

EL DERECHO

DIARIO DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTOR: ALEJANDRO BORDA - CONSEJO DE REDACCIÓN: GABRIEL FERNANDO LIMODIO, LUIS MARÍA CATERINA, MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, DANIEL ALEJANDRO HERRERA, NELSON G. A. COSSARI

NOTA

Reflexiones sobre un caso de difícil resolución: daño moral contractual en personas menores de edad, por Pascual Eduardo Alferillo

Cita Digital: ED-MMMDCCCVI-147

JURISPRUDENCIA

BIOÉTICA: Biobancos privados: regulación; recolección y conservación de material orgánico; células madre; contrato; naturaleza; incumplimiento; kit de recolección; omisión de entrega; deber de colaboración; obligaciones emergentes; omisión; cesárea de urgencia; servicio de emergencia; muestra del cordón umbilical; irrecuperabilidad. **DAÑO MORAL:** Notoriedad: progenitores; toma de conocimiento del incumplimiento. **MENOR:** Prueba del daño: pérdida de chance; falta de prueba; indemnización; cuantificación. **INTERESES:** Devenimiento: oportunidad (CNCom., sala D, mayo 17-2022)

CAPACIDAD: Restricción: derechos humanos, apoyos; función; divorcio; proceso de determinación de capacidad; cambio de estado civil; acto comprendido; intervención de los apoyos y de la Asesora de Incapaces (C2°CC La Plata, sala segunda, octubre 13-2022)

DOCUMENTOS Y COMENTARIOS

Posthumanismo y extinción del ser humano, por Leonardo Pucheta

Cita Digital: ED-MMMDCCCVI-156

Reflexiones sobre un caso de difícil resolución: daño moral contractual en personas menores de edad

por PASCUAL EDUARDO ALFERILLO

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA CAUSA FIN AMPLIADA DE LOS CONTRATOS. – 3. EL DAÑO MORAL CONTRACTUAL EN LAS PERSONAS MENORES DE EDAD. – 4. LAS CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO MORAL SUBJETIVO. – 5. CONCLUSIONES.

1. Introducción

El fallo dictado por la Exma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, en fecha 17 de mayo 2022, seleccionado como base para este comentario, sin lugar a hesitación, puede ser calificado como “un caso difícil”.

Al respecto, cuando se dijo que la cuestión traída a estudio “coloca al tribunal [en este caso al comentarista] ante lo que la filosofía del derecho estudia bajo el título de ‘casos difíciles’”. En este sentido, recuerda César Rodríguez en su investigación⁽¹⁾ que “los principios jurídicos no son contradictorios, sino competitivos. Dos principios contrarios pueden convivir en un mismo ordenamiento jurídico sin crear contradicción: cuando entran en competencia en un caso concreto, son ponderados de acuerdo con el razonamiento propio de la colisión de principios...”⁽²⁾.

La calificación como “caso difícil” surge de la convergencia de temas complejos, novedosos, dado que algunos temas no han tenido tratamiento suficiente ni en la doctrina de los autores o en la de tribunales.

En ese sentido, se comprueba que la litis surge de la celebración de un contrato entre un biobanco, que asumió el compromiso de crioconservar y almacenar las células progenitoras hematopoyéticas, denominadas “células madre”, provenientes de la sangre fetal placentaria y del cordón umbilical obtenida en el nacimiento de personas humanas, y un matrimonio –se infiere del contenido del fallo– que pretendía el depósito de ese material biológico.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Reiterada tacha judicial respecto de una resolución del INCUCAI regulatoria de la colecta y uso de CPH provenientes del cordón umbilical*, por EDUARDO MARTÍN QUINTANA, ED, 237-79; *El desafío de regular el uso de células del cordón umbilical*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 242-676; *El poder de policía sobre los bancos privados de células progenitoras hematopoyéticas provenientes del cordón umbilical. Análisis de las cuestiones controvertidas en la resolución 69/09 del INCUCAI*, por EZEQUIEL CARIDE, EDA, 2013-772; *Clonación humana y células madre embrionarias: un camino equivocado*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 253-919; *De clones, embriones y células madre. Interrogantes en torno al desarrollo de la biotecnología aplicada a los seres humanos*, por LEONARDO L. PUCHETA, ED, 253-931; *La donación compulsiva de células madre para uso autólogo y la revelación de datos sensibles como violación de la intimidad constitutiva de la dignidad humana*, por SILVIA MARRAMA, ED, 258-120; *Novedades en la edición genética de células somáticas con fines terapéuticos*, por LEONARDO PUCHETA, ED, 284; *Embriones humanos producidos a partir de células de la piel. Aplicación del principio precautorio*, por SILVIA MARRAMA, ED, 291-814; *Prudente sentencia judicial respecto de la pérdida de chance de utilización de células progenitoras hematopoyéticas por incumplimiento de contrato de consumo intuitu personae*, por SILVIA MARRAMA, ED, 298. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Rodríguez, César, “La decisión judicial - El debate Hart - Dworkin”, Ed. Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes - 1998 - Colombia, p. 87.

(2) Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala I, 30 junio 2008, autos N° 19.482 (3174/3438 - 1° Com. Esp.) “Paolini, Francisco - Quebra Indirecta - Inc. Desafectación Bien de Familia S/ Sindicatura” (L. de A. T. 158 F. 174/182); N° 21.937 (10.745 - 9° civil), “Pereira, Edmundo - Prescripción adquisitiva”, 19 junio 2015 (L. de S. T. I-2015; F. 93/99), autos N° 22.436 (140894 - 8° Civil), caratulados “Sobelvio Haydée Dominica - Sucesorio”, 24 noviembre 2017, entre otros.

Hasta este punto, se tiene frente al observador el incumplimiento de un contrato de depósito; el fallo examinó pormenorizadamente las obligaciones asumidas por las partes y, esencialmente, los hechos acaecidos en la ejecución del convenio que condujeron al incumplimiento total y definitivo de este por parte de la empresa depositaria.

Pero, en este punto, no se agota el interés de este fallo, sino, por el contrario, es el punto de partida, por cuanto en los considerandos del magistrado que llevó la opinión guía se especifica que “A esta altura, me importa detenerme en un aspecto que no ha sido ajeno a la composición del reclamo de que se trata, cual es el atinente a la comprobada esclerosis múltiple que cursa la señora M. P. B. desde el año 2002 (conf. peritaje médico, fs. 469 vta., respuesta 1ª). En la demanda se expresó que tal enfermedad fue la que motivó al matrimonio S.-B. a contratar con Matercell S.A. a fin de que el hijo de ambos si ‘... pudiera nacer con esta o cualquier otra enfermedad, tuviera a su disposición las células madres que le permitieran contar con el tratamiento adecuado y eficaz...’ (fs. 53). Tal motivación, empero, fue claramente excesiva y, por tanto, no pudo dar pie a una confianza que, en la medida del exceso, se viera defraudada, dicho ello, claro está, con abstracción de todo juicio acerca de si aquella integró o no la causa del negocio (art. 281, CCyC). Así cabe pensarlo, pues, de acuerdo a lo explicado en el peritaje médico sin recibir críticas, el tratamiento de la esclerosis múltiple con células madre no ha superado la etapa experimental, faltando investigaciones para corroborar resultados (fs. 472, respuestas 13ª y 14ª); y porque eso mismo fue, precisamente, lo que sí con indudable relieve contractual se informó en el recordado link ‘Preguntas Frecuentes’, esto es, concretamente, que el tratamiento de las esclerosis múltiples con células madre tenía reflejo solamente en ‘estudios preliminares’ (fs. 15 vta., reservada)”.

Este apartado, abre dos interrogantes claves para este comentario.

El primero: si en el convenio se especificaron los motivos particulares del matrimonio que justificaban y daban razón de ser, para celebrar el contrato de depósito conforme se autoriza en el segundo párrafo del art. 281 y conc. del Cód. Civ. y Com. La respuesta permitirá conocer si ello formaba parte de las previsiones contractuales adoptadas por las partes. Y, a partir de ello, discernir las consecuencias.

En segundo término, el párrafo transcripto, cuando especifica que “a fin de que el hijo de ambos si ‘... pudiera nacer con esta o cualquier otra enfermedad, tuviera a su disposición las células madres que le permitieran contar con el tratamiento adecuado y eficaz...’” (sic), genera el interrogante de si es un contrato que se celebró en favor de los padres (específicamente de la madre enferma) o se suscribió por los padres en favor o beneficio de su hijo. O, en su caso, de ambos. Como se puede advertir, la legitimación para reclamar los daños derivados del incumplimiento total y culpable (conforme lo define la sentencia) sería diferente.

Las transcripciones precedentes tienen el noble propósito de indicar el camino para la problemática que se presenta con la posibilidad que los menores de edad puedan o no sufrir daño moral.

En otras palabras, el contenido de este caso resuelto es apto para formular algunas reflexiones, dado que se discutió la procedencia del daño moral de una persona menor de edad derivado del incumplimiento absoluto de un contrato de depósito de “cedulas madres” para ser empleadas en el futuro como una alternativa de curación de enfermedades que pudiere padecer.

2. La causa fin ampliada de los contratos

La factibilidad de condenar el resarcimiento del daño moral al incumplidor de sus obligaciones contractuales abiertas por el art. 522 del Código Civil, cuando se procuró discernir el origen de la conducta ilícita se entendió que “todo contrato contiene distintos tipos de intereses de las partes que procuran su satisfacción mediante el acuerdo de voluntades, están explícitos en el texto del pacto y, por ende, son conocidos por las partes. Estos intereses son los propios del contrato que cuando son incumplidos generan molestias o inquietudes típicas del mundo de los negocios.

En cambio, los intereses vinculados al objeto del pacto tienen una relación con este, pero no forman parte de las obligaciones e intereses que tipifican el contrato y normalmente no tienen carácter económico. Por ejemplo, cuando una persona adquiere una casa con la intención de constituir en ella su hogar al momento de contraer nupcias, el interés contractual propiamente dicho es la adquisición del bien y el vinculado, su propósito es que sea la sede de su vida matrimonial⁽³⁾.

Como detalle trascendente para una correcta valoración del daño moral de origen contractual es necesario verificar si el interés está o no en el convenio de un modo expreso o implícito, como acontece en el caso de la elaboración de la torta o en la confección del vestido de la novia para la boda. En estos casos, el sujeto conoce que su incumplimiento contractual va a afectar otros intereses vinculados al objeto del contrato⁽⁴⁾.

Este doble contenido de los contratos, las causas fines que tipifican el pacto y aquellas particulares, de una de las partes, que inspiran la celebración del contrato, han sido expresamente mencionadas en el art. 281 del Cód. Civ. y Com., cuando regla que “la causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes”.

Cuando están explicitadas las razones que motivaron la celebración del contrato, sin duda, ellos, si son incumplidas (antijuridicidad), pueden ser la base para justificar la procedencia del daño moral. Ello, por cuanto se torna de aplicación el art. 1728 del Cód. Civ. y Com., cuando regula que “en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”.

En cambio, cuando no está explícita la razón, sino tácita, como refiere el art. 281, impone a los intérpretes de

las cláusulas demostrar que el incumplimiento del pacto menoscabó el motivo no dicho, porque el mismo surge de las circunstancias o naturaleza de la obligación. Y con ello, se vulneró el bienestar espiritual del contratante frustrado, no satisfecho en su interés, por el incumplimiento. Razón por la cual se justifica una condena por daño moral.

3. El daño moral contractual en las personas menores de edad

La posibilidad de que una persona sin discernimiento pueda sufrir daño moral es un debate que surge entre los autores que entienden que este menoscabo es subjetivo y configura una consecuencia⁽⁵⁾. En cambio, la línea que normalmente tiene una concepción objetiva, que sostiene que existe daño moral cuando se vulnera un derecho personalísimo (extrapatrimonial) del ser humano (honor, dignidad, privacidad, etc.), sin duda, debe estimar que sí sería procedente⁽⁶⁾.

El fallo, sin discernir esta diferencia entre las posiciones de los autores, dijo que “la doctrina mayoritaria entiende admisible el rubro bajo la idea de que aun las personas carentes de discernimiento, como son los menores de edad, tienen también intereses extrapatrimoniales –como cualquier otro ser humano– y es evidente que, si estos son alterados, pueden pedir reparación en igual medida que una persona plenamente capaz”.

Agrega, que en las “Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil’ (año 1984) se declaró como indemnizable el daño moral causado a personas que carecen de discernimiento, y que en el mismo sentido esta alzada mercantil ha destacado que el resarcimiento del daño moral en favor de un menor es procedente con abstracción de la conciencia que pueda tener sobre el hecho generador de la lesión (conf. CNCom., Sala E, 23/10/2003, ‘Ferro de Castagnino, María Laura y otro c/ Scocier, Christian W. s/ sumario’). Por lo tanto, un menor de edad puede ser damnificado directo en los términos del art. 1741, CCyC”.

A partir de concebir, desde una óptica subjetivista y fundamentado en la evolución científica, que “el daño

(5) En las SEGUNDAS JORNADAS SANJUANINAS DE DERECHO CIVIL (1984) esta tendencia quedó plasmada cuando se conceptualizó que “A) Daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial (Jorge Moisset Iturraspe - Silvana Chiapero de Bas - Ramón D. Pizarro - Matilde Zavala de González - Beatriz Junyent de Sandoval - Esteban Sandoval Luque - Gabriel Stiglitz).

(6) ALFERILLO, Pascual E., *El daño moral*, Biblioteca de Derecho Civil, Ediciones Olejnik, Chile, impreso en Argentina, 2022, p. 287. El autor señala que “en síntesis, para la doctrina jurídica de Chile, el daño moral tiene dos subtipos: el clásico *pretium doloris* que tiene la característica de ser eminentemente subjetivo. Y, el que recae para facilitar el resarcimiento de derechos personalísimos, bajo el rubro «daño extrapatrimonial». Este último sería esencialmente objetivo”. Ver: DIEZ SCHWERTER, José Luis, «La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador. Del modelo de Bello a nuestros días», *Revista de Derecho Privado*, núm. 9, julio-diciembre, 2005, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, pp. 177-203. 621; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, «Aspectos modernos de la reparación por daño moral: contraste entre el derecho chileno y el derecho comparado», en *Revista de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte – Sede Coquimbo - Chile año 6 - 1999*, p. 29 y sig.; BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, p. 220/221; BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, «Del Daño Moral al daño extrapatrimonial: La superación del *pretium doloris*», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 1, [2008], pp. 85 – 106, entre otros autores. En las SEGUNDAS JORNADAS SANJUANINAS DE DERECHO CIVIL (1984) fue la posición plasmada por el profesor FUEYO LANERI, Fernando cuando conceptualizó que “C) El denominado “daño moral” es aquel que consiste en la agresión a algunos de los derechos extrapatrimoniales o de familia propiamente tal, y que autoriza para demandar una indemnización satisfactoria que el juez fijará conforme a equidad. La señalada agresión no excluye que, de hecho, se acumulen factores especiales, como los del interés, del dolor u otros. El concepto de daño moral y la fijación del monto de la reparación satisfactoria, se encuadran en un entorno de flexibilidad o variabilidad, dependientes del orden público o las buenas costumbres que rigen en un lugar y tiempo determinados”.

(3) CC0203 LP, B 73589 RSD-231-92 S 29-9-1992, “Saavedra, Omar Agustín y otro c/ Goral, Miguel y otro s/ Escrituración y daños y perjuicios”, JUBA Civil y comercial B351644.

(4) ALFERILLO, Pascual E., “El daño moral contractual y el origen de la ilicitud”, LLGran Cuyo 2011 (marzo), 113. El autor concluye sus reflexiones, expresando que “como se colige resulta de vital importancia precisar en su esencia cual es el contenido del daño moral resarcible de origen contractual para luego examinar con detenimiento cual es la naturaleza de los hechos que lo generaron, es decir, precisar cuál es el origen de la ilicitud.

La tarea no es fácil para la magistratura ni para la doctrina, pues, a veces, la realidad de los hechos de la vida pone en los estrados de los tribunales hipótesis de trabajo de difícil encuadramiento en el marco normativo. Para los jueces el desafío de concretar un fallo justo es permanente y va más allá de las precisiones científicas. Ello se ha logrado plenamente en la sentencia comentada al acordar resarcimiento por el daño moral ocasionado por el inadecuado accionar de profesionales de la abogacía en el cumplimiento de su mandato”.

moral es el menoscabo que sufre una persona humana en su bienestar espiritual sin que ese estado negativo o disvalioso sobreviniente (tristeza, dolor, amargura, inseguridad, angustia, etc.) llegue a configurar una patología, como consecuencia de la vulneración de un derecho o interés de la víctima, generado por una acción jurídicamente reprochable⁽⁷⁾, se comparte la idea de que un menor de edad pueda padecer daño en su bienestar espiritual.

En función de ello, el foco de las reflexiones se traslada a la ponderación de la carga probatoria del daño moral que se reconoce una clara tendencia a presumir el menoscabo –incluyendo a los menores de corta edad– cuando tiene génesis en un delito o cuasidelito y hay un daño a la integridad psicofísica de una persona humana. Pero, el criterio restringido prima cuando proviene del incumplimiento de un contrato.

Es decir, en primer lugar, más allá de las exigencias especiales, el menor tendría que conectar causalmente, acreditando fehacientemente el incumplimiento con el daño padecido en su espiritualidad (daño moral).

Avanzando sobre el punto, el tribunal se posiciona ponderando que *“como se aprecia, en el precedente indicado se juzgó que fue la toma de conocimiento de la inejecución contractual por parte de los reclamantes (adultos) lo que determinó que no se les exigiera otra cosa para tener por acreditado el daño moral, el cual por ello, se insiste, fue calificado como notorio.*

No parece, sin embargo, que tal criterio sea trasladable a este caso con relación al menor M. S. B.

Su situación, a todas luces, no es la de un daño moral cuya notoriedad pueda entenderse derivada de un conocimiento adquirido de la inejecución contractual y de su repercusión. Su temprana edad le impide entender lo propio”.

En otras palabras, se condiciona la procedencia del resarcimiento y, por ende, la existencia, de daño al bienestar espiritual del menor a la toma de conocimiento del incumplimiento de un contrato productor del menoscabo.

Como se colige, para esta hipótesis de daño de génesis contractual examinada por el tribunal, no se tiene en cuenta la recomendación de las Jornadas Sanjuaninas, ya que indicaba que se debía resarcir el daño *“con abstracción de la conciencia que pueda tener [el menor] sobre el hecho generador de la lesión”*, por cuanto exige que haya tenido conocimiento de la inejecución contractual y de las consecuencias dañinas sobre el bienestar de su espiritualidad.

Ello implica, siguiendo el significado dado por la RAE a la palabra “conocimiento”, que se exige el entendimiento, inteligencia, razón natural, o la noción, el saber o noticia elemental de algo. En el caso, de la dañosidad del incumplimiento total y definitivo del contrato de depósito de “células madres” en su espiritualidad.

Con este criterio, la carga probatoria de quien reclame daño moral originado en el incumplimiento contractual por un menor de edad (menos de 13 años) deberá superar la presunción de incapacidad para comprender que se encuentra regulada en los arts. 24, 25, 26, 260, 261 y concordantes del Código Civil y Comercial.

En otras palabras, se acota considerablemente la posibilidad de verificar un daño moral contractual en personas menores de edad por su incapacidad para conocer el alcance jurídico del incumplimiento.

4. Las características del daño moral subjetivo

Sin perjuicio de reiterar que en este comentario no tratamos el daño moral objetivo como se verifica en otras ju-

risdccionales nacionales bajo la denominación de “daño extrapatrimonial”, decimos que el daño moral subjetivo que fuere antes conceptualizado tiene como característica esencial de ser un menoscabo del bienestar espiritual no patológico, es decir, no es una enfermedad.

Ello ha quedado perfectamente diferenciado en el contenido de los arts. 1741 y 1746 cuando se reserva para este último el modo de cuantificar la discapacidad psicofísica permanente mediante una fórmula de la matemática financiera que exige que se determine un porcentaje de dicha minusvalía. En cambio, en el perjuicio moral, ello no es exigible y es cuantificado mediante el arbitrio judicial.

Por otra parte, como el menoscabo de la espiritualidad es siempre una consecuencia de la vulneración de la integridad psicofísica/social o patrimonial de la víctima⁽⁸⁾, más allá de que se pregone que no se debe tener en consideración el daño material producido para su cuantificación, sin lugar a hesitación, algunas de las características le son transmitidas. Por ejemplo, la dimensión del daño moral en la psique la víctima no será igual teniendo en cuenta la gravedad del menoscabo que le da origen. No será igual que una persona sufra una quebradura en un miembro inferior que pueda ser reconstruida a que, por diferentes razones, pierda parte de este. En el primer caso, el daño moral existirá, será más o menos duradero en el tiempo teniendo en cuenta el nivel de reconstrucción a su estado anterior que la medicina logre. En cambio, cuando se pierde una parte sustancial de la integridad del soma, el menoscabo será permanente y lo acompañará hasta el fin de su existencia terrenal.

En otras palabras, el menoscabo espiritual será diferente en cada caso, será de mayor envergadura en la medida de la gravedad y duración de la lesión psicofísica/social que se le ocasione a la víctima.

En función de este detalle, se verifica que el fallo fue favorable para contemplar la procedencia de la pérdida de chance porque el incumplimiento de la empresa demandada había malogrado la posibilidad que tenían ambos de utilizar las células madre para el tratamiento de padecimientos futuros.

Ante ello, cabe interrogarse si la incapacidad para conocer esta circunstancia por el menor no actúa como un factor que suspende el acaecimiento del acto de saber la anomalía contractual que le impedirá la oportunidad de utilizar las “cédulas madres” para los tratamientos futuros. Y, a partir de ese saber, no padecerá como consecuencia menoscabo en su bienestar espiritual.

El contrato de depósito incumplido tenía la característica de ser de larga duración, casi *sine die*, razón por la cual la expectativa o el cumplimiento que satisfacía al menor acreedor, de igual modo, tendrá la misma característica.

La posibilidad de que se produzca en el futuro daño moral en el menor es factible de acaecer cuando tome conocimiento del incumplimiento, razón por la cual se debe replantear el esquema denegatorio por no tener el menor, al momento del incumplimiento, capacidad para conocer, porque ello se supera en el tiempo y surge claro y perfectamente presumible al momento del dictado de la sentencia que puede existir menoscabo futuro en el equilibrio o bienestar espiritual o, como se dice tradicionalmente, daño moral.

Por cierto, esta posibilidad se deberá analizar teniendo en cuenta las características de cada caso planteado a la jurisdicción.

(7) ALFERILLO, Pascual E., *El daño moral*, Biblioteca de Derecho Civil, Ediciones Olejnik, Chile, impreso en Argentina, 2022, p. 76.

(8) ALFERILLO, Pascual E., “Cuantificación del daño moral en el Código Civil y Comercial”, RCyS2020-IV, 3, AR/DOC/643/202; “Reflexiones en torno al concepto de daño y su clasificación”, RCyS 2019-4, 3, AR/DOC/492/2019, entre otros.

5. Conclusiones

El fallo pie de comentario tiene la riqueza de contener un análisis jurídico notable de la base fáctica de la litis constituida por el incumplimiento de un contrato de depósito de “cedulas madres” y de sus consecuencias resarcibles.

Pero la tarea jurisdiccional proporciona las bases para nuevas reflexiones, generando interrogantes relacionados con la procedencia, en general, y, en particular, cuando se trata de menores de edad, del daño moral de origen contractual.

Por ello, se calificó al fallo en el marco iusfilosófico de los casos difíciles, donde la resolución del planteo litigioso puede contener diversas interpretaciones, razón por cual la adopción de una de ellas es responsabilidad de la jurisdicción, lo cual no implica que sea la verdad final.

La verdad en el derecho en general y en el de daños, en singular, es dinámica y, por ende, relativa, pues las razonables definiciones vigentes pueden cambiar al ritmo de la transformación social y fundamentalmente –hoy– de la evolución de la ciencia que estudia la esencia del ser humano y trae novedosos aportes que deben ser tenidos en cuenta por los operadores del derecho.

VOCES: BIOÉTICA - TRASPLANTE DE ÓRGANOS HUMANOS - REGISTROS - MENORES - DAÑO MORAL - INDEMNIZACIÓN - INTERESES - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - DONACIÓN - MEDICAMENTOS - MÉDICO - PERSONA - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - DERECHOS HUMANOS - SALUD PÚBLICA - TECNOLOGÍA - HOSPITALES Y SANATORIOS - CONTRATOS - FAMILIA

Bioética:

Biobancos privados: regulación; recolección y conservación de material orgánico; células madre; contrato; naturaleza; incumplimiento; kit de recolección; omisión de entrega; deber de colaboración; obligaciones emergentes; omisión; cesárea de urgencia; servicio de emergencia; muestra del cordón umbilical; irrecuperabilidad. **Daño Moral:** Notoriedad: progenitores; toma de conocimiento del incumplimiento. **Menor:** Prueba del daño: pérdida de chance; falta de prueba; indemnización; cuantificación. **Intereses:** Devenimiento: oportunidad.

Con nota a fallo

1 – La regulación de la actividad de los establecimientos privados que conservan unidades con fines autólogos es aquella que la Ley de Sangre establece para la autorreserva de sangre –las normas del depósito regular del Código Civil–, más allá, también, de lo que técnica y administrativamente fije la autoridad de aplicación, o sea el Ministerio de Salud, sin que la posibilidad de aplicar tales normas haya sido descartada por ninguna norma posterior, dado el silencio observado por la ley 24.193, modificada por la ley 26.066 (vigente al tiempo de los hechos del caso), o por la vigente ley 27.447. Sin perjuicio de ello, cabe también atender a lo que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes pudieron especialmente pactar, sin perder de vista el régimen tutelar del derecho del consumo pues, indudablemente, se está en presencia de un contrato cuyo destinatario final es el prestatario, identificado en el contrato respectivo como el niño naciente y sus progenitores.

2 – Si, como regla, el depósito es un contrato de confianza pues, precisamente, lleva implícito un acto de confianza del depositante en el depositario, con mayor razón lo es cuando el objeto contractual está representado por la recolección y conservación de material orgánico que podría servir para el futuro tratamiento de la salud del contratante o su grupo familiar. Es más, el contrato de que se trata, además de ser “de confianza” (calificable incluso como extrema), se presenta como intuitus personae, pues la persona del depositario, sus calidades, aptitudes técnicas y especial pericia no han sido elementos de juicio irrelevantes para el depositante sino, por el contrario, decisivos a la hora de establecer el vínculo contractual, suponiéndose ínsita una colaboración,

en la que el elemento “confianza personal” adquiere una importancia especial.

3 – Si el biobanco privado que concentra, criopreserva y almacena las células progenitoras hematopoyéticas, también llamadas “células madre”, provenientes de la sangre fetal placentaria y del cordón umbilical obtenidas en el nacimiento de personas humanas, no cumplió con la obligación contractual de entregar el kit de recolección, para lo cual había tenido tiempo suficiente, mal puede reprochar a terceros su propia omisión, pues es muy claro que, si el contacto –a su cargo– con el obstetra designado y/o su equipo para proporcionarle la información necesaria a fin de llevar a cabo una exitosa recolección hubiese sido cumplido, habría, cuando menos, facilitado la entrega del referido kit, material este último que solo la propia demandada podía suministrar para posibilitar la entrega al prestatario o a quien este designe a fin de que fuera provisto al laboratorio indicado por el prestador, en el más corto tiempo posible.

4 – No puede calificarse de diligencia consistente con el caso de urgencia planteado ante una cesárea de urgencia la tardía comunicación que dijo haber establecido la dependiente del biobanco privado con una enfermera del sanatorio, cuando ya había concluido la referida cesárea. Ello así, pues entre el momento en que la empresa demandada tomó conocimiento de la situación y la hora del nacimiento del niño, pasó un tiempo prudencial que le hubiera permitido actuar con antelación y en forma oportuna.

5 – Corresponde concluir que el biobanco privado demandado faltó al deber de colaboración contractual pues, anunciado a su servicio de “urgencia” del ingreso del matrimonio cocontratante al sanatorio en situación de dar a luz, razones de evidente cooperación en el cumplimiento del programa contractual lo obligaban, incluso en caso de duda, a constituir a su personal en el nosocomio y no contentarse con meros y tardíos llamados telefónicos, lo cual es sentidamente reprochable al relacionarse con el cumplimiento de una obligación de guarda de unidades con fines autólogos –células madre– que la estructura empresarial de la demandada bien pudo facilitar para asegurar la recepción de un material evidentemente sensible.

6 – Al haber la demandada impuesto contractualmente que el requerimiento del servicio de “urgencia” habría de ser canalizado por el prestatario a números de telefonía celular por ella indicados, los riesgos correspondientes a una eventual falta de comunicación no pueden ser asumidos por el cocontratante en tanto consumidor, sino que debe correr a cargo de quien como proveedora –obligada en los términos de la ley 24.240– así lo determinó eligiendo tal medio de comunicación.

7 – Si bien cuando se trata de personas de muy corta edad la falta de comprensión del dolor propio y de su origen no obsta a la admisión del daño moral, lo cierto es que, aun así, la constatación de la existencia del perjuicio extrapatrimonial, como de cualquier otro daño, debe ajustarse a lo previsto por el art. 1744 del CCyC, que, sin diferenciar si el reclamante es un adulto o no, obliga a la prueba del daño por quien lo invoca, salvo que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.

8 – Si bien la toma de conocimiento de la inexecución contractual por parte de los progenitores determina que no se les exija otra cosa para tener por acreditado el daño moral padecido como consecuencia de que la muestra del cordón umbilical de su hijo recién nacido no podría ser criopreservada, tal criterio no se traslada en el caso de autos al menor. Ello es así, pues su situación no es la de un daño moral cuya notoriedad pueda entenderse derivada de un conocimiento adquirido de la inexecución contractual y de su repercusión, en tanto su temprana edad le impide entender lo propio, por lo que deben precisarse, cuando menos, otros hechos distintos de la toma de conocimiento de la inexecución y su repercusión, a partir de los cuales podría inferirse el carácter notorio del perjuicio extrapatrimonial sufrido por el citado niño.

9 – No puede tenerse por acreditado el padecimiento de daño moral por un menor cuya muestra del cordón umbilical no pudo ser criopreservada como consecuencia del incumplimiento contractual en que incurriera el biobanco privado demandado por la sola circunstancia de que sufriera una internación sanatorial luego de su alumbramiento cuando – como en el caso – la misma no está causalmente relacionada con el referido incumplimiento por haber sido necesaria en razón del carácter “prematureo” del recién nacido. Súmese a ello que tampoco el niño conocía la enfermedad de su madre o temor él de padecerla y no poder contar con la sangre fetal para eventualidades futuras y, aunque por hipótesis esto último no fuera así, lo concreto es que tampoco el contrato incumplido ofrecía algo útil en favor de la enfermedad de la progenitora.

10 – Dado que la utilización de células madre en los casos de esclerosis múltiple se encuentra en etapa experimental y que tal enfermedad padecida por la madre fue la que motivó al matrimonio a contratar al biobanco privado demandado a fin de que crioconservara una muestra del cordón umbilical para que, si el hijo de ambos naciera con esta o cualquier otra enfermedad, tuviera a su disposición las células madre que le permitieran contar con el tratamiento adecuado y eficaz, corresponde concluir que, ante la inexistencia de prueba, no existe bastante fundamento para la determinación de la cuantía indemnizatoria derivada de la pérdida de chance por la imposibilidad de conservarla como consecuencia del incumplimiento contractual en que incurriera el demandado. Sin perjuicio de ello, aun observando el criterio ponderativo parco o estricto que impone la falta de prueba, no puede conducir a la fijación de una indemnización irrisoria o simbólica, reconociéndose el daño en lo meramente formal o declarativo, pero negándolo en el terreno de lo operativo o conducente.

11 – La procedencia de intereses sobre las sumas fijadas para reparar el daño moral se basa en la mora provocada por el incumplimiento contractual y, en consecuencia, corren desde que se produjo el perjuicio. En cambio, la pérdida de la chance, en tanto no es un daño que se produce simultáneamente con el incumplimiento, sino que es un daño sobreviniente a él, solo puede llevar accesorios a partir de la notificación de la demanda. M.M.F.L.

61.345 – CNCom., sala D, mayo 17-2022. – B., M. P. y otro c. Matercell S.A. s/ordinario. (Consúltese el texto completo de la sentencia en ED, diario n° 15.391 del 28/09/2022 y en cita digital: ED-

MMMDXXI-647, con comentario de SILVIA MARRAMA: Prudente sentencia judicial respecto de la pérdida de chance de utilización de células progenitoras hematopoyéticas por incumplimiento de contrato de consumo intuitu personae).

Capacidad:

Restricción: derechos humanos, apoyos; función; divorcio; proceso de determinación de capacidad; cambio de estado civil; acto comprendido; intervención de los apoyos y de la Asesora de Incapaces.

1 – La determinación de los derechos de las personas con discapacidad se debe abordar desde la perspectiva de derechos humanos que adopta el modelo social de la discapacidad. Esto significa que la vigencia del principio de capacidad jurídica como derecho humano también es exigible en favor de las personas con discapacidad –art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 3° y 5° de la ley 26.657–.

2 – La función de los apoyos es promover y facilitar el ejercicio de la autonomía, lo cual puede materializarse a través de un sistema de asistencia, de asesoramiento de los actos que se proyecta realizar o, aún, de mero seguimiento o control del ejercicio de la autonomía personal. En definitiva, el sistema de apoyo para la toma de decisiones no sustituye a la persona con capacidad restringida, sino que se añade a ella como un sistema de protección.

3 – El apoyo tiene como fin que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informarla, colaborar a su comprensión, razonamiento; incluso, si la persona logró formar decisión razonada, el apoyo podría no ser presente en dicho momento de celebración del acto.

4 – Siendo que el objeto de los presentes obrados tienen por objeto el cambio de estado civil, acto para el cual el cónyuge actor requiere –conforme lo decidido en la causa sobre determinación de su capacidad– contar con su sistema de apoyo, y toda vez que no se advierte en estos obrados la intervención del mismo como tampoco de la señora Asesora de Incapaces actuante en aquel proceso, corresponde –a fin de evitar nulidades– que en la instancia originaria se confiera la necesaria intervención al mencionado sistema de apoyo y a la Asesora de Incapaces; debiendo seguir la presente causa según su estado siempre que con carácter previo se efectivicen las citadas intervenciones. M.M.F.L.

61.346 – C2°CC La Plata, sala segunda, octubre 13-2022. – S. A. C. A c. B. T. F. s/divorcio por presentación unilateral.

En la ciudad de La Plata, a los trece días del mes de octubre de dos mil veintidós, celebran telemáticamente acuerdo ordinario el señor Juez vocal de la Sala Segunda de la Cámara Segunda de Apelación, doctor Leandro Adrián Banegas, y el señor Presidente del Tribunal, doctor Francisco Agustín Hankovits, por integración de la misma (art. 36 de la Ley 5827), para dictar sentencia en la causa 132.478, caratulada: “S. A. C. A. C/ B. T. F. S/ DIVORCIO POR PRESENTACIÓN UNILATERAL”, se procedió a practicar el sorteo que prescriben los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, resultando del mismo que debía votar en primer término el doctor HANKOVITS.

La Cámara resolvió plantear las siguientes cuestiones:

1ª ¿Es justa la resolución apelada de fecha 1/6/2022?

2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el señor presidente doctor Hankovits dijo:

1. Vienen las presentes actuaciones a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto el 7/6/2022 por la señora T. F. B. contra la resolución de fecha 1/6/2022, en cuanto desestima la excepción de falta de legitimación opuesta por ella en su presentación del 12/4/2022. El memorial se presentó el 16/6/2022 y recibió réplica el 28/6/2022.

2. Sostiene la apelante que las hijas de su cónyuge iniciaron un proceso de determinación de la capacidad del mismo, en cuyo escrito inicial indicaron que su padre en el 2015 comenzó con síntomas neurológicos, por lo cual en el año 2016 realizó las primeras consultas médicas, que luego de realizarle estudios le diagnosticaron Parkinson y principio de demencia y que su estado de salud comenzó a agravarse, perjudicando el área cognitiva, lo que motivó la decisión forzosa de la jubilación atento al cargo que ostentaba en el Poder Judicial. Expone que su marido se encuentra actualmente en una situación de vulnerabilidad clara y manifiesta, que ha perdido autonomía y el valor y uso del dinero. Refiere que el Juez se apartó injustificadamente del informe interdisciplinario presentado el 23/7/2021 en el expediente sobre determinación de la capacidad de su esposo, en el cual los expertos señalan que aquél debe recibir apoyo legal de su Defensor Técnico Oficial, conjuntamente con otra persona ajena al ámbito familiar para realizar ciertos actos que importen cambiar su estado civil, contraer matrimonio, reconocer hijos, contraer o reconocer obligaciones alimentarias, lo cual produce un absurdo en la apreciación de la prueba, pues en el caso no se están cumpliendo ninguna de las dos sugerencias indicadas por el Cuerpo Técnico, ya que no hay ni defensor oficial, ni personas de confianza ajenas al ámbito familiar. Expresa que en este caso no puede aplicarse irrestrictamente el principio de que la capacidad se presume, pues así como existe un principio rector, existe la excepción a tal principio y se da cuando –como en el presente–, existe la duda, lo que amerita mayor cautela para tomar una decisión en torno a la posibilidad de que su marido pueda o no en este momento entablar una acción de divorcio vincular. Agrega que en el marco de los ya citados obrados: “S. C. A. s/Determinación de la Capacidad Jurídica” el 14/7/2021 se decretó la inhibición general de bienes de su esposo, por lo cual si el juez entendió que existieron fundamentos para decretar aquella cautelar, existe aquí al menos un manto de duda que debe respetarse para no actuar precozmente y que siendo que aún no se ha dictado sentencia en aquel proceso resulta prematuro aseverar que debe rechazarse la excepción por ella interpuesta, por lo que sería lógico aguardar a que exista un pronunciamiento firme en aquel juicio para luego tomar una decisión al respecto.

3. A. Primeramente cabe señalar que, conforme surge de la Mesa de Entradas Virtual de la SCBA, con posterioridad al dictado de la resolución apelada y de la presentación del memorial y su respectiva contestación, el día 12/9/2022 se dictó sentencia en el expediente caratulado: “S. A. C. A. s/Determinación de la Capacidad Jurídica”. Lo expuesto constituye una circunstancia sobreviniente que resulta decisiva a fin de resolver la presente cuestión planteada (art. 163 inc. 6, Código Procesal Civil y Comercial –CPCC–).

En tal pronunciamiento, se hizo lugar a la acción de determinación de la capacidad jurídica respecto del señor C. A. S. A. quien padece Enfermedad de Parkinson, Trastorno depresivo, Trastorno cognitivo leve, determinándose que se halla comprendido en la situación prevista en el art. 32 primer párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación –CCCN– restringiéndose parcialmente su capacidad y en consecuencia se estableció un Sistema de Apoyos para la realización de los actos que por sí solo

no puede ejercer y dispuso, en ese orden, que el mismo será desempeñado por sus hijas, M.S.A. y V.S.A., en forma conjunta o indistinta (v. puntos 1º, 2º y 3º de la parte dispositiva del fallo). Asimismo, en lo que aquí deviene relevante destacar, dispuso que deberá realizar con apoyo aquéllos actos que importen cambiar su estado civil (v. considerando III de la sentencia referenciada).

En efecto, textualmente el juez expuso al respecto que “... en cuanto a “Realizar actos de disposición, es decir aquellos que puedan alterar o modificar sustancialmente los elementos que forman el capital económico o comprometer por largo tiempo su porvenir, como comprar y/o vender bienes inmuebles, muebles registrables o de significativo valor u otros bienes susceptibles de ser apreciados económicamente, y otros bienes de cualquier tipo cuyo importe supere el 50% del salario vital y móvil, tomar créditos, reconocer deudas, constituir hipotecas, efectuar cesiones, donaciones o concertar contratos o cualquier otro tipo de liberalidades, como renunciaciones, quitas, esperas, remisiones, etc.”. Para estos tipos de actos entiendo que el Sr. S. A. necesitará de apoyo para la realización de los mismos entendiéndose hasta tanto se revise la presente sentencia, que lo será al solo efecto de poder conformar su voluntad, esto es ayudarlo a elegir lo más beneficioso para él siempre acompañando su propia voluntad. Para **efectuar actos que importen cambiar su estado civil**, contraer matrimonio, reconocer hijos y contraer o reconocer obligaciones alimentarias, si puede ejercer por sí o con asistencia los derechos y obligaciones emergentes de la responsabilidad parental respecto de sus hijos menores o incapaces si los hubiere”. **Para estos tipos de actos si bien no escapa a mi entender que son de tipo estrictamente voluntarios que no deben evaluarse en abstracto sino al momento de realizarse, lleva mi ánimo a entender que también deberá realizarlos con apoyo atento lo crónico y progresivo de su enfermedad. En relación a “intervenir en Juicios de cualquier tipo de jurisdicción voluntaria o contenciosa” requerirá de apoyo en grado de asistencia.** En cuanto a “realizar actos de administración o mera gestión, sean actos simples o complejos (ej.: adquirir elementos de uso diario como para su alimentación y/o higiene, prendas de vestir, adquirir un boleto para viajar con colectivo, cobrar subsidios, pensiones o alquileres, pagar servicios sean o no de los que se acostumbra otorgar recibo, etc.). Para estos actos necesitará la ayuda del o los apoyos a designar variando su intensidad en relación a lo complejo del acto de administración. En relación a “prestar consentimiento para la realización de prácticas y/o estudios médicos que se le propongan y para la ingesta de diferentes tipos de medicación, al igual que si posee conciencia de enfermedad mental, si presenta o no adherencia al tratamiento, si se administra la medicación y utiliza servicios médicos en forma autónoma”. En relación a estos últimos la perito concluye “posee conciencia de enfermedad y adherencia a los tratamientos que realiza, con muy buena disposición. Por su estado psicofísico, sería necesario recibir apoyo, ya sea para administrar medicación como para utilizar servicios médicos” para con lo cual el suscripto concuerda disponiendo la necesidad de apoyo para las tareas mencionadas. Encontrándose cumplido el recaudo legal, corresponde adelantar que restringiré la capacidad de S. A. C. A. –en los términos del art. 32 del Código Civil y Comercial–, destacando que la misma alcanzará a los actos expresamente previstos por mí en esta sentencia. IV.- Asimismo por todo lo expuesto adelanto que considero necesario **establecer un sistema de apoyos dirigido únicamente a asistir a S. A. C. A.** ante tales actos, cargo que en atención a que ha quedado firme la sentencia interlocutoria por medio de la cual se designaba apoyo provisorio del mismo a sus hijas M. S.

A y V. S. A. *será ejercido por las mismas...*” (el destacado no luce en el original).

También deviene necesario señalar que en la parte dispositiva de ese fallo se resolvió que: “1º) *Hacer lugar a la acción de determinación de la capacidad jurídica respecto de S. A. C. A. (...), quien padece Enfermedad de Parkinson, Trastorno depresivo, trastorno cognitivo leve, encontrándose comprendido en la situación prevista en el art. 32 primer párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación restringiéndose parcialmente su capacidad. Por lo tanto de lo expuesto en los considerandos surgen los actos para los cuales necesita de un SISTEMA DE APOYOS. 2º) Establecer un Sistema de Apoyos para la realización de los actos referidos precedentemente, y que por sí solo, no puede ejercer S. A. C. A. Dicho sistema de apoyos, regirá asimismo respecto de aquellos actos que, por su trascendencia, se requiera una especial asistencia a favor del nombrado. Asimismo, con relación aquellos actos que por sus particularidades requieran autorización judicial, podrán incoarse en el marco del presente proceso (arts. 32, segundo y tercer apartado, 37 inc. d Cód. Civ. y Com.). 3º) El Sistema de Apoyo, aquí establecido será desempeñado por M. S. A. y V. S. A. hijas del titular de autos, ya sea en forma conjunta o indistinta. (...) 6º) La presente sentencia será revisada en un plazo de tres años a partir de su notificación, y en virtud de ello y en aras de salvaguardar el ejercicio pleno de la capacidad jurídica, las aquí designadas para desempeñar el sistema de apoyo deberán instar su revisión con anterioridad al vencimiento de dicho plazo legal (art. 40 Cód. Civ. y Com.)...*” (el destacado no consta en el original).

B. En ese orden es dable expresar que, la restricción de capacidad supone que la persona conserva su capacidad, la cual se limita sólo para actos específicos pues no puede limitarse en términos generales, sino para un acto concreto o una serie de actos determinados y debidamente especificados en la sentencia (art. 31, incs. a y b, 32, del CCCN). Por tal motivo, la resolución judicial que restringe la capacidad jurídica de una persona debe especificar el alcance de esa restricción, indicando concretamente los actos, decisiones o derechos susceptibles de limitación, atendiendo a las circunstancias propias y familiares de la persona y determinando la modalidad del o los apoyos designados al respecto (doct. arts. 31, 32, 37, 38, C.C.C.N.; esta Sala causa 123.905, RSD 203/18, sent. del 21/8/2018).

El artículo 32 del CCCN establece, con respecto a los actos sobre los cuales el juez puede disponer la restricción de la capacidad de la persona protegida, que se debe designar el sistema de apoyo o apoyos necesarios, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona y que el o los apoyos nombrados deben promover a la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Ello se condice con las disposiciones previstas en los artículos 2, 5, 12 incs. 2º y 4º de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –CDPD– incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la ley Nº 26.378, y que posee rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Asimismo, ello encuentra también anclaje convencional en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en nuestro ordenamiento legal interno por la ley Nº 25.280; e igualmente se halla en consonancia con la vigente ley de salud mental Ley Nº 26.657 –LSM–.

Ello implicó un cambio de paradigma en la materia en cuanto se debe abordar la determinación de los derechos

de las personas con discapacidad desde la perspectiva de derechos humanos que adopta el modelo social de la discapacidad. Esto significa que la vigencia del principio de capacidad jurídica como derecho humano, también es exigible en favor de las personas con discapacidad – art. 12 CDPD; arts. 3º y 5º LSM– (conf. Código Civil y Comercial de la Nación comentado; Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Marisa Herrera, Directores - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 78).

En especial, el art. 5 de la LSM establece que “La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado”. De ahí la necesidad de incorporar el sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. Ello así pues, “La capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad, la cual es limitada solo para determinado/s acto/s. La excepcionalidad de la restricción no se fundamenta en una característica de la persona, ‘su discapacidad’ (criterio subjetivo), sino en una situación que requiere la reunión de dos presupuestos (criterio objetivo)” (Código Civil y Comercial de la Nación comentado; cit., p. 80).

En ese sentido, cabe señalar que el art. 12, párr. 4 CDPD instituye la obligación del Estado de asegurar que “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”.

A ese fin, el artículo 43 del CCCN prevé un sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad y para la toma de decisiones que tiene como propósito “promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona”.

Precisamente, la función de los apoyos es promover y facilitar el ejercicio de la autonomía, lo cual puede materializarse a través de un sistema de asistencia, de asesoramiento de los actos que se proyecta realizar o, aún, de mero seguimiento o control del ejercicio de la autonomía personal.

En definitiva, el sistema de apoyo para la toma de decisiones no sustituye a la persona con capacidad restringida, sino que se añade a ella como un sistema de protección.

4. A. En orden a lo expuesto, liminarmente es dable aclarar que el señor C. A. S. A. no ha sido declarado incapaz ni en consecuencia se le ha designado un curador –esto es, no se ha declarado que encuentra *absolutamente* imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad–, sino que se le ha fijado un sistema de apoyos, en el cual han sido sus hijas instituidas en ese carácter, cuyo “objetivo no es la ‘protección’ de la persona sino la ‘promoción’ de sus derechos” (obra y autores citados, p. 113) ya que conforme preceptúa el art. 32 de CCCN “el o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida”.

En efecto, el apoyo “tiene como fin que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informarla, colaborar a su comprensión, razonamiento; incluso, si la persona logró formar decisión razonada, el apoyo podría no ser presente en dicho momento de celebración del acto” (ídem).

B. Conforme los fundamentos legales y fácticos expuestos, corresponde confirmar la resolución puesta en crisis con el siguiente alcance, pues siendo que el objeto de los presentes obrados tienen por objeto el cambio de estado civil, acto para el cual el señor C. A. S. A. requiere –conforme lo decidido en la causa sobre determinación de su capacidad– contar con su sistema de apoyo y toda vez que no se advierte en estos obrados la intervención del mismo como tampoco de la señora

Asesora de Incapaces actuante en aquel proceso, considero que corresponde –a fin de evitar nulidades– que en la instancia originaria se confiera la necesaria intervención al mencionado sistema de apoyo y a la Asesora de Incapaces; debiendo seguir la presente causa según su estado siempre que con carácter previo se efectivicen las citadas intervenciones (arts. 2, 5, 12 incs. 2º y 4º de la CDPD; 31, 32, 38, 43 y 103 inc. a) del CCCN; 3 y 5, de la LSM; 34 inc. 5, “b”, CPCC).

Con el alcance indicado, voto por la AFIRMATIVA.

El señor Juez doctor *Banegas*, por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

A la segunda cuestión planteada el señor presidente doctor *Hankovits* dijo:

En atención al acuerdo alcanzado al tratar la cuestión anterior cabe confirmar la resolución puesta en crisis y, a fin de evitar nulidades, corresponde que en la instancia originaria se confiera la necesaria intervención al sistema de apoyo del señor S. A. y a la Asesora de Incapaces interviniente en el proceso de determinación de la capacidad del mismo; debiendo seguir la presente causa según su estado siempre que con carácter previo se efectivicen las citadas intervenciones (arts. 2, 5, 12 incs. 2º y 4º de la

CDPD; 31, 32, 38, 43 y 103 inc. a) del CCCN; 3 y 5, de la LSM; 34 inc. 5, “b”, CPCC). Asimismo, atento el modo de resolver propicio imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 68, 2do. párr., CPCC).

Así lo voto.

El señor Juez doctor *Banegas*, por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

POR ELLO, y demás fundamentos del acuerdo que antecede se confirma la resolución puesta en crisis y, a fin de evitar nulidades, se ordena que en la instancia originaria se confiera la necesaria intervención al sistema de apoyo del señor S. A. y a la Asesora de Incapaces interviniente en el proceso de determinación de la capacidad del mismo; debiendo seguir la presente causa según su estado siempre que con carácter previo se efectivicen las citadas intervenciones (arts. 2, 5, 12 incs. 2º y 4º de la CDPD; 31, 32, 38, 43 y 103 inc. a) del CCCN; 3 y 5, de la LSM; 34 inc. 5, “b”, CPCC). Las costas de Alzada se imponen por su orden atento el modo de resolver (art. 68, 2do. párr., CPCC). Regístrese. Notifíquese en los términos del art. 10 del Ac. 4013/21, texto según Ac. 4039/21, SCBA. Devuélvase. – *Francisco A. Hankovits*. – *Leandro A. Banegas*.

Posthumanismo y extinción del ser humano

El tema del Trans (TH) y el Posthumanismo (PH) ciertamente comienza a delinearse como uno de los tópicos centrales del actual escenario bioético global, fenómeno que se evidencia en la gran cantidad de trabajos publicados al respecto.

En este breve boletín, referiremos a un trabajo de Jon Rueda⁽¹⁾, profesor del Departamento de Filosofía de la Universidad de Granada, quien presenta reflexiones interesantes que dan cuenta de uno de los posibles efectos de algunas de las biotecnologías de las que el TH y el PH proponen para el cumplimiento de sus objetivos.

Planteo de la cuestión

¿Implica el postulado biomejoralista⁽²⁾ del TH y PH un riesgo existencial para el *Homo sapiens*? ¿Existe un riesgo cierto de extinción del *Homo sapiens* asociado a las tecnologías de biomejoramiento?

El asunto de la extinción del *Homo sapiens*, en efecto, no es novedoso, autores como Nick Bostrom han abordado diferentes escenarios en los que determinadas herramientas tecnológicas podría eventualmente suscitar la desaparición definitiva del ser humano como lo conocemos⁽³⁾.

En el trabajo comentado se aborda un supuesto específico y se afirma que la biomejora del ser humano, en efecto, podría desencadenar en su extinción, en línea con la teoría de la evolución, la que se apoya en la convicción de que las especies cambian, evolucionan y en algún punto, eventualmente, desaparecen. A partir de allí, Rueda explica que el impacto acumulativo de las tecnologías de mejora, específicamente las de mejora genética, podría conducir a una alteración definitiva de la especie humana.

¿Es posible crear un posthumano?

Para contestar el interrogante, el autor señala, en primer término, que el *Homo sapiens* es vulnerable a la dinámica de la evolución biológica, la que podría verse acelerada por la utilización de tecnologías disponibles, y aclara que a los fines de su trabajo replica la acepción transhumanista de los términos “especie”, entendido como sustancia moldeable tecnológicamente, y “evolución”, como estadio existencial superador

de las limitaciones naturales del ser humano. En este contexto, el transhumano es propuesto como instancia superadora de las limitaciones del humano pero aún no radicalmente diverso a este. El posthumano, en cambio, es señalado como una entidad absolutamente independiente del humano, sustancialmente diferente.

El medio vislumbrado para la consecución de la evolución posthumanista es el amplio cúmulo de herramientas biotecnológicas disponibles, entre las cuales las herramientas emergentes de ingeniería y edición genética asociadas a CRISPR-Cas 9 permitirían la eliminación de genes específicos no deseados y su reemplazo por otros deseados. Aún más radical sería el impacto del uso de semejantes herramientas en la edición de células de línea germinal, lo que permitiría introducir cambios hereditarios en el individuo intervenido y en toda su descendencia.

Rueda señala que ello podría conducir a la introducción potencial de cambios radicales en la constitución genética humana y a largo plazo, a una diferenciación genética tal que permita el reconocimiento de una especie posthumana específica.

¿Debe crearse un posthumano?

Teóricamente es posible, ahora bien, ¿es éticamente aconsejable?

Las biomejoras son presentadas por los autores del TH y el PH como deseables, en tanto implicarían ventajas concretas para los individuos mejorados. Tal sería el beneficio individual que algunos incluso postulan el deber de mejoramiento⁽⁴⁾. Lógicamente, del beneficio individual se deduciría, entonces, el imperativo de mejora a nivel colectivo.

En el imperativo biomejoralista se advierte una impronta de beneficencia que pareciera conducir necesariamente a la conveniencia de arribar al estadio de posthumanidad en el que valores humanos positivamente ponderados (inteligencia, control emocional, longevidad, creatividad, fuerza física, etc.) se evidenciarían por niveles muy superiores a los naturalmente asequibles por los individuos de la especie humana.

En este punto, Rueda hace una distinción importante entre la posición transhumanista, con un claro acento evolucionista, y la de aquellos que desde una perspectiva no-transhumanista promueve la biomejora: “Un transhumanista puede apoyar la mejora humana debido a sus beneficios y porque es el medio necesario para la consecución de especies superiores, o simplemente porque es un paso causal requerido hacia la existencia transhumana o posthumana. Un no-transhumanista favorable a la mejora, sin embargo, puede abogar por mejoras en función de los beneficios directos para los individuos

(1) Rueda, Jon (2022). *Genetic enhancement, human extinction, and the best interests of posthumanity*. *Bioethics*, 1–10. Disponible en línea en <https://doi.org/10.1111/bioe.13085> [Último acceso el 01/11/2022].

(2) En el presente boletín, los conceptos *mejora* y *biomejora*, así como *potenciamiento* y *biopotenciamiento* son presentados como sinónimos.

(3) Nick Bostrom, *Existential Risks. Analyzing Human Extinction Scenarios and Related Hazards*. *Journal of Evolution and Technology*, Vol. 9, March 2002. Disponible en línea en <https://nickbostrom.com/existential/risks.pdf> [Último acceso el 26/10/2022].

(4) Savulescu, por ejemplo, funda en el “principio de beneficencia procreativa” el deber moral de los padres de concebir a los “mejores hijos posibles”.

y las poblaciones, pero independientemente de si son o no necesarios para lograr un etapa evolutiva posthumana” [La traducción nos pertenece].

Para los últimos, la creación de una especie nueva podría constituir un efecto secundario de la biomejora, pero bajo ningún concepto constituye el fin último, de modo que lo que torna deseable al potenciamiento de las capacidades humanas son las ventajas que implicarían a nivel individual y/o colectivo. Para estos, la aparición del posthumano y la eventual erradicación del ser humano podría contemplarse desde el lente de una especie de “acción de doble efecto”, como un efecto secundario no deseado.

Con conciencia de ello, autores más moderados, como el australiano Nicholas Agar, rechazan el biomejoramiento radical, de algún modo procurando preservar a la especie y la experiencia humana.

En definitiva, para la ponderación ética de las tecnologías de biopotenciamiento –coincidimos con el autor– deben contemplarse necesariamente sus efectos a largo plazo, consideración que ciertamente luce problemática con la valoración del doble efecto referida y quizás subestimada por los promotores de la “mejora no transhumanista”.

El Principio del Mejor Interés de la Posthumanidad y autoextinción

El autor presenta el Principio del Mejor Interés de la Posthumanidad (PMIP) como el “(...) deber moral de orientar la mejora de la especie humana y transhumana hacia la creación de una existencia posthumana sustancialmente más valiosa que sus predecesoras” [La traducción nos pertenece]; y señala que la extinción (autoextinción) humana puede ser considerada, a partir del PMIP, como uno de los mejores intereses de la posthumanidad.

Tomando de referencia al utilitarismo, del cual puede deducirse el autosacrificio como vehículo para la obtención de los resultados deseados, la biomejora podría constituir un medio para acelerar la autoextinción humana y para crear una especie posthumana. Desde esa perspectiva, la eliminación de una especie se ordenaría a un fin ulterior: la aparición de otra superior.

Frente a ello, Rueda presenta tres objeciones que tornan al PMIP poco atractivo y que muestran que seguir un programa completo de evolución posthumana es éticamente inaceptable.

a. Objeción de reemplazo: La aparición del transhumano y la desaparición del ser humano no se constataría como un momento singular de la historia, sino como fenómenos graduales que no serían irrelevantes en términos morales.

Los posibles efectos sociales de semejante transición supondrían la creación de nuevos estamentos jerárquicos y posibles inequidades que contribuirían a relaciones sociales conflictivas, entre las que se prevén las dificultades para el acceso a las tecnologías en sí mismas.

¿Será la relación entre seres humanos y posthumanos pacífica? ¿Se pondrán de manifiesto tensiones y relaciones de subordinación?

b. La objeción de justicia: El equilibrio entre cargas y beneficios podría inclinarse a favor de la posthumanidad desde una posición netamente utilitarista que enfatiza solo la agregación total de utilidades, en desmedro de una justa distribución entre las partes y no favoreciendo a los menos favorecidos.

¿De qué modo podrían competir en el mercado laboral seres humanos “limitados” en sus capacidades físicas e intelectuales con posthumanos biopotenciados, mejorados más allá de los límites naturales del cuerpo y la mente?

El argumento es presentado por el autor como una confirmación de la inconveniencia de la evolución posthumana y se asocia a la preocupación por la justicia intergeneracional y la equitativa distribución de cargas y beneficios.

c. Objeción de “alineación” o “ajuste”: Esta observación consiste en el reconocimiento de una suerte de “localía ética”, según la cual en un contexto de transición evolutiva la especie dominante podría imponer –entre otras condiciones– ponderaciones axiológicas ajenas a las de las especies menos evolucionadas.

Si la ponderación ética muta con el tiempo, es previsible que lo que sea valorado positivamente por el posthumano difiera de lo que es valioso hoy para el ser humano. En una eventual transición entre una civilización y la otra, podrían suscitarse cambios axiológicos conflictivos.

Las mejoras radicales que los humanos contemporáneos podrían valorar para los futuros posthumanos podrían no corresponder a los intereses reales de los futuros posthumanos.

La objeción de alineación se basa en un llamado preventivo a considerar el deber de beneficencia hacia los seres posthumanos y su bienestar y, simultáneamente, a los de los seres humanos.

Algunas ideas de cierre

“Are we [humans] good enough?”⁽⁵⁾

Bostrom enseña que científicos, neurocientíficos, nanotecnólogos e investigadores a la vanguardia del desarrollo tecnológico han comenzado a darle forma a un nuevo paradigma para pensar en el futuro de la humanidad⁽⁶⁾⁽⁷⁾ y para mejorar el funcionamiento de la sociedad⁽⁸⁾, según el cual la especie humana en su forma actual no representa el final de su desarrollo evolutivo⁽⁹⁾.

Los promotores de este nuevo enfoque parten del rechazo de la “condición humana” como constante inmutable, pues advierten que si realidades como la riqueza pueden incrementarse y redistribuirse, las herramientas pueden desarrollarse y perfeccionarse, y la cultura puede cambiar –a veces drásticamente–, la naturaleza humana no debe percibirse como una circunstancia extraña a posibles mutaciones.

La propuesta de los transhumanistas implica la generalización del uso de todas las herramientas biotecnológicas disponibles para mejorar diversas dimensiones de su bienestar cognitivo, emocional y físico. No se trata del uso de aplicaciones para alcanzar los objetivos tradicionales de la medicina y la tecnología, sino de trascenderlos con miras a mejorar radicalmente la naturaleza humana⁽¹⁰⁾.

¿Representa el “futuro posthumano” un progreso en relación con el “presente humano”? El interrogante subyace en gran parte del trabajo comentado.

¿Es compatible la coexistencia de humanos y posthumanos? ¿Cómo compatibilizarlos sin generar distinciones en términos de acceso al trabajo o a las biotecnologías?

¿Estas reflexiones sobre la extinción de la vida humana son pura ciencia ficción o hay proyectos concretos que las impulsan? ¿No son tales proyectos funcionales a una cierta cultura del descarte que termina depreciando a la persona humana?

La consigna del TH y el PH encierra riesgos ciertos para el futuro de la humanidad, ciertos en atención a los resultados lógicos que se deducen de sus propuestas y también por la relevancia que comienzan a tener en importantes centros de pensamiento y formación a nivel planetario.

Como se dijo, para una valoración bioética apropiada, no pueden soslayarse los efectos a largo plazo de las biotecnologías disponibles o previsiblemente disponibles en el futuro. En ese sentido, para prevenir en vez de curar, habrá de prestarse atención a los efectos de la cultura contemporánea, con una base gnoseológica, antropológica y ética determinada, en orden a descubrir su permeabilidad a la propuesta transhumanista.

LEONARDO PUCHETA
www.centrodebioetica.org
7 de noviembre de 2022

VOCES: PERSONA - DERECHO - DERECHOS HUMANOS - ECONOMÍA - BIOÉTICA - TECNOLOGÍA - SALUD PÚBLICA - CULTURA - INFORMÁTICA - DERECHO CIVIL - ORDEN PÚBLICO - PERSONAS JURÍDICAS - PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO - INTERNET - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - FAMILIA - MEDICAMENTOS - INTELIGENCIA ARTIFICIAL

(5) Nick Bostrom y Julian Savulescu. *Human Enhancement Ethics: The State of the Debate*. Op. cit.

(6) Nick Bostrom. *The Future of Human Evolution*. Disponible en línea en <https://www.nickbostrom.com/fut/evolution.html> [Último acceso el 17 de agosto de 2020].

(7) Nick Bostrom. *The Future of Humanity. Geopolitics, History, and International Relations*, Vol. 1, N° 2 (2009): 41-78. Disponible en línea en: <https://www.nickbostrom.com/papers/future.pdf> [Último acceso el 19 de septiembre de 2020].

(8) Nick Bostrom. *What Is Transhumanism?* Disponible en línea en <https://www.nickbostrom.com/old/transhumanism.html> [Último acceso el 20 de septiembre de 2020].

(9) Nick Bostrom. *The Transhumanist FAQ. A General Introduction*. Disponible en línea en <https://www.nickbostrom.com/views/transhumanist.pdf> [Último acceso el 20 de septiembre de 2020].

(10) Nick Bostrom. *Transhumanism: The World's Most Dangerous Idea?* Disponible en línea en: www.nickbostrom.com [Último acceso el 19 de septiembre de 2020].