer aquellos embriones libres de anomalías cromosómicas o mutaciones genéticas y sirve como herramienta para seleccionar a los embriones con mayor potencial para la implantación, lo cual da origen al nacimiento de un niño sano.

Dicho examen se aplica al embrión de las mujeres que desean tener un hijo pero que sean mayores a 35 años por el factor de riesgo que estas pudieran presentar o a los embriones de las menores de esa edad que tengan algún riesgo hereditario para el futuro concebido; mas no es obligatorio y es opcional para estas mujeres ya que para acceder a dicho análisis tienen que pagar un adicional y hacerlo en otro lugar a donde la

clínica las deriva que no es en el mismo centro donde será tratadas ;sin embargo se da el caso en que luego de haber realizado los análisis respectivos y teniendo la sospecha de un posible mal genético en el embrión de una mujer menor de 35 años , el médico omite aún así este análisis , lo cual conlleva como resultado al nacimiento de un niño con diversas alteraciones para toda su vida , incurriendo de esta manera tanto la clínica como el médico tratante en una responsabilidad civil contractual que amerita una indemnización por daños y perjuicios .

Es por ello que debería ser un requisito obligatorio para todas las mujeres que acudan a un centro de fertilidad , la realización de este examen , si es que dentro de los demás ya practicados , se arrojava un resultado que ocasione una sospecha de la formación de un futuro embrión con algún mal congénito o alteración , para evitar así futuros nacimientos de bebés que sufran de algún determinado mal para toda su vida(sin llegar a la manipulación con fines estéticos) con la falsa promesa o mala información brindada hacia los padres del nacimiento de niños sanos al 100%, teniendo que pagar mucho dinero y obteniendo al final resultados que sean dañinos de por vida, regulando así una forma de protección para las parejas que acceden a este tipo de procedimientos y frente a lo cual , los médicos se valen de un reglamento interno y cláusulas para si en sus contratos ya que no tenemos en nuestro país una regulación específica sobre este nuevo tipo de categoría indemnizable.

2. Formulación del problema

¿Cuáles son las razones que justifican la responsabilidad patrimonial del personal médico que usando la técnica de fertilización in vitro negligentemente no realizan el diagnóstico genético preimplantacional?

3. Hipótesis

Los profesionales de la salud han sido formados para preservar la vida ,no solamente hablamos de la dependiente sino también de la independiente; Por tales razones cuando se actúa negligentemente

utilizando la técnica de fertilización in vitro motivando de esta manera que el nuevo ser resulte con anomalías , malformaciones o problemas que afecten su salud de por vida al no haberse efectuado el diagnóstico genético preimplantacional , debe obligársele al pago de una indemnización respectiva .

4. Variables

V.I. Los casos de negligencia médica en la utilización de la técnica de fertilización in vitro

V.D. la obligación indemnizatoria.

5. Objetivos

- **Objetivo General:** Determinar las razones que justifican la responsabilidad patrimonial del personal médico que usando la técnica de fertilización in vitro negligentemente no realizan el diagnóstico genético preimplantacional.

- **Objetivos Específicos:**
 - Analizar los fundamentos jurídicos que justifican la existencia de las TERAS.
 - Estudiar la importancia que reviste el diagnóstico genético preimplantacional en la fertilización in vitro.
 - Determinar la existencia de responsabilidad del médico tratante por una mala praxis en el tratamiento de fertilización in vitro.
 - propuesta legislativa sobre la obligatoriedad del requisito de prueba del diagnóstico genético preimplantacional en la utilización de la técnica de fertilización in vitro.

6. Antecedentes

- El Trabajo de Rolando Humberto Canessa Vilcahuamán (2008) de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, sobre Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana. Demuestra las técnicas de reproducción asistidas en nuestro país como lo son la Inseminación Artificial Humana y la Fecundación "*in vitro*", Conlleva y plantea dramáticas interrogantes y problemas desde la perspectiva, ética, moral, social y jurídica. De allí la necesidad de un serio, profundo, amplio estudio y debate sobre la temática de las técnicas de Reproducción Humana y Asistida a la luz de las instancias jurídicas, éticas y sociales a fin de abordar a una adecuada normatividad, jurídica acorde a nuestra realidad socio cultural y al avance científico. Para la regulación definitiva de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida es necesario que el legislador nacional cree un escenario de reflexión y desarrollo en el que participen todos los integrantes del debate bioético, se rodee de científicos que conozcan a profundidad las técnicas en cuestión, para que así, se logre un marco legal de acuerdo con las necesidades reales sobre el particular, pero teniendo siempre como horizonte el bienestar de las personas y por supuesto, la dignidad humana.

- El Trabajo de Miguel Gerardo Burstein Augusto (2013) de la Pontificia Universidad Católica Del Perú, sobre “Los Derechos del embrión In Vitro frente a la paternidad. ilegitimidad de las Técnicas de Reproducción Asistida Extrauterinas”. Determina que Perú no cuenta con una legislación acorde a este fenómeno. Existen una serie de disposiciones salpicadas en distintos cuerpos legales que regulan aspectos muy concretos del Derecho Genético, pero en muy poco lo referente a las técnicas de reproducción humana asistida. Ello ha ocasionado que en la realidad se practiquen las técnicas de reproducción humana asistida sin mayor control, ejecutando procedimientos claramente atentatorios contra los derechos de los embriones in vitro sin que exista sanción alguna. El embrión in vitro no cuenta en la práctica con protección del ordenamiento jurídico

nacional. En el ámbito Penal, apenas podría ser protegido por la sanción del delito de lesiones al concebido. En el ámbito civil y constitucional, puede ser protegido mediante la figura de la representación procesal. Pero en los tres ámbitos existe un problema de orden práctico: en tanto el concebido no está en condiciones de actuar por su propia cuenta, deberá hacerlo mediante sus representantes legales, es decir sus padres. Pero son justamente ellos a quienes sería inconcebible reconocerles que interpongan una demanda o denuncia en contra de ellos mismos.

7. Justificación

Esta tesis centra su atención en tratar de establecer la importancia de una regulación específica de una indemnización por daños y perjuicios en nuestro marco legal hacia las parejas que acceden a tratarse en las clínicas de fertilidad con la finalidad de obtener vía fertilización in vitro su deseo de ser padres , cuando pese a habérseles realizado dentro de todo el grupo de exámenes y al haber dudas sobre una posible alteración , anomalía o malformación congénita dentro del futuro embrión que puede ser aclarada con el diagnóstico genético preimplantacional , se obvia este paso al ser un examen facultativo y como resultado nace un bebe que va a sufrir de un daño para toda la vida o en el proceso del embarazo se produce la pérdida del mismo. Ya que las clínicas se amparan bajo lineamientos y clausulas internas con lo cual tratan de no conseguir sanción alguna al no tener una regulación que los mantenga bajo lineamientos específicos.

CAPÍTULO II

LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDAS (TERAS) EN EL
ORDENAMIENTO NACIONAL

1. INTRODUCCION

Desde la antigüedad la concepción y el nacimiento enfrentaron a los juristas a la necesidad de dar respuestas a diversos interrogantes.

Así, en la antigua Roma se discutía la naturaleza de la persona por nacer, como también se teorizaba acerca de la propiedad del hijo de la esclava; ya que algunos consideraban que por ser la madre una cosa, su hijo seguía la suerte de lo principal. Cicerón se oponía a tal solución por considerarlo como un ser humano único e irrepetible.

Las nociones sobre el concepto de persona humana han ido evolucionando y los avances biogenéticos vuelven a poner en tela de juicio todo lo referido a la persona y los conceptos que siempre fueron aceptados como verdades, son hoy sujetos a revisión.

Tal es así que nos remontamos al año 1776, cuando un cirujano inglés, John Hunter, procedió a practicar la inseminación artificial de una mujer, con buenos resultados; pero la ola de protestas que se desató fue suficiente para no repetir la experiencia y no volver a tratar el tema hasta mediados del siglo XX.

En el año 1978, culminaron con éxito las experiencias de los médicos ingleses Patrick Steptoe, ginecólogo, que perfeccionó un nuevo método para estudiar las trompas y Robert Edwards, biólogo especializado en genética y embriología. Realizaron una fecundación extracorpórea in vitro, y a continuación implantaron el embrión en la cavidad uterina. Luego se produce el nacimiento de Luisa Brown, el “primer bebé de probeta”, de allí en más el avance en el campo de la ciencia ha sido constante y determinó la existencia de bancos de semen y de óvulos y la posibilidad de congelarlos.

Desde el año 1984, la difícil problemática jurídica se ha ido agudizando por un nuevo avance científico consistente en la posibilidad de congelar embriones humanos, su empleo para experimentación y la posibilidad de su destrucción.

La propia naturaleza de las investigaciones, el avance científico y tecnológico , así como también las aplicaciones de la genética y la fecundación asistida, colocan al hombre en una situación que amerita protección, la cual solo puede evitarse mediante reglamentaciones adecuadas que determinen con precisión los límites.

Países como Suecia o Alemania disponen de leyes en materia de fecundación asistida desde mediados del siglo XX, a los que se han ido uniendo países como Portugal, Francia, Suiza, España e Italia. España fue el primer país del mundo que elaboró una ley (1988), que se ocupa en forma integral de la práctica, usos y aplicaciones de la fecundación asistida y por tanto de la genética.

El derecho como fenómeno ordenador se encarga de regular conductas, vivencias y relaciones humanas a fin de lograr la sana convivencia. Pero el Derecho es variable y dinámico y debe adecuarse a los cambios (sociales, políticos, económicos y científicos), que influyen sobre la vida del hombre.

Muchas veces el Derecho espera demasiado para regular un hecho o una situación. Su carácter previsional así lo exige a efectos de medir a priori las consecuencias sociales que genere.

Tanto el Derecho como la genética, estudian al hombre; el primero, su vida de relación; el segundo, sus mecanismos de vida. Es aquí donde se puede ver un claro nexo entre el Derecho y la Genética.

“La genética ha marcado una influencia tal que el Derecho ha visto caer muchos de sus dogmas y postulados como consecuencia del avance de esta ciencia biológica”. (rubinzal, 2004).

2. DEFINICION

Las técnicas de reproducción humana asistida (TERAS) según Varsi Rospigliosi “son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia”. (varsi, 1995)

Estas técnicas de fecundación asistida deben ser receptadas por el ordenamiento jurídico como técnicas que ayudan a solucionar un problema que podría catalogarse como enfermedad.

Según lo define Roberto Testa “las técnicas de reproducción asistida son todos aquellos procedimientos en los que se intenta aproximar en forma artificial los gametos femeninos y masculinos para lograr el embarazo en función de donde se lleve a cabo su encuentro dividiremos las técnicas en alta y baja complejidad. En la primera la unión se produce en el organismo materno (trompas uterinas o trompas de Falopio) mientras que en el segundo dicho proceso se lleva a cabo en el laboratorio de reproducción” (testa, 2011)

Así también Efraín Pérez Peña “nos define a la reproducción asistida como el empleo de tecnología altamente especializada que sustituye o complementa al contacto sexual para que la fertilización ocurra”.

Tiene indicaciones específicas, entre otras los fracasos a tratamientos médicos o quirúrgicos convencionales. Puede dividirse en básica o avanzada y tiene importantes y diferentes implicaciones éticas, religiosas, psicológicas, legales y económicas, según sea los procedimientos que se utilicen. No está indicado para todos los casos de esterilidad ni constituye la solución a todos los problemas de la misma, pero permite embarazos en casos previamente considerados desahuciados y sus indicaciones y aceptación son cada vez mayores”. (perez, 2011).

3. LA LEY GENERAL DE SALUD Y LA AUTORIZACIÓN DE LAS TERAS

Como se puede advertir en nuestro medio no contamos con una legislación específica sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Es por esto que al generarse controversias judiciales se tienen que llegar a solucionar recurriendo de esta manera a los Principios Generales del Derecho, pues, en el ámbito jurídico nacional no se puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la

norma. Los conocimientos científicos y tecnológicos que posibilitan la fecundación fuera del seno materno, y la conclusión del genoma humano, con el aumento de experiencias de manipulación genética que se pueden presentar, imponen la impostergable tarea de regular una legislación que proteja al embrión y a los bienes jurídicos en juego.

Tal es así que para poder tratar este tema en particular tenemos al artículo 7° de la ley 26842 – Ley general de salud - que prescribe lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”

Lo que se quiere evitar es generar riesgos adicionales, como la creación de los denominados "nichos" o "refugios" genéticos, que, como lo afirma Roxana Piña: “Se tratan de sitios que son utilizados por parte de científicos inescrupulosos para la realización de todo tipo de experimentos genéticos de alto riesgo sin ningún tipo de control. Desde ya, dichos experimentos nada tienen que ver con el beneficio de la comunidad”. (Piña, 2004)

4. MODALIDADES DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDAS

4.1. Inseminación artificial

Rodríguez Cadilla Ponce nos dice: "Por la inseminación artificial se entiende la intervención médica, mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través de un acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación". (rodriguez, 1993)

Herrera del Collado precisa que “en la inseminación artificial la intervención del hombre no hace artificiales los fenómenos derivados del encuentro de los dos gametos, ni determina directamente el encuentro. Se limita a favorecerlo con medios anteriores, diversos de los naturales, poniendo los espermatozoides en vía para que lleguen por los órganos femeninos al encuentro del óvulo”. (herrera, 1991)

Es necesario precisar que la inseminación artificial humana no cura la esterilidad de la pareja por lo que no es una terapia, pues ésta la sería solo desde la perspectiva psicológica más no desde la perspectiva física en cuyo caso sólo se constituye como un paliativo de sus efectos. La inseminación artificial es un procedimiento utilizado en los programas de reproducción asistida como primera alternativa en el manejo de las parejas estériles con al menos una trompa uterina permeable que no hayan logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales tendientes a la corrección de los factores causantes de esterilidad. En consecuencia podemos conceptualizar la inseminación artificial humana como la técnica de reproducción asistida que consiste en inocular artificialmente el semen en la vagina o útero de la mujer a fin de llevarse a cabo la concepción sin mediar cópula sexual generadora normal lográndose así superar la esterilidad de la pareja o mujer sola. Sosteniendo que el concepto de inseminación artificial precisa de tres elementos concomitantes, concurrentes y determinantes que son:

1. Que se realice sin mediar acto sexual generador normal.
2. Que de tal práctica se logre la procreación de un ser humano.
3. Que se recurra a un método especial como técnica de reproducción complementariamente.

CAPÍTULO III

LA FERTILIZACION IN VITRO

1. LA FECUNDACION IN VITRO. ASPECTOS GENERALES

1.1 Concepto

Esta técnica de procreación asistida es también denominada Fecundación Extrauterina, Artificial, Extracorpórea o en Laboratorio. Es una técnica por medio de la cual se provoca, fuera del cuerpo de la mujer la unión de un óvulo con un espermatozoide creando un cigoto, es decir la fecundación en una probeta; para dar como resultado un embrión, el que será implantado posteriormente en el útero de la cónyuge o de un tercero.

Debemos precisar que ésta técnica brinda también al ser humano imposibilitado de procrear, tener descendencia. Actualmente estas prácticas especialmente en Europa son poco sensacionalistas, sino usuales y rutinarias originándose ésta práctica frente a determinadas anomalías que pudiera presentar la mujer como la obstrucción o ausencia de trompas de falopio a fin de hacer posible una maternidad hasta antes no realizable, y actualmente, ésta técnica se viene también aplicando para suplir la esterilidad masculina; sin embargo a decir de Varsi Rospigliosi "la utilización y aplicación de las TERAS (especialmente la fertilización in vitro) no siempre van en provecho directo e inmediato ya que sirven, también, para canalizar experimentos negativos o manipulaciones que por su ausencia son contrarios a la naturaleza y a la dignidad del ser humano, llevando implícita una presunción de ilegalidad, contrariando las normas de la paz social, el orden público y las buenas costumbres". (varsi, 1995)

1.2 Clasificación

1.2.1 Fertilización in vitro homóloga

Los doctrinarios reconocen la fecundación "in vitro" interconyugal u homóloga como aquella que se realiza con componentes genéticos (espermatozoides y óvulos) provenientes del varón y de la mujer de la pareja ligada por vínculo matrimonial o more uxorio. Esta técnica de reproducción humana es aceptable no ofreciendo mayores problemas jurídicos habida cuenta que tanto el gameto masculino como el femenino provienen de los cónyuges hecho que otorga seguridad jurídica o alternatively al provenir de la unión de hecho voluntariamente concertada entre varón y mujer (convivencia); respecto del fruto de la concepción regirá la presunción legal (iuris tantum) de paternidad.

1.2.2 Fertilización in vitro heteróloga

La fecundación "in vitro" será heteróloga cuando se hace uso de óvulos de una mujer distinta a la esposa, de esperma de un tercero o de óvulos y esperma de terceros. Esta fecundación extracorpórea a decir de Varsi Rospigliosi. "Crea situaciones en parte nada seguras ya que con el cedente se carece de una relación jurídica familiar reconocida para exigirle el cumplimiento de determinadas obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria) o deberes naturales (reconocimiento). Ofrece dificultades y crea conflictos (varsi, 1995). A pesar de ello, en determinados casos es necesaria, por tanto dársele márgenes de permisibilidad". En esta práctica los gametos pueden diferir, no necesariamente provenir de la pareja. Esta técnica puede presentar variaciones como la transferencia de embriones (TE), transferencia intratubárica de gametos (TIG) y la transferencia intratubárica de embriones (TIE) a analizarlos más adelante.

1.3 PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN

La Fecundación in Vitro tiene lugar en cinco pasos, los cuales son

- Inducción de la ovulación
- Captación de los ovocitos
- Fertilización
- Cultivo embrionario
- Transferencia embrionaria

1. Inducción de la ovulación

Con la inducción de la ovulación obtenemos un control sobre la ovulación y el reclutamiento de varios folículos, es decir, vamos a obtener un mayor número de óvulos que en un ciclo menstrual normal, para poder conseguir un número adecuado de embriones, incrementando así la posibilidad de gestación. Durante este proceso, que dura entre una semana y diez días normalmente, se suministran hormonas que van a permitir el crecimiento de un mayor número de óvulos. Para controlar este crecimiento se realizan analíticas y controles ecográficos.

2. Captación ovocitaria

Cuando el tamaño de los folículos es el adecuado, se administra una hormona que va a producir una ovulación controlada. Se administra 36 horas antes de la captación ovocitaria. Esta captación se realiza en quirófano bajo sedación, utilizando una aguja especial, que a través de la vagina, recoge el fluido que se encuentra en los folículos, y que a su vez contienen los óvulos. En el laboratorio es donde serán separados de este fluido y colocados en medio de cultivo dentro de un incubador. Tras una o dos horas, la paciente puede marcharse del hospital.

3. Fertilización

Una vez tenemos la muestra de esperma, se procesa para inseminar los óvulos. En una placa de cultivo se preparan varias microgotas, en las cuales colocaremos una concentración adecuada de espermatozoides. Más tarde, colocamos un óvulo en cada una de estas microgotas, y de este modo, en unas horas, uno de los espermatozoides penetrará en el óvulo, produciendo la fertilización o fecundación. (Esto es propiamente la Fecundación in Vitro.) Esta placa con los óvulos y los espermatozoides se deja en el incubador, estando así en condiciones similares a las fisiológicas, es decir, 37° C, con una concentración del 6% de CO₂ y elevada humedad relativa (95%). A las 18-20 horas tras la inseminación, verificamos si ha tenido lugar la fecundación, observándolos bajo el microscopio.

4. Cultivo embrionario

Los embriones conseguidos (que son los óvulos previamente fecundados) van a pasar uno o dos días más en el incubador, observando su evolución, para determinar su calidad y poder seleccionar así los embriones de mejor calidad para posteriormente transferirlos.

5. Transferencia embrionaria

Tras estos días en el incubador se realiza la transferencia de uno, dos o tres embriones, dependiendo el número de cada caso en concreto, según consejo médico y deseo de los pacientes. El proceso total no lleva más de media hora. Se introducen los embriones en la cavidad uterina mediante una cánula muy fina, guiada ecográficamente, para colocar los embriones en el lugar más adecuado. Se espera entonces se produzca la implantación que pueda dar lugar a un embarazo.

1.4 RAZONES QUE JUSTIFICAN ESTA MODALIDAD DE TERAS

Los crecientes problemas de esterilidad que afectan tanto al hombre como a la mujer originan que estos deban acudir de forma deliberada a una clínica de fertilidad para la resolución de dicho problema, para lo cual las TERAS , son en casi todos los casos la única solución para que puedan cumplir el deseo de formar una familia

Las técnicas de reproducción asistida se han perfeccionado a lo largo de las décadas de los 80y 90 con una finalidad clara y específica: combatir la esterilidad humana. Los avances científicos en esta materia pretendieron, por tanto, ofrecer remedios eficaces contra las enfermedades o disfunciones reproductivas de los seres humanos.

De acuerdo a las investigaciones realizadas al respecto tanto los químicos, la radiación, las hormonas en los alimentos, el stress, la difusión de las enfermedades de transmisión sexual, los efectos secundarios de algunos métodos anticonceptivos como la tendencia actual a retrasar el primer embarazo, etcétera; son las razones del creciente aumento de la esterilidad.

La causa fundamental que origina que las parejas recurran a las técnicas de reproducción humana asistida es la esterilidad o infertilidad a fin de poder tener descendencia y es así que operan las mismas cuando otras técnicas terapéuticas resulten inadecuadas o ineficaces.

Se entiende por la esterilidad a la incapacidad de una pareja por parte de sus organismos biológicos que no se pueden reproducir, bien sea debido al mal funcionamiento de sus órganos sexuales o a que sus gametos son defectuosos.

Mientras que la infertilidad es aquella enfermedad mediante la cual la pareja se encuentra imposibilitada para concebir un hijo

naturalmente o de llevar un embarazo a término después de 1 año de relaciones sexuales constantes (mínimo 3 veces por semana) sin uso de algún método anticonceptivo. Entonces, mientras la esterilidad, masculina y femenina, significa la imposibilidad definitiva de concebir naturalmente por causa de una anomalía en la estructura o en la función de los órganos genitales; la infertilidad no implica necesariamente la existencia de anomalías o procesos irreversibles (esterilidad relativa).

Son diversas las hipótesis que se presentan al respecto como las causas que originan los problemas de fecundación, siendo las más frecuentes las siguientes:

- 1) Cuando sea imposible mantener relaciones sexuales con normalidad.
- 2) Por impotencia en el hombre la cual puede ser coeundi o generandi, en el primer caso nos referimos a la imposibilidad para realizar el coito sexual o unión carnal por incapacidad de erección del miembro viril. La doctrina la denomina "impotencia absoluta" y sus causas pueden ser: la agnesia peneana, malformaciones congénitas del pene, la denominada impotencia orgánica (parapléjicos), lesiones graves en el pene, etc. a nivel local; dentro de las de orden patológico se consideran las intoxicaciones graves como la drogadicción y la toxicomanía en algunos casos amén del alcoholismo crónico y otras formas como la denominada ahora impotencia psíquica entre otras. El segundo caso (impotencia generandi) es la imposibilidad de procrear o fecundar pero teniendo el individuo la capacidad de realizar el coito o unión sexual, la doctrina la denomina "esterilidad", y sus causas pueden ser la hipospermia, oligospermia (falta de espermatozoides de número suficiente) entre otras.
- 3) Cuando el hombre adolezca de eyaculación precoz o cuando tenga déficit de espermatozoides.

- 4) Cuando la mujer adolezca de vaginismo o la vagina adolezca de una malformación.
- 5) Cuando la mujer presenta acidez vaginal que no favorece a la ascensión de los espermatozoides.
- 6) Cuando la mujer sufre de anovulación, que es la ausencia de ovulación, esto puede ser consecuencia de varias causas como la hiperprolactinemia (causa más frecuente de anovulación. Consiste en la secreción inadecuada de prolactina. La prolactina es una hormona que, en condiciones normales aparece después del parto y facilita la lactancia, sin embargo también está relacionada con el estrés o con ciertos aspectos de la modulación de la conducta), déficit de estradiol, enfermedad poliquística del ovario, anorexia o bulimia, entre otras).
- 7) Infertilidad femenina por causa tubárica, esto se produce cuando existe una obstrucción (física o funcional) en las trompas de Falopio.
- 8) Infertilidad femenina por endometriosis.
- 9) Esterilidad o infertilidad idiopática femenina.

En las hipótesis mencionadas las técnicas de reproducción humana asistida ayudan a la pareja en su nombre propósito de tener descendencia actuando con un carácter terapéutico, remediándose así la esterilidad.

1.5 PROBLEMAS QUE PRESENTA LA FERTILIZACION IN VITRO

La fecundación in vitro exige un compromiso físico, emocional, financiero y de tiempo considerable. El estrés y la depresión son comunes entre las parejas que le hacen frente a la esterilidad. Una mujer que toma medicamentos para la fecundidad puede presentar distensión, dolor abdominal, altibajos en el estado anímico, dolores de cabeza y otros efectos secundarios. Muchos

medicamentos para la FIV se tienen que administrar por medio de inyección, con frecuencia varias veces al día. Las inyecciones repetitivas pueden causar hematomas. Los casos leves se pueden tratar con reposo en cama, mientras que los casos más graves requieren drenaje de líquido con una aguja. Hasta la fecha, los estudios médicos han concluido que los fármacos para la fecundidad no están ligados al cáncer de ovario. Los riesgos del retiro del óvulo comprenden reacciones a la anestesia, sangrado, infección y daño a las estructuras que rodean los ovarios, incluso el intestino y la vejiga. Los problemas más importantes que caben mencionar son:

- **Síndrome de hiper estimulación ovárica**

Es la complicación en las mujeres que se encuentran en tratamiento de fertilidad para generar en ellas estímulos en su ovulación.

Los síntomas más destacados de este síndrome son la ascitis (acumulación de líquido en el área que rodea a los órganos en el abdomen), dolor y distensión abdominal, aumento rápido de peso en lapso de 3 a 5 días, disminución de la micción a pesar de tomar mucho líquido, náuseas, vómitos y dificultad para respirar. La probabilidad de que ocurra una respuesta exagerada (hiper estimulación) con riesgo para una paciente, es inferior al 1%, siendo la complicación más grave la torsión de ovarios, que puede desembocar en hemorragias internas.

- **Embarazos múltiples**

En ciclos en donde se transfieren dos embriones, la probabilidad de generar un embarazo gemelar es del 6 %. En ciclos en donde se transfieren tres embriones, la probabilidad es del 12% para un embarazo gemelar y del 3% para un embarazo triple. Es importante llevar a cabo estudios ecográficos y medir los niveles de estradiol para cancelar el

ciclo de reproducción asistida en el caso en el que se detecten más de dos o tres folículos ovulatorios. Un embarazo múltiple tiene importantes riesgos para la salud tanto de la madre como para los fetos y normalmente desemboca en un parto prematuro.

- **Embarazo ectópico**

El Embarazo ectópico se produce cuando el embrión implanta fuera del útero. Su frecuencia es de alrededor del 1,6%. Quien ha tenido un embarazo ectópico tiene más probabilidad de volver a tener otro, aumentando este porcentaje hasta el 13%. Los embarazos ectópicos se sitúan principalmente en la trompa, pero también pueden ubicarse en cuello uterino, cuerno uterino, ovario y cavidad abdominal.

Hace años se pensó que eran más frecuentes tras tratamientos de reproducción asistida, y aunque parece ser que esta relación está definida claramente como un factor de riesgo, es posible que esto se deba a las características de las pacientes sometidas a FIV, ya que muchas de ellas tienen enfermedades en las trompas y otros órganos genitales que aumentan los riesgos.

- **Aborto natural**

La tasa de aborto espontáneo entre las mujeres con un embarazo in vitro o con otros tratamientos de infertilidad es mayor que en los embarazos que han surgido de forma natural. Al igual que con la edad aumenta el riesgo de padecer ciertas enfermedades, también lo hace el riesgo de aborto espontáneo, y las mujeres que recurren a un embarazo in vitro suelen tener, normalmente, más edad que las que consiguen un embarazo natural. Es en este sentido que han aumentado las tasas de aborto espontáneo en casos de embarazo in vitro.

La fecundación in vitro es muy costosa. Algunos estados, pero no todos, tienen leyes que dicen que las compañías de seguros médicos deben ofrecer algún tipo de cobertura. No obstante, muchos planes de seguro no cubren el tratamiento para la esterilidad. Los honorarios para un solo ciclo de FIV abarcan costos de medicamentos, cirugía, anestesia, ecografías, exámenes de sangre, procesamiento de óvulos y espermatozoides, almacenamiento y transferencia de embriones.

SUBCAPITULO III

EL DIAGNOSTICO GENETICO PREIMPLANTACIONAL

1. Antecedentes

En 1992 se reportó el primer nacimiento vivo y sano tras DGP (diagnóstico genético preimplantacional) para fibrosis quística. (braude, 2002)

En Colombia, Lucena y colaboradores en 1994 realizan el primer DGP para una pareja con hemofilia tipo A19. Estos son dos de los ejemplos que demuestran que desde la década de los noventas, esta tecnología ha ampliado su alcance y sus aplicaciones, siendo ahora una opción de reproducción establecida, que se ofrece en centros especializados en todo el mundo.

2. Concepto

El DGP es definido como el examen genético que se realiza a embriones de pocos días de desarrollo y que han sido obtenidos por fertilización extracorpórea (council, 2003).

Es imperativo que haya una FIV (fertilización in vitro) para poder realizar este examen. Éste se realiza a embriones obtenidos mediante FIV y que no han sido transferidos a la cavidad uterina de la madre. Frente al diagnóstico prenatal, “la ventaja más obvia del DGP es que permite a las parejas tener un hijo que no tenga afecciones sin necesidad de pasar además por una serie de abortos. Al respecto, expertos afirman que estos abortos pueden llegar a ser particularmente estresantes para la mujer (y su pareja) porque cada feto abortado es un hijo deseado en potencia. (draper, 1992)

3. Proceso

En el día 3 post inseminación, los embriones fertilizados usualmente están de 6 a 8 células. En este estado, las células son totipotenciales y no hay compactación celular (permitiendo la separación de células, necesaria para el diagnóstico) Este es el término para realizar la biopsia embrionaria. Este procedimiento no causa problemas al embrión ni a su futuro desarrollo embrionario. La biopsia se realiza perforando la zona pelúcida con láser, solución ácida o abrasión mecánica y una sola célula es removida con una pipeta de aspiración. Esa célula se denomina blastómero. “Hay dos protocolos para realizar el examen, uno es la reacción en cadena de la polimerasa denominada PCR (Esta técnica permite amplificar un fragmento de ADN) y el otro es la hibridación in-situ fluorescente Denominada FISH (Esta técnica permite identificar cromosomas específicos utilizando sondas específicas para los cromosomas. Las sondas marcadas se unen a los cromosomas y pueden ser visualizados con un microscopio fluorescente). En la actualidad se recomienda la PCR como técnica para diagnosticar enfermedades monogénicas y el FISH para la determinación de alteraciones en número o estructura de los cromosomas así como para la determinación del sexo.

El diagnóstico debe realizarse y completarse en cerca de 48 horas, para poder transferir los embriones antes de comprometer su viabilidad”. (villamediana, 2012) De acuerdo al reporte del Comité Internacional de Bioética, la transferencia de los embriones se hace al quinto día. Es decir que entre el día tres que se hace la biopsia y el día quinto, se debe haber completado el diagnóstico.

4. Modo de utilidad del DGP

4.1. Enfermedades monogénicas y anomalías cromosómicas

El DGP permite a los futuros padres conocer el estado de los embriones respecto a estas enfermedades y anomalías. Las enfermedades monogénicas son “aquellas que están originadas

por la alteración o mutación de un gen específico de la persona afectada” (stankiewicz, 2014) las cuales pueden ser enfermedades autosómicas dominantes o recesivas. “En las primeras la persona sólo necesita recibir el gen anormal de uno de los padres para heredar la enfermedad, como la enfermedad de Huntington y la de Charcot- Marie- Tooth. En las segundas la herencia recesiva significa que AMBAS copias del gen (una del padre y la otra de la madre) deben estar defectuosos para causar la enfermedad. Las personas con sólo un gen defectuoso en el par se consideran portadoras (stankiewicz, 2014). Pertenecen a este grupo patologías como la fibrosis quística y la atrofia muscular espinal. Por su parte las anomalías cromosómicas “son alteraciones en el número o en la estructura de los cromosomas.” Con el DGP pueden detectarse patologías como las trisomías (Síndrome de Down), (Síndrome de Edwards) y (Síndrome de Patau).

4.1.1. Enfermedades monogénicas autosómicas dominantes

- **Enfermedad de Huntington**

La Enfermedad de Huntington, también conocida como corea de Huntington o mal de San Vito, puede ser detectada gracias al DGP. Esta enfermedad “se produce por una degeneración de las neuronas en ciertas áreas del cerebro.” (institute, national institute of neurological disorders and stroke, 2014) Esta degeneración produce movimientos anormales espontáneos en las personas que cada vez son más evidentes. “Las personas hacen muecas, agitan las extremidades y parpadean con mayor frecuencia. (...) Finalmente, todo el cuerpo queda afectado, lo que imposibilita la marcha, e incluso las actividades cotidianas como comer, hablar, vestirse y permanecer sentado se vuelven casi imposibles De igual forma, genera alteraciones mentales progresivas que van de

irritabilidad y pérdida de interés por las actividades habituales, pasando por comportamiento irresponsable hasta perder la memoria y actuar irracionalmente. Finalmente, la persona se vuelve dependiente en todas sus actividades cotidianas y muere

- **Charcot-Marie-Tooth**

Esta enfermedad “también conocida como neuropatía hereditaria motora y sensitiva o atrofia muscular del peroneo, abarca un grupo de trastornos que afectan los nervios periféricos. Los nervios periféricos residen fuera del cerebro y la médula espinal y proveen información a los músculos y los órganos sensoriales de las extremidades” (institute, national institute of neurological disorders and stroke, 2009). Los síntomas incluyen “debilidad en los pies y en los músculos inferiores de la pierna, que pueden dar lugar a una deformación del pie y generar una marcha a pasos grandes que desencadena en tropiezos o caídas frecuentes. (...) Conforme progresa la enfermedad, pueden ocurrir debilidades y atrofas musculares en las manos, dando como resultado dificultades en las capacidades motoras” (institute, national institute of neurological disorders and stroke, 2014)

4.1.2. Enfermedades monogénicas autosómicas recesivas

- **Fibrosis quística**

Es un “trastorno autosómico recesivo caracterizado por la disfunción de cualquiera de las glándulas exocrinas, que produce el incremento de la concentración de sodio y potasio en el sudor y una producción excesiva de moco viscoso, lo que provoca una obstrucción de las estructuras implicadas (por ejemplo: conductos

pancreáticos y biliares, intestino, bronquios). Afecta principalmente a los niños. (dox, 2005)

“La obstrucción de los conductos pancreáticos y las glándulas intestinales acaba originando problemas digestivos llevando a carencias nutricionales y retraso de crecimiento”. Si las secreciones afectan los pulmones generan el colapso de zonas del pulmón, el aumento de tamaño de los ganglios linfáticos, causando reducción de transferencia de oxígeno a la sangre e infecciones en el tracto respiratorio.

- **Atrofia muscular espinal Anomalías cromosómicas o aneuploidías**

“Las atrofia muscular espinal son enfermedades hereditarias en las cuales las células nerviosas de la médula espinal y del tronco encefálico se degeneran produciendo debilidad y atrofia muscular progresivas.

Existen tres tipos de AME, la de tipo I o enfermedad de Werdnig-Hoffmann comienza antes de los 6 meses y la muerte sobreviene antes de los 2 años. La de tipo II o intermedio comienza entre los 6 y 18 meses y los niños que la padecen quedan en silla de ruedas entre los 2 y 3 años y fallecen en la adolescencia. La de tipo III o enfermedad de Wohlfart-Kugelberg-Welander comienza después de los 18 meses, viven durante más tiempo y la debilidad se inicia en las piernas y se extiende a los brazos. (pico, 2010)

- **Trisomía 21 o Síndrome de Down**

Esta trisomía se presenta en mayor cantidad cuando las madres gestantes son mayores de 35 años. Las personas que padecen este síndrome, tienen un retraso en el desarrollo físico y mental, suelen tener defectos del corazón y problemas auditivos. Muchas de estas

personas presentan síntomas de demencia a los 30 años, como pérdida de la memoria, un mayor deterioro del intelecto y trastornos de personalidad

- **Trisomía 18 o Síndrome de Edwards**

Los pacientes que padecen este síndrome, tienen una “mortalidad del 95% en el primer año de vida. El 5% restante suele sobrevivir más tiempo (La tasa de mortalidad en los supervivientes es del 2% a los 5 años de vida).” (perez a. , 2010).

“Los síntomas que presentan las personas que padecen este síndrome incluyen microcefalia, boca pequeña, labio/paladar hendido, mano trisómica (posición de las manos característica con tendencia a puños cerrados, con dificultad para abrirlos, y con el segundo dedo montado sobre el tercero y el quinto sobre el cuarto), riñón en herradura el 90% de los afectados presentan cardiopatía congénita” (perez a. , 2010)

- **Trisomía 13 o Síndrome de Patau**

Es un síndrome congénito polimalformativo grave, con una supervivencia que raramente supera el año de vida. (...) Los recién nacidos con síndrome de Patau muestran un conjunto de malformaciones características” (ramos, 2010). Frecuentemente se encuentra holoprosencefalia, labio-paladar hendido, malformaciones cardíacas y malformaciones renales. El retraso psicomotor es grave, impidiendo la adquisición de las funciones básicas del desarrollo.

4.1.3. Hijo donante

“El DGP puede llevarse a cabo en combinación con otras técnicas, como la de determinación de antígenos de histocompatibilidad embrionarios, para la selección de

embriones que den lugar a futuros seres humanos que actúen como donantes en actuaciones terapéuticas para terceros.” (abellan, 2006) Se puede entonces no sólo seleccionar embriones libres de la enfermedad, sino también con características compatibles con una persona existente, un hermano por ejemplo, de la cual puede ser donante.

“Los antígenos leucocitarios humanos (HLA) “son los principales determinantes utilizados por el sistema inmune del cuerpo para el reconocimiento y diferenciación de tejido propio y no propio (sustancias extrañas)”, así que el éxito de un trasplante depende del nivel de compatibilidad que tengan los antígenos leucocitarios humanos del donante y del receptor, entre más compatible más probabilidad de éxito tendrá el trasplante”. (cells, 2010)

4.2. Condiciones ligadas al sexo (ligadas al cromosoma X)

Existen ciertas enfermedades que están ligadas al sexo, como lo son la distrofia muscular de Duchenne, la hemofilia y el síndrome de X frágil que afectan a los varones. Son enfermedades ligadas al cromosoma X, así que las mujeres pueden ser portadoras pero no padecerán la enfermedad ya que el otro cromosoma X compensará la anomalía genética. Por esta razón los futuros padres utilizan el DGP para conocer el sexo de los embriones y así decidir implantar embriones femeninos que son los que no padecen este tipo de enfermedades.

- **Distrofia muscular de Duchenne**

“Los niños que sufren distrofia muscular de Duchenne carecen casi por completo de una proteína muscular, la distrofina, que resulta esencial para que la células musculares puedan mantener su estructura.” “Es una enfermedad que se caracteriza por la degeneración de los trazos motores laterales de la médula espinal provocando contracciones de las fibras

musculares, exageración de los reflejos y atrofia muscular progresiva.” Los primeros síntomas son el retraso en el desarrollo, dificultad para subir escaleras y caminar. Posteriormente los brazos y las piernas suelen encogerse alrededor de las articulaciones y se produce una curvatura en la columna vertebral (escoliosis). Entre los 10 y 12 años los niños con esta enfermedad suelen quedar en silla de ruedas y la mayoría de ellos mueren antes de los 20 años.

- **Hemofilia**

La hemofilia es una “enfermedad hemorrágica hereditaria causada por deficiencia del factor VIII (factor antihemofílico). Se manifiesta de dos maneras principales A y B.” La A es “de herencia recesiva ligada al cromosoma X porque se manifiesta por un mayor tiempo de coagulación, fácil aparición de hematomas y hemorragias en las articulaciones y músculos. La enfermedad es transmitida por la mujer heterocigótica, la cual suele ser asintomática y sólo se manifiesta en los hijos varones afectados.” (dox, 2005) Por su parte la hemofilia de tipo B es “causada por la deficiencia hereditaria del factor IX(...) y se transmite como herencia recesiva al cromosoma X.”

- **Síndrome de X frágil**

“El síndrome X frágil (SXF) es la causa conocida más frecuente de retraso mental hereditario, (...) afecta principalmente a varones, ya que las mujeres, al tener dos cromosomas X, pueden “compensar” la anomalía de uno de ellos con la otra copia.” (foundation, 2010) Los primeros síntomas de esta enfermedad son el retraso en la aparición del lenguaje, la hiperactividad y el déficit de atención. Físicamente los menores tienen orejas grandes, mentón y frente prominentes y en los niños testículos grandes. Suelen desviar la mirada ante el contacto visual de otra persona y suelen

tener aversión a ser tocados por desconocidos. Una patología común son las otitis de repetición y un 20% de pacientes tienen convulsiones. (foundation, 2010)

5. Selección del sexo por razones no médicas

El DGP, como se dijo anteriormente es útil para seleccionar el sexo. Algunos de los futuros padres buscan tener un hijo de determinado sexo, ya sea por razones religiosas o culturales o buscando el denominado balanceo familiar.

6. Razones sociales del DGP

En este caso, los futuros padres que padecen una enfermedad y quieren que sus hijos la padezcan también. Es el caso de personas sordas que buscan tener un hijo con sus mismas condiciones argumentando que tendrá una mejor integración al entorno. Al respecto, es importante aclarar que hay comunidades de personas sordas que se consideran a sí mismos no como un grupo de personas discapacitadas, sino como una minoría lingüística con plenas capacidades para adaptarse y desenvolverse en el entorno

7. Condicionamiento para la selección de Bebés

El DGP abre una futura posibilidad a los futuros padres de escoger un embrión que tenga potencialmente las características físicas que más les agraden.

CAPÍTULO IV

LA NEGLIGENCIA MÉDICA

1. Concepto

En sentido amplio Una negligencia médica o mala praxis se produce normalmente por la falta de profesionalidad del médico o centro responsable ante el perjuicio de un paciente, ocasionando así diagnósticos incorrectos a los mismos que pueden ser irreversibles o causar daños que podrían ser evitables.

La negligencia en el ámbito jurídico se usa para lograr una indemnización por los daños ocasionados.

La culpa penal es similar a la de culpa civil ya que en ambos contextos la culpa es omisión de la conducta debida para prever y evitar el daño. La culpa puede ser vista como resarcimiento del daño o represión del delito, en el primer caso, la culpa consiste en la responsabilidad civil y, en el segundo, consiste en apreciar las circunstancias que origina la culpa con el fin de no condenar al individuo.

Es el descuido, omisión o falta de aplicación o diligencia, en la ejecución de un acto médico. Es decir, es la carencia de atención durante el ejercicio médico de forma pasiva e imprudente que comprende el olvido de las precauciones impuestas por la prudencia, cuya observación hubiera prevenido el daño.

2. Clases de negligencia

Particularmente estos son los casos comunes en los que se incurre en una negligencia médica:

- ✓ Retraso o error en el diagnóstico de un paciente.
- ✓ No seguir unos determinados protocolos.
- ✓ Ofrecer una prescripción inadecuada de medicamentos.
 - ✓ Realizar una intervención quirúrgica con resultados lesivos para el paciente.
 - ✓ Contagio de una infección grave a causa de una falta de higiene en el centro hospitalario.

- ✓ Olvido de material quirúrgico en el interior de un paciente.
- ✓ No prestar asistencia sanitaria de urgencia.
- ✓ Falta de supervisión postoperatoria.

Sin embargo, para incluirla dentro del tema tratado, estos serían los presupuestos de daño bajo el cual se podría hablar de una responsabilidad civil como producto de una negligencia médica:

- A) Daños genéticos derivados de errores u omisiones en el diagnóstico, supuesto que comprende tres hipótesis: (1) el daño genético puede ser consecuencia del propio examen médico si, por ejemplo, se causan daños al concebido por el empleo de rayos X; (2) el daño puede ser también consecuencia por la falta de examen previo o (3) por un examen inadecuado con diagnóstico erróneo.
- B) Daños genéticos derivados de la aplicación de las técnicas heterólogas y homólogas, entre los cuales tenemos: la transmisión de enfermedades hereditarias al hijo por empleo de esperma infectado, que no ha sido correctamente analizado. En estos casos las deficiencias genéticas pueden ser consecuencia de anomalías originarias o sobrevenidas, dependiendo de que las posibilidades del daño genético hubieran estado latentes en los gametos o el material genético utilizado como consecuencia de personas afectadas de enfermedades infecciosas o hereditarias, o cuando los defectos del material genético, es decir, gametos o embriones, sea producto de su incorrecto tratamiento por daños en su extracción, conservación, manipulación, etc. Esto significa en consecuencia que el daño genético puede ser consecuencia de la inadecuada selección del material genético a ser empleado en la técnica de fecundación asistida o como consecuencia del incorrecto tratamiento de los mismos.

C) Daños genéticos consecuencia de la mala aplicación de las técnicas de fecundación asistida cuando las mismas se utilicen con el fin de manipulación genética.

De esta manera, se evidencia toda la problemática de la responsabilidad civil por daño genético consecuencia de la aplicación de las técnicas de fecundación humana asistida, en cuyo caso estamos frente a un supuesto de responsabilidad civil contractual, la misma que debe ser fundamentada en los hechos dolosos o culposos de los médicos y personal altamente especializado de los establecimientos asistenciales para la práctica de dichas técnicas. Como es evidente, en estos casos la víctima no sólo es el concebido, sino también los padres del mismo. (rioja, 2012)

SUBCAPITULO IV

LOS DAÑOS Y PERJUICIOS Y NEGLIGENCIA MÉDICA EN LA FERTILIZACION IN VITRO

1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD Y RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1 Responsabilidad

La palabra responsabilidad proviene del latín *respondere*, que se refiere a la capacidad de una persona para responder sobre los hechos propios. Conforme a la doctrina el término "responsabilidad" significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido.

Díez-Picazo define la responsabilidad como «la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido». (Diez-picazo, 1989).

Aunque la persona que responde suele ser la causante del daño, es posible que se haga responsable a una persona distinta del autor del daño, caso en el que se habla de «responsabilidad por hechos ajenos», (Diez-picazo, 1989). Como ocurre, por ejemplo, cuando a los padres se les hace responder de los daños causados por sus hijos o al propietario del vehículo de los daños causados por el conductor con motivo de la circulación.

1.2 Responsabilidad civil

Etimológicamente ambas palabras provienen de voces latinas; así la primera deriva de la palabra de origen latín "respondeo" que representan: prometer a su vez, responder o pagar. La segunda del mismo lenguaje latino "civicus" que significa cívico, civil, de ciudadano.

Como consecuencia de ello y si relacionamos las expresiones o significados de cada palabra respectivamente; prometer a su vez-

cívico, responder-civil, pagar-de ciudadano; podríamos determinar las siguientes oraciones: “prometo a su vez cívicamente”; “respondo civilmente” y “pago como ciudadano”; lo que nos da una idea más o menos global de lo que comprende la responsabilidad civil en sí.

- En sentido amplio es la obligación que recae sobre una persona de cumplir su obligación (responsabilidad contractual) o de reparar el daño que ha causado a otro (responsabilidad extracontractual), sea en naturaleza o bien por un equivalente monetario, habitualmente mediante el pago de una indemnización de perjuicios.

2. CLASES DE RESPONSABILIDAD CIVIL SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

2.1. Responsabilidad Civil Contractual

Las obligaciones se clasifican habitualmente como de medios y de resultados, y esto tiene una gran importancia al determinar la responsabilidad civil contractual. El incumplimiento, que es uno de los requisitos básicos para que la responsabilidad se produzca, dependerá de la clase de obligación. (rioja Bermudez, 2010)

- Cuando una norma o un contrato obligan a una persona a alguna cosa determinada, sea ésta una acción o una abstención (hacer o no hacer algo), esta obligación se considera de resultado. Tal es el caso de un transportista que se obliga a llevar determinada mercancía a un destino en particular. Aquí la responsabilidad es prácticamente automática, pues la víctima sólo debe probar que el resultado no ha sido alcanzado, y entonces el demandado no podrá escapar a dicha responsabilidad, excepto si puede probar que el perjuicio proviene de una causa ajena. Por ejemplo, que se debe a un caso fortuito o de fuerza mayor.

- Por otra parte, en aquellos casos en que una norma o un contrato sólo obligan al deudor a actuar con prudencia y diligencia, la obligación es considerada de medios. Este es el caso de la obligación que tiene un médico respecto a su paciente: el médico no tiene la obligación de sanarlo, sino de poner sus mejores oficios y conocimientos al servicio del paciente, es decir, de actuar en forma prudente y diligente (aunque hay excepciones, pues en algunos casos el médico asume una obligación de resultado, como ocurre en la cirugía estética voluntaria). En estos casos, la carga de la prueba le corresponde a la víctima o demandante, quien deberá probar que el agente fue negligente o imprudente al momento de cumplir sus obligaciones.

En el caso de la obligación de medios es más difícil probar la responsabilidad civil, dado que el incumplimiento no depende sólo de no haber logrado el resultado (en el ejemplo anterior, sanar al paciente), sino que habría que demostrar que pudo ser posible haberlo logrado, si el obligado hubiese actuado correctamente. (rioja Bermudez, 2010).

2.2. Responsabilidad Civil Extracontractual

Surge cuando el daño u otro daño o perjuicio causado no tiene su origen en una relación contractual, sino en cualquier otro tipo de actividad.

La responsabilidad extracontractual, puede definirse como aquella que existe cuando una persona causa, ya sea por sí misma, por medio de otra de la que responde o por una cosa de su propiedad o que posee, un daño a otra persona respecto de la cual no estaba ligada por un vínculo obligatorio anterior relacionado con el daño producido. Esta área del derecho civil también se conoce como delitos y cuasidelitos civiles

(fuentes de las obligaciones). Las fuentes principales de las obligaciones extracontractuales son el hecho ilícito y la gestión de negocios. (rioja Bermudez, 2010)

Un caso de responsabilidad extracontractual es el que puede surgir por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de actividades que crean riesgos a personas ajenas a las mismas, como la conducción de un automóvil o el desarrollo de una actividad industrial.

Otro supuesto es el de la responsabilidad por daños causados por bienes propios: cuando se desprende un elemento de un edificio y causa lesiones a quien pasa por debajo o cuando alguien sufre un accidente por el mal estado del suelo. También se es responsable por los daños y perjuicios que originen los animales de los que se sea propietario.

La responsabilidad puede tener su origen en actos de otra persona, por la que debe responder un padre por los daños y perjuicios que cause su hijo menor de edad; un empresario por los que causen sus empleados; y un establecimiento educacional por los causados por sus alumnos. (rioja Bermudez, 2010).

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO PRODUCTO DE LA APLICACIÓN DE LA TERAS

Las técnicas de reproducción asistidas en nuestro país se dan a través de clínicas de fertilidad privadas quienes, al no contar con un debido control, trabajan bajo sus propios lineamientos y parámetros. En España por ejemplo existe no solo el sector privado para poder acceder a estas técnicas, sino que a su vez se encuentra como otro medio de acceso la sanidad pública a través del sistema nacional de salud, siendo otra solución para la población que quiera acceder a un determinado tratamiento de fertilidad; sin embargo, la población acude a bancos de embriones y gametos los cuales pertenecen a las clínicas

privadas para la obtención del resultado anhelado. En caso de sanidad pública, la relación no es estrictamente contractual, sino que se desarrolla por la prestación de un servicio público a la cual se le aplican normas de tipo administrativo; mientras que en las clínicas privadas su carácter es eminentemente contractual. También es cierto que, en nuestro ordenamiento legal, como resulta ser nuestro código civil, no existe alguna referencia a un contrato de esta naturaleza; sin embargo, eso no ha sido impedimento para la realización de las técnicas antes mencionadas ya que se dan las relaciones de la siguiente manera:

- Contractual, a través de los contratos atípicos, cuando entre uno y otro existe una relación de este tipo de la cual derivaran para ambos una serie de obligaciones cuyo incumplimiento generara responsabilidad civil
- Extracontractual, cuando no existe vinculo obligacional previo, de tal modo que si por culpa o negligencia el especialista causa daño a la madre o niño (a) por nacer, deberá responder por la acción u omisión ocasionada.

Para la aplicación de las TERAS , se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos .

Esta prohibida la fecundación de ovulos humanos con fines distintos a la procreación , así como la clonación de seres humanos

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA CLÍNICA DE FERTILIDAD CON EL USUARIO

Juan Espinoza Espinoza, señala: “la actividad del profesional, útil y necesaria para el desarrollo de la sociedad, loada en unos casos, satirizada en otros, se ha convertido en una fuente de responsabilidad penal, civil y administrativa, cuando en el ejercicio de la misma se ocasionan daños. En efecto, la provincia de la responsabilidad civil ha asimilado este supuesto de hecho que, en otra época gozaba de plena inmunidad. La evolución de las relaciones sociales ha hecho que el

profesional que inicialmente era una persona muy cercana a la familia que lo requería, como el médico, ha pasado a ser un prestador de servicios” (Espinoza, 2005)

Lo señala Olenka Woolcott : “partimos de esta manera de una premisa; de la inexistencia de una específica responsabilidad profesional , tal como lo califica el profesor español Joaquín Ataz López , al referirse al caso de los médicos ; pero ello no es óbice para hacerla extensiva a cualquier profesional liberal, de acuerdo con el citado autor , el carácter general de profesionalidad , ha servido para apoyar la existencia de una responsabilidad civil específica frente a lo que podría llamarse responsabilidad general , en la cual puede incurrir cualquier persona que causa daño a otra , cuando ese daño le sea imputable. ” (Woolkot, 2002)

5. LA RELACION MEDICO – PACIENTE

5.1 La relación contractual o extracontractual

Nuestro código civil separa el régimen jurídico de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, en teoría, lo primero que habrá que determinar es si entre paciente y prestador de asistencia sanitaria media o no un contrato.

Es por esto que en nuestro país tenemos diversas hipótesis para poder determinarlas como, por ejemplo:

- Prestación de asistencia en virtud de un contrato entre el paciente y el especialista particular. En estos casos, la relación de médico y su paciente devienen en virtud de un contrato jurídico entre ambos del que van a nacer derechos y obligaciones recíprocas, para encuadrar esta hipótesis tenemos el artículo 1764 sobre locación de servicios, el cual nos prescribe: “por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus

servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado a cambio de una retribución.”

Tenemos así que, si el daño se produce como consecuencia de incumplimiento de una obligación contractual, la responsabilidad sobreviniente tiene que ser de esa naturaleza.

Sin embargo, podemos decir que el daño que cause un médico especialista en el ejercicio de su profesión ya sea en el cuerpo o la salud de una persona, no tiene un valor cuantificable, ya que hablamos de un ser humano en sí, no obstante, este daño si puede ser resarcido, para lo cual se deben valorar todos los elementos que este daño ha producido, así como las consecuencias que este pueda generar.

5.2 Calificación de la obligación del médico : por acción u omisión

La prestación de servicios por parte de un médico de forma general debe consistir en suministrar todos los cuidados necesarios al paciente sin que la curación se encuentre dentro del ámbito de su responsabilidad; aunque no siempre nos vamos a encontrar bajo esta premisa , sino que nos vamos a encontrar bajo una de resultados , cuando la labor de médico no consiste en curar sino en realizar una intervención exitosa para obtener un resultado específico: obtención de mejorar estéticas , o esterilizaciones , etc.

He aquí la diferencia entre medicina de medios y de resultados, la primera es curativa, mientras que la segunda es satisfactiva y las consecuencias ante una negligencia en alguna de estas serán muy distintas, dependiendo del tipo de intervención realizada. También será necesario tener en consideración la información que se le suministre al paciente, para lograr determinar si la obligación a adquirir será la de medios o de resultados.

5.3 Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil

Existen valoraciones claras para defender a una víctima independientemente de la naturaleza contractual o extracontractual de su estado , y que cuando un hecho que ocasiona un daño es violación de una obligación contractual y al mismo tiempo del deber de no causar daño a otro , se puede convertir en las 2 clases de responsabilidades, lo cual origina que puedan ejercitarse como una indemnización derivada de una responsabilidad civil , proporcionándole hechos al juzgador para que este aplique la norma más acomodada .

6. CRITERIOS A UTILIZAR PARA LA IMPUTACIÓN

- La culpa en la responsabilidad civil por parte del médico:

En el derecho civil, aplicable a la medicina privada, el criterio tradicional de imputación es el de la culpa, de tal modo que procedería la indemnización si, concurriendo el resto de requisitos de la responsabilidad, el comportamiento originara como resultado una conducta negligente. Está culpa por parte del médico, no es la culpa general ya que esta se origina por parte del profesional en la salud por algún deber propio de su profesión misma, esto es el actuar de forma negligente a lo exigido según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

El medico se encuentra sujeto a responsabilidad por culpa o negligencia, resultando de aplicación el artículo 1321 del código civil (responsabilidad contractual) y 1969 del mismo (responsabilidad extracontractual)

Es decir, independientemente de que sea un origen contractual o extracontractual de la responsabilidad, lo que determinara el alcance

y los términos de la misma es el incumplimiento de los deberes médicos.

7. RESPONSABILIDAD INDIVIDUALIZADA

La determinación del sujeto responsable puede tornarse un poco complicada por cuanto en la realización de cualquiera de las Técnicas de reproducción asistida no interviene una sola conducta médica, sino que el grado de participación aumenta proporcionalmente de acuerdo a la dificultad de la técnica a emplear, puede ser que junto a la conducta del equipo médico que realiza la operación , incurra la del centro en donde se da la misma , así como también la del banco que le proporciono los gametos para la misma. Es por ello que se debe ante estas situaciones, establecer un grado de responsabilidad por parte de quienes intervienen en las aplicaciones de las denominadas TERAS.

Es por esto que en algunos casos responderá solo el profesional de la salud tratante, así como en otros la responsabilidad puede darse de forma solidaria.

CAPÍTULO V

PROPUESTA NORMATIVA

PROPUESTA NORMATIVA

La vigente Ley General de Salud LEY N° 26842, prescribe en su artículo sétimo lo siguiente:

“Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”

Siendo el único artículo de la ley citada, que se ocupa y hace mención a las técnicas de reproducción asistida, se aprecia que el tratamiento normativo es muy escueto, considerándolo insuficiente para evitar futuras situaciones no queridas, pero si previsibles, y consecuente negligencia médica.

Por lo expuesto en nuestra investigación, proponemos que el precepto legal en referencia debe quedar redactado en los siguientes términos:

*“Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere **además** del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos; **la prueba obligatoria del diagnóstico genético preimplantacional realizada al embrión de la madre genética y gestante, cualquiera sea su edad.** Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.*

CONCLUSIONES

1. Ante la existencia de problemas de infertilidad que atraviesan las parejas que desean consolidar una familia se recurre a las Técnicas de Reproducción Humana asistida también denominadas TERAS que, al no merecer mayor tratamiento por parte de nuestra legislación genera que los límites en su aplicación queden supeditadas a la particular formación ética de cada uno de los operadores de los servicios de salud que las aplican y de los escrúpulos, o de la falta de ellos, de los que se valen de los usuarios de éstas.
2. Para la regulación de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida es necesario que el legislador nacional pueda recabar un escenario en el que participen todos los integrantes del debate bioético, se rodee de científicos que conozcan a profundidad las técnicas en cuestión, para que así, se logre un marco legal de acuerdo con las necesidades reales sobre el particular, pero teniendo siempre como horizonte el bienestar de las personas y por supuesto, la dignidad humana.
3. Cada embrión humano goza del derecho a la integridad por lo que toda intervención en él debe realizarse con fines terapéuticos y debe prohibirse todo tratamiento que suponga una alteración en su constitución o en la información genética que contenga, por lo que resulta imprescindible prohibir prácticas como las de elección de sexo(condicionamiento de bebés a la carta), determinación de características fenotípicas (color de ojos, de cabello, etc.), que responden a satisfacer gustos particulares de las personas.
4. Para lograr evitar consecuencias negativas y futuros daños, es necesario que ante una FIV (fertilización in vitro) se realice el DGP (diagnóstico genético preimplantacional) frente al diagnóstico obtenido como producto de los exámenes realizados con anterioridad a quienes

accedan a esta técnica, para que así permita a las parejas tener un hijo que no tenga afecciones que le afecten para toda la vida o evitar pasar además por una serie de abortos.

5. Nuestro Código Civil separa el régimen jurídico de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, para lo cual se debe determinar la naturaleza de la misma, valorando todos los elementos que este daño ha producido, así como las consecuencias que este pueda generar o que genere con anterioridad.

6. La determinación de en quien recae la responsabilidad puede tornarse un poco complicada por cuanto en la realización de cualquiera de las Técnicas de reproducción asistida no interviene una sola conducta médica, sino que el grado de participación aumenta proporcionalmente de acuerdo a la dificultad de la técnica a emplear, puede ser que junto a la conducta del equipo médico que realiza la operación, incurra la del centro en donde se da la misma. Es por ello que se debe ante estas situaciones, establecer un grado de responsabilidad por parte de quienes intervienen en las aplicaciones de las denominadas TERAS. Tal es así que en algunos casos responderá solo el profesional de la salud tratante, así como en otros la responsabilidad puede darse de forma solidaria.

BIBLIOGRAFÍA

(s.f.).

Abellan, f. (2006). Aspectos bioéticos del diagnóstico genético preimplantacional. En *Revista Iberoamericana de fertilidad* (pág. 128).

Benes, F. (14 de febrero de 2014). *national institute of neurological disorders and stroke*. Recuperado el noviembre de 2015, de http://espanol.ninds.nih.gov/trastornos/Enfermedad_de_Huntington.htm

Braude, P. (2002). preimplantation genetic diagnosis. *nature rev genet*, 82 y 83.

co, m. &. (s.f.). *merc.com*. Recuperado el noviembre de 2015, de <http://www.merck.com/index.html>

cofre, s. j. (2001). reproducción asistida y constitución. 344: UNED.

Council, G. N. (2003). preimplantation genetic diagnosis. *genetic diagnosis before and during pregnancy*, nationaler ethikrat.

Diez-Picazo, L. (1989). sistema de derecho civil volumen II. tecnos.

Dox, M. (2005). el gran harper colins ilustrado. En *diccionario medico*. madrid: marban.

Draper, H. (1992). beware preimplantation genetic diagnosis may solve some old problems but it also raise new ones. *journal of medical ethics*, 114 - 120.

Espinoza, E. J. (2005). derecho a la responsabilidad civil. *gaceta juridica*.

Ferlenda, T. (marzo de 2010). *national fragile x foundation*. Recuperado el noviembre de 2015, de <https://fragilex.org/>

Fernandez, C. G. (2014). código civil comentado tomo X. *gaceta juridica*.

Herrera, D. C. (1991). la inseminación artificial humana ante el derecho penal. españa: universidad de granada.

institute. (18 de diciembre de 2009). *national institute of neurological disorders and stroke*. Recuperado el noviembre de 2015, de http://espanol.ninds.nih.gov/trastornos/la_enfermedad_de_charcot_marie_tooth.htm

- Medrano, M. E. (2008). *Asociacion Civil Argentina En Derechos Del Paciente*. Obtenido de <http://www.ade paci.org/espanol/derechos.html>
- Perez. (febrero de 2010). *asociacion española de pediatria*. Recuperado el noviembre de 2015, de <http://www.aeped.es/protocolos/genetica/5->
- perez, p. e. (2011). *atencion integral de la infertilidad , endocrinologia ,cirugia y reproduccion asistida*. guadalajara: panamericana.
- Perez, P. E. (2011). *atencion integral de la infertilidad , endocrinologia ,cirugia y reproduccion asistida*. guadalajara: panamericana.
- Pico, g. (febrero de 2010). *asociacion española de pediatria*. Recuperado el noviembre de 2015, de <http://www.aeped.es/protocolos/neurologia/11-amuscular.pdf>
- Piña, R. G. (2004). Las técnicas de fecundación asistida, ¿dieron lugar a la aparición de un nuevo sujeto de derechos? El embrión humano y su relación con bienes jurídicos dignos de protección penal. *Revista Latinoamericana de Derechos*, 249-271.
- Ramos, f. (febrero de 2010). *asociacion española de pediatria*. Recuperado el noviembre de 2015, de <http://www.aeped.es/protocolos/genetica/4->
- Rioja, B. A. (2010). *derecho procesal civil*.
- Rioja, B. A. (2012). Obtenido de www.blogpu cp.com.pe
- Risolla, D. (2010). *banco de celulas bio cells*. Recuperado el noviembre de 2015, de <http://www.biocells.com.ar/>
- Rodriguez, C. P. (1993). *derecho genetico , tecnicas de reproduccion humana asistida y su trascendencia juridica en el peru*. lima: san marcos.
- rubinzal, c. (2004). *el embrion humano y su relacion con bienes juridicos dignos de proteccion penal*. mexico.
- Rubinzal, C. (2004). *el embrion humano y su relacion con bienes juridicos dignos de proteccion penal*. mexico.
- Serrano, C. (2005). *diagnostico genetico preimplantacional : una alternativa hacia el futuro en el presente*. medunab.

- Stankiewicz, p. y. (05 de mayo de 2014). *medline plus*.
<https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002049.htm>
- testa, r. (2011). *ginecologia fundamentos para la practica clinica*. En r. testa. buenos aires: panamericana.
- Testa, R. (2011). *ginecologia fundamentos para la practica clinica*. En r. testa. buenos aires: panamericana.
- varsi, r. (1995). *derecho genetico , principios generales*. trujillo: normas legales.
- Varsi, R. (1995). *derecho genetico , principios generales*. trujillo: normas legales.
- Villamediana, M. P. (2012). *consideraciones bioeticas,biojuridicas y sociales sobre la aplicacion del diagnostico genetico preimplantacional*. *revista de obstetricia y ginecologia de venezuela*, 116 y 117.
- Woolkot, O. ., (2002). *la responsabilidad civil de los profesionales*. ara editores.

ANEXOS