

CAPÍTULO IX
**RESPONSABILIDAD POR DAÑOS
CAUSADOS A LOS HIJOS EN EL MARCO
DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA**

por GRACIELA MEDINA e IRENE HOOFT

I. Planteo del problema	357
II. Necesidad del debido marco legal	365
III. Diversos supuestos de responsabilidad en la procreación asistida. .	367
I. Responsabilidad por daños a la salud del concebido por la transmisión y/o causación de enfermedades o derivados de la manipulación y/o experimentación con embriones humanos	367
A) La antijuridicidad.	368
B) El daño.	370
C) Legitimados pasivos	373
a) Los padres legítimos.	373
b) Los dadores anónimos	376
c) La madre sustituta.	377
d) Los profesionales y/o equipo médico y/o centro sanitario autorizado	380
D) Jurisprudencia	383
a) Estados Unidos	383
b) Uruguay	387
c) Italia	389
E) Tipo de responsabilidad.	392
F) Opinión en congresos y jornadas.	395
a) XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1991)	395
b) II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (1992)	395
c) VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (1994)	396
G) Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de las Personas (Unesco, 1997)	396

H) Convención para la protección del ser humano en relación con la aplicación de la biología y la medicina (Convención Europea de Bioética, 1997)	397
1) Declaración de Mónaco (2000)	398
2. Responsabilidad por la negativa a reconocer el hijo en la inseminación heteróloga practicada con consentimiento del esposo.	398
3. Responsabilidad en los supuestos de congelamiento de embriones	399
4. Responsabilidad civil por clonación	400

CAPÍTULO IX

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS A LOS HIJOS EN EL MARCO DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA

por GRACIELA MEDINA e IRENE HOOFT

SUMARIO: I. Planteo del problema. II. Necesidad del debido marco legal. III. Diversos supuestos de responsabilidad en la procreación asistida. 1. Responsabilidad por daños a la salud del concebido por la transmisión y/o causación de enfermedades o derivados de la manipulación y/o experimentación con embriones humanos. A) La antijuridicidad. B) El daño. C) Los legitimados pasivos. a) Los padres legítimos. b) Los dadores anónimos. c) La madre sustituta. d) Los profesionales y/o equipo médico y/o centro autorizado. D) Jurisprudencia. a) Estados Unidos. b) Uruguay. c) Italia. E) Tipo de responsabilidad. F) Opinión en congresos y jornadas. a) XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1991). b) II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (1992). c) VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (1994). G) Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de las Personas (Unesco, 1997). H) Convención para la protección del ser humano en relación con la aplicación de la biología y la medicina (Convención Europea de Bioética, 1997). I) Declaración de Mónaco (2000). 2. Responsabilidad por la negativa a reconocer el hijo en la inseminación heteróloga practicada con consentimiento del esposo. 3. Responsabilidad en los supuestos de congelamiento de embriones. 4. Responsabilidad civil por clonación.

I. Planteo del problema

Quizás una de las áreas donde más hondamente ha recalado el desarrollo científico y tecnológico producido en las últimas décadas es la referida a la reproducción humana. Hoy día, constituye una realidad la posibilidad de corregir o suplir la falta de capacidad biológica generativa, mediante el perfeccionamiento y puesta a disposición del

ser humano de las técnicas de reproducción asistida. Es más, aun cuando no esté ausente dicha capacidad, pero exista riesgo de tener hijos con malformaciones, taras o daños graves a su salud, dichas técnicas se presentan como un método al alcance de quienes desean ser padres. He aquí los principales motivos por los que se suele recurrir a estos métodos: en primer lugar, a fin de combatir la esterilidad humana, y en segundo término, en miras de prevenir la transmisión de enfermedades genéticas o hereditarias.

Empero, ello no sólo ha permitido sortear las dificultades y/o riesgos de procrear en forma natural sino que, al mismo tiempo, ha incrementado notoriamente los riesgos en materia de daños. Numerosas inquietudes se han generado con motivo de los avances y vertiginosos adelantos alcanzados por la ciencia, especialmente en torno a las modernas técnicas de manipulación genética y procreación asistida. En la solución de estos “nuevos problemas” se encuentran comprometidos “tradicionales” principios y valores éticos, religiosos y sociales, a los cuales el Derecho no puede ni debe ignorar. Una vez más, se exige al Derecho una respuesta a fin de otorgar el debido y adecuado marco regulatorio.

Estas nuevas cuestiones han suscitado no la sola preocupación y reflexión de los juristas, sino la de los profesionales de otras áreas del conocimiento como la medicina, la biología, la genética, la filosofía, la psicología y demás, reflexión y discusión que se ha dado en el marco de un diálogo interdisciplinario. Este diálogo ha encontrado su cauce con el surgimiento de la bioética¹.

En el presente ensayo nos proponemos realizar apenas una introducción a la temática que gira en torno a la responsabilidad por los

¹ HOOFT, *Bioética y derechos humanos* cit., ps. 3 y ss., quien nos alerta acerca de que “Las nuevas posibilidades que el desarrollo científico-tecnológico abre, constituyen un llamado a la libertad y responsabilidad solidarias del hombre, con miras a lo ‘porvenir’. Frente al vasto aspecto que ofrece la tecnociencia actual, le toca al hombre –y de manera particular al hombre de Derecho– efectuar una elección ética, discernir acerca de los caminos que conducen a una mayor humanización, o asumir por el contrario los latentes peligros de una progresiva cosificación de la existencia. El Derecho, que en esta última instancia se identificará con las posibilidades concretas de realizar la justicia, habrá de contribuir a la creación y promoción de aquellas condiciones que permiten el proceso de personalización” (ob. cit., p. 47).

daños ocasionados al nacido en el marco de la fecundación asistida, cuestión estrechamente vinculada con la tutela de la vida humana desde su origen, aun fuera del seno materno.

Sobre este último aspecto compartimos la opinión de quienes afirman que el comienzo de la vida humana tiene lugar en el momento de su concepción, y que tal vida merece protección, ya sea que se produzca en el seno materno o en forma extracorpórea.

Sin ánimo de reiterar conceptos ya vertidos en otros trabajos², es dable recordar que para la ley civil argentina se es persona desde la concepción. Ello surge principalmente del artículo 70 del Código Civil, y si bien en la fecundación *in vitro* (FIV) no hay concepción en el seno materno, tal circunstancia no es óbice para su aplicación analógica, en mérito a lo dispuesto por el artículo 16 de dicho ordenamiento. A mayor abundamiento, cabe citar el artículo 51 del Código Civil, el cual nos dice que son personas de existencia visible todos los entes que presentan signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades y accidentes –signos evidenciados desde la concepción–. La legislación sancionada con posterioridad viene a confirmar esta postura. En efecto, la ley 23.264 de filiación y patria potestad, en su artículo 264, establece que los deberes-derechos emergentes de la patria potestad tienen como punto de partida la concepción, sin requerir que ésta lo sea en el seno materno³. Tampoco han de soslayarse las previsiones contenidas en la Convención Americana de Derechos Huma-

² Ver: MEDINA, Graciela, *De la naturaleza jurídica y los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales del embrión de probeta*, en VV. AA., *Derecho de Familia* cit., ps. 327 y ss. Puede consultarse asimismo: ZANNONI, Eduardo A., *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Astrea, Buenos Aires, 1978, ps. 89/90; BANCHIO, Enrique C., "Status" jurídico del "nasciturus", en L. L. del 2-4-91; CHIAPERO DE BAS, Silvana M. y TAGLE DE MARRAMA, Victoria M., *La protección jurídica del embrión*, en J. A. 1989-IV-878 y ss.; PARELLADA, Carlos A., *Una aproximación del Derecho de Daños frente al manipuleo genético*, en VV. AA., *Derecho de Familia* cit., ps. 89/90; ANDORNO, *Responsabilidad civil en materia de genética y filiación*, en VV. AA., *Derecho de Familia* cit., p. 384.

³ En las discusiones parlamentarias de la ley 23.264 se tuvo presente la FIV, e inclusive algunos proyectos, como el de Menem-Sánchez, contenían soluciones específicas para las acciones de filiación en caso de fecundación asistida. Ver: BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal de filiación y patria potestad* cit., ps. 264 y ss.

nos –Pacto de San José de Costa Rica–, el cual en su artículo 4, numeral 1, reconoce el derecho a la vida, a partir del momento de la concepción, y lo normado por la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 2 define por niño a todo ser humano desde su concepción hasta los 18 años, ambos documentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Const. Nac. reformada en el año 1994).

Siendo así, consideramos que el *nasciturus* tiene un ámbito de capacidad mucho más amplio que el que podría inferirse del texto del artículo 64 del Código Civil; es más, sostenemos que a la persona por nacer le es aplicable íntegramente lo dispuesto por los artículos 52 y 53 del Código citado, los cuales se refieren no sólo a la capacidad de hecho sino de derecho⁴. Como corolario, al embrión formado en el seno materno o fuera de él debe reconocérsele el derecho a la dignidad y a la salud e integridad; la violación del derecho a la salud ha de generar el consecuente resarcimiento.

Sin embargo, partiendo de la distinción entre “vida humana” y “ser humano”, no faltan autores que estiman que apenas concebido el

⁴ RIVERA, Julio C., en *Código Civil comentado, anotado y concordado*, dirigido por Augusto C. Belluscio, Astrea, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 331, comentario al art. 64; CIFUENTES, Santos, *El “nasciturus” (las personas por nacer)*, en E. D. 15-956. Criterios análogos han sido expuestos en la jurisprudencia italiana, frente a normas similares a nuestros arts. 64 y 70. Cód. Civ. Así, el Tribunal de Verona resolvió un caso en el cual se planteó el derecho del nacido a obtener el resarcimiento por las lesiones sufridas durante su vida fetal. La sentencia, dictada el 15-10-90, sostuvo que la discusión en doctrina y jurisprudencia acerca de la titularidad del derecho en cabeza del nacido pone en evidencia la discrepancia existente entre el art. 1º del Cód. Civ. italiano, que claramente subordina la adquisición de su capacidad jurídica –para determinados y especiales efectos– al nacimiento con vida, y el art. 2º de la Constitución, el cual confiere tutela a todo ser humano sin condicionamiento alguno. El tribunal estimó que, a fin de establecer si el *nasciturus* es titular del derecho al resarcimiento por el daño causado durante su gestación, ha de meritarse si el daño sufrido constituye un “daño injusto”, concluyendo que, objetivamente, no puede negarse que el daño irrogado al *nasciturus* es contrario a derecho, siendo que el art. 11 de la ley 194/1978 declara que la vida humana es tutelada desde su inicio. Por lo cual, tratándose de un daño injusto resulta viable su resarcimiento, aclarando que la norma del Código Civil antes citada puede ser aplicada a casos diversos a los que la misma enumera (*Foro Italiano* 19991-I-261. Ver CENDON, *Il Diritto Privato nella giurisprudenza...* cit., Cap. IV, p. 76).

embrión, éste no merece idéntica protección a la otorgada por nuestro Derecho a la persona humana, a la cual recién se haría merecedor una vez producida su implantación en el útero de una mujer. En tal orden de ideas, el profesor Bueres ha dicho que, no obstante coincidir con Zannoni en punto a una eventual posibilidad de reforma del Código Civil, discrepa en cuanto al análisis del mencionado cuerpo legal, juzgando que los artículos 63 y 70 son terminantes al otorgar relevancia a la concepción en el seno materno, de donde el acto fecundatorio extracorporal sería insuficiente para que la ley le acuerde personalidad al elemento así conformado por la unión de ambos gametos. Consecuentemente, en su opinión, la implantación en el claustro materno marca el momento determinante de la aplicación de, la cualidad jurídico-formal al soporte óntico⁵. Más recientemente, ha reiterado su postura al decir que la persona humana ha de tener origen al formarse el embrión, oportunidad en la cual puede estimarse que existe un ser humano distinto de sus antecesores, pues hay unidad genética⁶.

A fin de clarificar los conceptos vertidos, cabe señalar que se denomina preembrión al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo, desde que es fecundado⁷ hasta transcurridos 14 días, momento en el que se forma el surco neural, cuando se produce

⁵ BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Depalma, Buenos Aires, 1979, t. I, ps. 119/120. En sentido coincidente se ha expedido BÍSCARO, Beatriz R., *Fecundación asistida. Algunas cuestiones vinculadas a la responsabilidad en el marco normativo vigente*, en ALTERINI y LÓPEZ CABANA (dirs.), *La responsabilidad* cit., p. 150, quien dice que "lo cierto es que el embrión en tanto tiene potencialidad para convertirse en un ser humano, una vez implantado en el útero de la mujer, debe ser objeto de protección legal. No obstante, no parece que las normas citadas (arts. 54, 63, 70, Cód. Civ.) alcancen para proteger el embrión cuando la fecundación se procure extracorporalmente".

⁶ BUERES, ob. cit. en nota anterior, 2ª ed. corregida y ampliada, Buenos Aires, 1992, p. 286, quien añade "que existen dificultades insoslayables para fijar un momento exacto y uniforme con respecto a la producción de la división celular; pues ella varía de un caso a otro [...] Esto pone en evidencia que la reproducción no es un *suceso* (o un momento), sino un *proceso* [...] El legislador tendrá que establecer un tiempo en forma convencional".

⁷ La fecundación constituye un proceso que va desde que entra la cabeza del espermatozoide en el citoplasma del óvulo hasta la fusión de los dos pronúcleos. Su duración oscila entre 12 y 24 horas, pudiendo extenderse hasta 36 o 48 horas.

su anidación o implantación en el endometrio uterino. A partir de allí surge el llamado embrión, que constituye la fase de desarrollo en la cual se inicia la organogénesis, cuya duración es de aproximadamente dos meses y medio. Por último, se entiende por feto a la fase más avanzada de desarrollo, donde tiene lugar la maduración de los órganos ya formados⁸. Antes de la etapa embrionaria se sostiene que la individualidad no se encuentra determinada.

Fácilmente se advierte que la toma de posición en relación a este delicado aspecto presenta especial interés por su trascendente repercusión al momento de decidir sobre las innumerables posibilidades que nos abre la ciencia moderna, y sus eventuales consecuencias jurídicas, entre ellas el derecho a reclamar el resarcimiento de los daños irrogados al concebido en el seno materno o fuera de él.

En un precedente judicial local, fallado el 3 de diciembre de 1999 por la sala I de la Cámara Nacional Civil, se debatió el tan polémico destino de los embriones congelados existentes en los centros de fertilización. Impetrada la acción por un particular, ajeno a toda práctica de reproducción asistida, el tribunal de primera instancia acogió la demanda, entendiendo que el órgano judicial debe arbitrar las medidas pertinentes “desde la perspectiva de la necesidad de protección de los seres humanos en su etapa de concepción”. A partir de allí, ordena el magistrado que toda actividad dirigida a la generación artificial de personas sea puesta a consideración del juez civil para que éste autorice el tratamiento de fertilización y sus etapas –y, en particular, el descongelamiento de óvulos fecundados–. Recurrido el decisorio por un centro de fertilización, el tribunal de alzada lo confirma, si bien circunscribe su alcance a la cuestión atinente a los óvulos ya fecundados y congelados. El órgano de apelación dispuso la realización de un censo de embriones y ovocitos pronucleados en la Ciudad Autónoma

⁸ Conforme definiciones propuestas por el proyecto de Arribere, Salvutsky y Girón, citado por ROMANO, Elizabeth y GAMBINO, Eugenia, *Responsabilidad de los biotecnólogos*, en GHERSI, Carlos A. (dir.) y colaboradores, *Responsabilidad profesional*, Astrea. Buenos Aires, 1996, t. 3, ps. 4/5. Distinciones coincidentes con el dictamen emitido por el comité de ética, conforme al informe del año 1986, de la American Fertility Society, y los informes de la Comisión Warnock (Inglaterra), de la Comisión Waller en Australia, y la propuesta del Consejo de Europa.

de Buenos Aires, conservados artificialmente, con individualización de los dadores y profesionales actuantes. A su vez, señaló la prohibición de toda acción que sobre los embriones y ovocitos en cuestión implique su destrucción y experimentación, añadiendo que toda disposición material o jurídica de los mismos debía concretarse con intervención del Ministerio Público Fiscal y conforme a principios establecidos en la sentencia. Finalmente, comunicó la decisión al ministro de Salud y Acción Social de la Nación, imponiendo al ministro de Justicia la necesidad de concretar una legislación que aborde las cuestiones suscitadas por la utilización de las técnicas de fecundación asistida⁹.

En la órbita internacional hemos de aludir al ya conocido caso “Davis”, resuelto por la Suprema Corte de Tennessee, en el año 1992, donde se dijo que los preembriones no son personas, no obstante merecer un “especial respeto debido a su potencial como vida humana”¹⁰. Al mismo tiempo, reconoció a sus progenitores el derecho a disponer su destino dentro del marco fijado por la normativa legal –en esa instancia, reconciliado el matrimonio, ambos peticionaban se los autorizara a donar los preembriones a una pareja sin hijos–. La Corte consideró que todo conflicto sobre el destino de los preembriones *in vitro* debe resolverse conforme a los siguientes criterios: 1º) teniendo en cuenta las preferencias de los progenitores; 2º) en caso de disputa, cumpliéndose el acuerdo previo al que hubieren éstos arribado; 3º) de no existir acuerdo: sopesando los intereses de las partes en utilizar o no los embriones, sin dejar de hacer la salvedad de que, por regla, deberá hacerse lugar a lo solicitado por quien quiere evitar la procreación, suponiendo que la otra parte tiene una posibilidad razonable de alcanzar la paternidad por otros medios; de no existir tal posibilidad, debería autorizarse el embarazo.

Más cercanamente, la Corte de Apelación de Nueva York se pronunció por primera vez sobre el destino de preembriones congelados

⁹ Fallo publicado en E. D. 163-229, con nota de Eduardo M. Quintana. Puede consultarse, asimismo: LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana. *Protección de la vida humana extrauterina: aciertos de los primeros precedentes jurisprudenciales argentinos. La tutela del valor “vida”, los legitimados por intereses difusos y la vía del amparo*, en J. A. del 12-7-2000, N° 6202.

¹⁰ 842 SW2d at 597, 604 (Tenn. 1992).

in re “Maureen Kass vs. Steven Kass”, en mayo de 1998. Durante la vigencia del matrimonio se habían creado preembriones que quedaron congelados desde hacía ya cinco años. Producida la separación de la pareja, la mujer requirió a la justicia su implantación, alegando que ésta era su única posibilidad de asumir la maternidad genéticamente propia, a lo cual su ex esposo se opuso rotundamente. La Corte citó diversos precedentes de los tribunales norteamericanos –entre ellos el caso “Davis”–, recordando que la regla más reciente reportada en el “New York State Task Force on Life and the Law” establece que, mientras la regulación de los bancos de gametos requieran instrucciones específicas para su disposición, ningún preembrión debe ser implantado, o destruido, o usado en investigación mediando objeción de alguno de los individuos que ejercen la facultad pertinente¹¹. Aclaró que la disposición en juego no implicaba el ejercicio de los derechos de la mujer a su privacidad e integridad física en el área de la reproducción, no siendo reconocidos los preembriones como personas a los fines constitucionales¹². Concluye, finalmente, en que los acuerdos entre los progenitores, o dadores de gametos, determinando el destino y/o uso de los preembriones, se presumen válidos y deben resolver las eventuales disputas entre los interesados. Siendo así, se atuvo al acuerdo previo suscripto por los litigantes, en virtud del cual se resolvió la entrega de los preembriones al IVF Program, con propósitos de investigación.

Ahora bien, entre los numerosos daños que pueden originarse a raíz de la manipulación genética, y específicamente por el uso de técnicas de fecundación asistida, cabe mencionar los siguientes: la manipulación genética con el objeto de seleccionar ciertos rasgos de la prole –cuando son valorados como superiores por razones de diversa índole–, la realización de prácticas eugenésicas¹³, los derivados de la

¹¹ *Assisted reproductive technologies: Analysis and recommendations for public policy* (april 1998), at. 317/320.

¹² “Roe vs. Wade”, 410 US 113, 162; “Bryrn vs. New York City Health & Hosp. Corp.”, 31 NY2d 194, 203, Appeal dsmd 410 US 949.

¹³ Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Reflexiones sobre algunos efectos jurídicos de las investigaciones genéticas*, en J. A. 1994-IV-735, VII; MEDINA, Eugenesia... cit.; ROMEO CASABONA, Carlos M., *Del gen al Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Cap. IV, *Prácticas de eugenesia*, ps. 235 y ss.

clonación, de la octogénesis –esto es, la posibilidad de completar la formación del feto *in vitro*–, de la selección de sexo, los daños genéticos y por transmisión de enfermedades al concebido, las cuestiones atinentes a la determinación de la filiación en supuestos de inseminación artificial heteróloga, los planteos referidos a la maternidad subrogada, la dación de gametos y su anonimato, el congelamiento y la destrucción de embriones, los límites y licitud o ilicitud de recurrir a tales métodos, entre otras.

Dentro de este amplio espectro, el cual conlleva a una indudable ampliación del ámbito del Derecho de Daños, analizaremos exclusivamente los aspectos relativos a la responsabilidad civil involucrada frente a los hijos nacidos mediante las modernas técnicas de fertilización. Quedarán así comprendidos los diversos supuestos de daños generados al nacido, por cualquiera de los intervinientes en el proceso de procreación no natural, y específicamente trataremos: a) la responsabilidad por daños a la salud del concebido, ya sea por la transmisión y/o causación de enfermedades, u otros derivados de la manipulación y/o experimentación con embriones humanos; b) la eventual responsabilidad por la impugnación de la paternidad en la inseminación heteróloga; c) los daños derivados del congelamiento de embriones, y d) la responsabilidad en los supuestos de clonación.

Ello sentado, y antes de abocarnos de lleno al tema que nos convoca, una vez más hemos de reiterar que las posibles soluciones a adoptar no han de olvidar el debido respeto, en todo momento, a la dignidad de la persona por nacer y el interés supremo del niño concebido, como así también el respeto al patrimonio genético de la humanidad¹⁴. Estas directivas habrán de orientar, a nuestro entender, las respuestas jurídicas de esta nueva problemática.

II. Necesidad del debido marco legal

En los últimos tiempos hemos sido testigos de la creciente preocupación de los autores por encauzar, dentro de un marco jurídico adecuado, todo lo concerniente a las nuevas técnicas de reproducción

¹⁴ MEDINA. *¿Existe un derecho subjetivo a la procreación?... cit.*

humana. Ello obedece no sólo a su gran difusión sino –y principalmente– a las complejas y controvertidas cuestiones que éstas suscitan desde un punto de vista ético-jurídico. Sin embargo, cabe reconocer que pese al largo tiempo transcurrido desde su surgimiento, e incesante reclamo desde el ámbito académico, no existe en nuestro país reglamentación legal.

Los diversos proyectos legislativos en la materia no han logrado su sanción en el Congreso, lo cual hace que la actividad en cuestión se desenvuelva en un marco de libertad, prácticamente absoluta, tanto por parte de los sujetos que recurren a tales técnicas como por quienes las llevan a cabo. En otras palabras, frente a la total ausencia de lineamientos normativos, los límites quedan circunscriptos a los imperativos de conciencia de los particulares y de los profesionales actuantes. Desde ya que, desde ningún punto de vista, ello importa una dispensa al debido respeto a las normas constitucionales que protegen el derecho a la vida, a la dignidad, a la salud y a la identidad de las personas.

Compartimos la opinión de Mosset Iturraspe, quien si bien reconoce que la regulación del tema no es simple ni pacífica, “lo particular y preocupante es que mientras tanto se espera, o se debate, o se busca ‘lo mejor’, la asistencia a la fecundación continúa realizándose, del modo o manera que cada ‘grupo médico especializado’ considera más conveniente o razonable, más útil o provechoso para la pareja requirente o para cualquier persona que desee una atención semejante. Y los peligros son ciertos, por la ansiedad de los padres, por un lado, y, por otro, por la actividad crematística –de empresa– que las clínicas especializadas cumplen”¹⁵.

Personalmente, estimamos que las nuevas posibilidades tecnológicas que se han abierto en el campo de la biomedicina reclaman la reglamentación por parte del legislador, para evitar que un recurso incontrolado de esas técnicas conduzca a consecuencias imprevisibles para la sociedad civil y para la dignidad humana. Los grandes valores que deben inspirar la intervención del legislador son: el derecho a la

¹⁵ MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños* cit., t. III, *El acto ilícito*, Cap. II, *Accidentes en la procreación (en el origen de la vida)*, p. 43.

vida e integridad psicofísica de todo ser humano, desde su concepción hasta su muerte, como también la prohibición de investigaciones y experimentaciones que afecten la dignidad de la persona humana¹⁶.

III. Diversos supuestos de responsabilidad en la procreación asistida

1. Responsabilidad por daños a la salud del concebido por la transmisión y/o causación de enfermedades o derivados de la manipulación y/o experimentación con embriones humanos

El panorama que se presenta en el ámbito de la reproducción humana asistida difiere radicalmente de los cuestionamientos que surgen frente a la eventual responsabilidad de los progenitores en el marco de la concepción natural¹⁷. Gran parte de las objeciones y argumentos esgrimidos por cierta doctrina para fundar su rechazo en la reproducción natural¹⁸ se diluyen en los supuestos ahora tratados.

¹⁶ HOOFT, ob. cit. en nota 1, ps. 45/46, quien destaca que “la ambivalencia que caracteriza a todo desarrollo tecnológico y científico, se manifiesta también aquí, en la medida en que estos nuevos descubrimientos pueden tanto contribuir así a un desarrollo más pleno del hombre como a una *peligrosa y creciente ‘cosificación’ de la existencia*”, por lo cual *debe preservarse la dignidad inalienable de todo hombre “que siempre es y debe constituir un fin y no un medio o instrumento al servicio de otros fines”*.

¹⁷ Sobre el particular ver: MEDINA, Graciela y HOOFT, Irene, *Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural (la jurisprudencia italiana, norteamericana y canadiense)*, en VV. AA., libro homenaje a la Dra. María Josefá Méndez Costa, en edición.

¹⁸ Por la tesis negativa, en la concepción natural, se pronuncian: ZANNONI, Eduardo A., *Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (Con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)*, en VV. AA., *Derecho de Daños* cit., p. 625; FERRER, *Procreación asistida...* cit., p. 73; SAUX, Edgardo y GUERÍN, María, Comisión de Derecho de Daños: temática B: *El daño genético*, en *Libro de Ponencias del Congreso Internacional “La persona y el Derecho en el fin de siglo”*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1996, p. 133; TOBIAS, *Acerea de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de hijos contra padres...* cit.; MOSQUERA VÁZQUEZ, *Derecho y genoma humano* cit., p. 85; MAKJANICH DE BASSET, Lidia N., *Daño genético. Luces y sombras de la doctrina de la inmunidad parental*, en VV. AA., *La responsabilidad* cit., ps. 165 y ss. Con respecto a las taras hereditarias: HIGHTON, *La salud, la vida y la muerte...* cit., ps. 191/192, y nota 53 de p. 193.

Es que cuando los futuros padres acuden a las técnicas proporcionadas por la nueva genética deben extremar los recaudos a fin de evitar cualquier potencial daño a su prole. Como claramente pone de manifiesto Pantaleón Prieto, “es posible que el niño nacido tarado no pueda reprochar a sus padres el haberlo hecho participar sin su consentimiento de esa ‘lotería de Babilonia’ que es venir al mundo como la Naturaleza lo ha programado; pero sólo si es la Naturaleza, no la técnica, la que ha organizado el sorteo”¹⁹.

De cualquier manera, el catálogo de potenciales legitimados pasivos se amplía considerablemente. Los daños a la salud del nuevo ser pueden obedecer, no sólo a un actuar doloso o culposo de los padres, sino que por el contrario, las más de las veces, se verán involucrados los profesionales médicos y centros de salud donde se llevan a cabo los procedimientos de fecundación asistida, e incluso los dadores de gametos en la inseminación heteróloga. Trataremos cada uno de estos supuestos en forma particular.

A) *La antijuridicidad*

En nuestro Derecho se observa la ausencia de normas específicas que regulen la responsabilidad de los progenitores y/o de terceros por los daños a los nacidos mediante técnicas de fecundación asistida, por lo cual juzgamos que todo planteo resarcitorio deberá ser resuelto a la luz de los principios generales que gobiernan la responsabilidad civil. Asimismo, nuestro ordenamiento legal carece de norma alguna que exima a los padres del deber de reparar los daños injustamente causados a sus hijos.

Cabe aludir aquí al deber jurídico que, conforme a la mayoría de los autores y jurisprudencia nacional, se encuentra implícito en nuestro Derecho, como traducción de la máxima de Ulpiano *alterum non laedere*

¹⁹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Procreación artificial y responsabilidad civil*, p. 276, quien concluye el pensamiento de Giesen, diciendo: “Quien sin la sabiduría y previsión de los dioses, desempeña el papel de los dioses, no puede ampararse en la voluntad de los dioses para gozar de la impunidad de los dioses” (p. 273), cit. por PARELLADA, ob. cit. en nota 2, p. 413, y BANCHIO, Enrique C., *Daño genético y responsabilidad civil*, en BUERES (dir.), *Responsabilidad por daños* cit., p. 169, nota 25.

–no dañar a los demás²⁰–. Éste importa el deber de conducirse de modo tal que su comportamiento no ocasione perjuicio a los demás, regla que en nuestro sistema jurídico goza de raíz constitucional, conforme ha dicho la Corte Suprema de Justicia²¹. En efecto, el artículo 19 de la Carta Magna argentina reza que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, *ni perjudiquen a un tercero*, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...”

Lo expuesto lo es sin desmedro de advertir que, tal como afirma Zannoni, las soluciones que en el estado actual pueden proponerse podrán variar de existir un marco regulatorio de los límites y utilización lícita de las nuevas técnicas de fecundación asistida, el cual puede introducir nuevas pautas de antijuridicidad²².

En suma, la circunstancia de que quienes aporten el material genético –sea la propia pareja o un dador de gametos– conozcan o deban conocer la potencialidad de transmitir alguna tara o enfermedad grave a sus hijos, no obstante lo cual permiten la fecundación asistida, los hace responsables por tal acontecer. Desde otro ángulo, cabe atribuir responsabilidad a los profesionales médicos, equipo de salud y establecimiento donde se desarrollen los procedimientos, por cualquier

²⁰ En sentido coincidente se han expedido: ZANNONI, ob. cit. en nota 18, p. 625, y en *El daño genético y por transmisión de enfermedades*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 1, *Daños a la persona*, p. 155; ANDORNO, ob. cit. en nota 2, p. 390; SAUX, Edgardo I., *Responsabilidad por transmisión de enfermedades*, en ALTERINI y LÓPEZ CABANA, *La responsabilidad* cit., p. 630; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, *Responsabilidad derivada de la biotecnología*, en *La responsabilidad* cit., p. 198; BÍSCARO, ob. cit. en nota 5, ps. 149/150.

²¹ CSJN, *in re* “Santa Coloma, Luis F. y o/s. vs. Empresa Ferrocarriles Argentinos” del año 1986, citado en los fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998; ALTERINI y LÓPEZ CABANA, *Cuestiones de responsabilidad civil en el Derecho de Familia* cit.

²² ZANNONI, ob. cit. en nota 18, p. 625. Agrega el citado autor que “hoy en nuestro país, sin normas que regulen la prestación de esas técnicas, se puede afirmar que toda atribución de responsabilidad civil se debe realizar en el marco del *neminem laedere* en el contexto de un concepto objetivo de antijuridicidad. Si por hipótesis, se sancionaran normas que pusiesen condiciones o límites a la utilización de las técnicas o a la manipulación genética, esas normas incorporarán expresa o implícitamente nuevas pautas de antijuridicidad”.

falta imputable a los mismos que genere un daño al nacido. A igual conclusión cabe arribar respecto de quienes autoricen, consientan y/o realicen cualquier manipulación y/o experimentación con los embriones, por los daños que tales prácticas puedan acarrear al concebido.

Por último, siguiendo a Andorno, consideramos que encontrándose involucrado el pleno e irrestricto respeto a la persona humana, cuya protección es reconocida por nuestro Derecho desde el momento mismo de la concepción, cabe rechazar toda cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad por daños originados en la reproducción asistida²³.

B) *El daño*

Entre los diversos derechos que se ponen en juego al recurrirse a las técnicas de fecundación asistida se encuentra el derecho humano a la salud, al cual, en principio, debe subordinarse el derecho a la procreación. Ello otorga fundamento constitucional a los derechos invocados por los afectados.

El derecho a la salud e integridad física es objeto de reconocimiento en la Carta Magna argentina y en los diversos tratados a los cuales nuestro ordenamiento jurídico ha acordado jerarquía constitucional a partir de la reforma operada en el año 1994 (art. 75, num. 22 de la Const. Nac.)²⁴. En el Preámbulo de la Organización Mundial de la Salud (OMS) se afirma que “el beneficio de gozar de elevados niveles de salud es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano,

²³ ANDORNO, ob. cit. en nota 2, p. 399.

²⁴ La salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales en materia de derechos humanos, que ahora gozan de jerarquía constitucional (art. 75, num. 22 de la Const. reformada en el año 1994), a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos, ONU, 1948, arts. 3 y 8; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, nums. 1 y 2, ap. D; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 4, numeral a; 5, numeral 1, y 26; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24, inc. 2. En suma, dentro de los derechos humanos fundamentales reconocidos en los diversos documentos que tienen aplicación en el ámbito interno del Estado argentino se encuentra el derecho a la salud física y mental. Es dable recordar la ya clásica definición del concepto de salud dada por la OMS, interpretando por tal no la simple ausencia de enfermedad, sino ya el “equilibrio físico-psíquico y emocional”.

sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica²⁵, derecho cuya violación era históricamente apreciada mediante las agresiones físicas que causaban una lesión en el cuerpo, y que, hoy en día, ha adquirido una nueva dimensión en su faz preventiva, relacionada con el derecho a la calidad y dignidad de vida²⁶.

En aquellos casos en que la responsabilidad sea afirmada por el hijo frente a sus padres se ven comprometidos el derecho a la procreación²⁷ y planificación de la propia reproducción, y el derecho a una vida normal y disfrute de la salud del hijo por nacer. Dilema frente al cual nos pronunciamos a favor del derecho a la salud del nacido, el cual debe operar como límite a la libertad de procreación en cuestión. Juzgamos acertadas las palabras del profesor Zannoni, quien nos dice que "sería irrazonable el empleo de técnicas de fertilización asistida con absoluta libertad, sin controles ni prevenciones, de modo que prevaleciera un derecho a procrear sin atender los intereses de la salud del futuro hijo, que no viene a este mundo como consecuencia del ejercicio de la libertad sexual de sus padres sino de un acto médico que se pudo y se debió evitar"²⁸.

Cuando el reclamo sea impetrado por el concebido contra los profesionales médicos y/o equipo de salud y/o institución donde se llevaron a cabo los procedimientos de fecundación, consideramos de aplicación las directivas elaboradas por la doctrina y jurisprudencia sobre responsabilidad médica en general. Ello sin perjuicio de las especificaciones que efectuaremos más adelante.

Dentro de este esquema, descartamos de plano todo intento de

²⁵ Ver BERLIGNER, *Ética de la salud* cit., p. 31, cit.

²⁶ SAUX, Edgardo L., *Responsabilidad por transmisión de enfermedades*, en *La responsabilidad* cit., ps. 629 y ss. Sobre los alcances y numerosos puntos de vista a partir de los cuales se ha intentado definir el concepto de "calidad de vida", ver *Quality of life. The new medical dilemma*, James J. Walter y Thomas A. Shannon, Paulist Press, Estados Unidos, 1990.

²⁷ Arson de Glinberg, en *La libertad de procreación* cit., remarca que la importancia de la procreación en la actualidad deriva de las experiencias genéticas, biológicas y sociales que la abarcan. Las demandas de una libertad de procreación se extienden a todos los aspectos de la reproducción: concepción, gestación, parto y crianza de los hijos. Tal derecho a la procreación comprende la libertad de decidir si procrear o no, cuándo hacerlo, con quién y por qué medios.

²⁸ ZANNONI, ob. cit. en nota 18, p. 631.

trasladar los criterios que, elaborados en torno a la responsabilidad en casos de reproducción natural, fundamentan el rechazo de toda reparación argumentando que el niño nacido con malformaciones, taras o enfermedades no existiría de no mediar el proceso de fecundación asistida. En tal sentido, se afirma la no concurrencia de daño resarcible por parte del hijo, introduciéndose la idea de que el “don de la vida neutraliza la lesión”. Se dice, pues, que la vida no puede considerarse como daño por más defectos o enfermedades con que haya sido concebida, toda vez que “es mejor nacer deficiente que no vivir”. Así, la postura asumida por parte de la doctrina italiana, la cual entiende que no media alteración disvaliosa para la presunta víctima, ya que la alternativa a no nacer defectuoso es no nacer, agregándose que “es preferible la más miserable de las existencias a la no existencia”²⁹. Razonamientos análogos se aprecian en la justicia norteamericana en relación a las *wrongful life actions*, tal como veremos más adelante³⁰.

A nuestro criterio, dicho argumento resulta a todas luces inatendible. Hemos de hacer propias las palabras de Parellada al decir que “mirado desde un ángulo de la fe, todo dolor significa una alabanza a Dios, pero ello no implica que no deban repararse los daños que se causan a los semejantes. No hay una razón jurídica para sostener que es mejor vivir deficiente que no vivir”³¹, siendo en definitiva una cuestión que corresponde sea evaluada por el damnificado.

Como ya dijéramos en oportunidad de ocuparnos de la responsabilidad de los progenitores por los daños a la salud a los hijos, en el marco de la concepción natural³², creemos que aun concediéndose que la alternativa al nacimiento con defectos o taras fuera la no existencia, una vida con terribles cargas y sin beneficios compensatorios para una

²⁹ En efecto, se dice que “anche il piú misero essere vale piú del non essere”.

³⁰ En tal sentido, la Corte de Maryland, *in re* “Kassama vs. Magat” (2001), expresa que en las *wrongful life actions* el daño es la vida misma. Y que el razonamiento esbozado a fin de fundar tales reclamos no pretende demostrar que, de no haber sido por la negligencia médica, el niño hubiera nacido sano, sino que presupone que, de no haber sido por la conducta negligente, el niño no hubiera nacido.

³¹ PARELLADA, ob. cit. en nota 2, p. 412. Ver, asimismo, BANCHIO, ob. cit. en nota 19, ps. 171/2.

³² Ver MEDINA y HOOFT, ob. cit. en nota 17.

persona en particular puede ser vivida por ésta como un mal no preferible a su no existencia misma³³. Circunstancia esta última que legitima al sujeto afectado a impetrar el pertinente reclamo indemnizatorio contra cualquiera de los sujetos que participaren en el proceso de fecundación.

Mayor fuerza cobra tal deber resarcitorio cuando se trata de la responsabilidad de los profesionales médicos o centro autorizado. Basta remarcar que, de seguirse un criterio similar al esbozado en relación a la responsabilidad de los progenitores —el cual de todos modos rechazamos—, su exoneración habría de llevarnos a la sinrazón de que, en tanto los padres estarían legitimados a reclamar por los daños que el negligente accionar de los facultativos les ha ocasionado, la víctima directa y principal de tal actuación se vería absolutamente desprotegida. Ello sin perjuicio de destacar la incorrección que subyace en la comparación de la vida deficiente con la inexistencia, lo cual denota una confusión inadecuada entre la causa —constituída por el empleo de material genético afectado o el error o accidente en su manipulación— y la condición que posibilita o facilita el desenvolvimiento de la causa —en tanto el hecho de haber sido concebido no es sino la condición que permite el desarrollo de la lesión—. Acertadamente señala Pantaleón Prieto que “la generación del nuevo ser sólo hace posible la lesión, no la neutraliza ni la compensa”³⁴.

C) *Legitimados pasivos*

a) *Los padres legítimos*

En la mayoría de los casos no serán los padres los demandados

³³ Joel Feinberg —citado por Dan W. Brock en conferencia pronunciada en la Universidad Torcuato Di Tella, en octubre de 2000, *Ethical obligations to prevent genetically transmitted harms*— ilustra la cuestión imaginando el siguiente escenario: “una persona que está muriendo y se enfrenta a Dios, debe tomar la decisión de ser reencarnado con la enfermedad de Tay Sachs o ver su vida extinguida en forma inmediata y permanente”. Feinberg estima que la mayoría de las personas elegirían la inmediata extinción, ya que aun cuando la “no existencia” no constituya una condición con cierta calidad de vida —buena, mala o indiferente—, puede ser mejor o peor que la calidad de vida dada a un chico que reclama el derecho a ser resarcido, en el marco de una *wrongful life action*.

³⁴ PANTALEÓN PRIETO. cit. por PARELLADA, ob. cit. en nota 2, p. 414.

por los daños a la salud de su hijo. La realidad nos muestra que éstos se mantienen ajenos tanto respecto de los procedimientos propios de la fecundación asistida, que es llevada a cabo por un equipo de especialistas, como del control de la calidad y defectos que pudiere presentar el material genético por ellos aportado, y más aún cuando éste es obtenido a través de un dador de semen u óvulo.

Por ende, creemos que su responsabilidad sólo podría surgir en el supuesto, poco probable, de que los progenitores tuvieran conocimiento del riesgo de transmitir una enfermedad genética o infecciosa a su prole, y no obstante ello insistieran en la realización de la fecundación con su propio material genético —al igual que cuando tal insistencia lo fuere sabiendo del riesgo en relación al material aportado por el dador de gametos—. Desde ya que, especialmente en lo que concierne a la madre, ésta podría verse sujeta a una acción indemnizatoria por los daños prenatales que pudiere causar a sus hijos —esto es, los que tienen lugar una vez concebido e implantado en su útero, y hasta su nacimiento—, hipótesis que no presenta peculiaridades de trascendencia que la distinguan de los casos de gestación subsiguiente a la reproducción natural³⁵.

Como puede apreciarse, si bien reiteramos nuestro parecer favorable al reconocimiento del derecho a la procreación, tanto en el marco de la procreación natural como asistida, no debemos olvidar que en ambos casos el aspecto central reside en el establecimiento de sus pertinentes límites. Al igual que todo derecho subjetivo y personalísimo, el derecho a la procreación no resulta ilimitado sino que, por el contrario, encuentra su límite en el derecho de los demás. Concretamente, y en lo que hace al tema que nos ocupa, en los derechos del niño a procrear³⁶.

Desde una perspectiva moral hemos de insistir en el deber de los padres de prevenir la transmisión de cargas hereditarias o infecciosas graves a su prole, estimando atinadas las palabras de Vidal Martínez al decir que el hijo ha de ser considerado como un valor en sí, al que

³⁵ Ver conclusiones expuestas sobre el tema en: MEDINA y HOOFT, ob. cit. en nota 17.

³⁶ MEDINA, ob. cit. en nota 14.

debe procurarse el nacimiento en el mejor estado de salud posible, y no meramente como un bien útil para los padres³⁷.

A su vez, desde una perspectiva ético-jurídica y bioética, el derecho a la procreación ha de encuadrarse en el de una “procreación responsable”, y con una apelación a la libertad de conciencia de las personas directamente involucradas, en orden al denominado “respeto a las condiciones humanas de la procreación”, conforme a las cuales, en determinadas circunstancias, “el derecho a tener un hijo se transforma en un deber de no tenerlo”³⁸.

En este sentido se ha expedido el grupo de trabajo del Comité de Expertos sobre los progresos de las ciencias biomédicas del Consejo de Europa (CAHBI), el cual, en su *Rapport* de la reunión celebrada entre el 3 y el 6 de febrero de 1987, destaca que las técnicas de procreación artificial humana pueden ser empleadas cuando estén dadas las condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del hijo, y, por ello, no se deben practicar cuando existe el riesgo seguro de transmitir al hijo una grave enfermedad hereditaria, o cuando existe el riesgo de que el hijo sufra una enfermedad que comportase su muerte precoz o una incapacidad grave³⁹.

³⁷ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil: Introducción y panorama general*, en *Revista General de Derecho, Cívitas*, 1998, p. 336, y 1986, cit. por ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética* cit., p. 204.

³⁸ VIDAL MARCIANO, *Bioética. Estudios de Bioética racional* cit., ps. 89 y ss.; SCHOTSMANS, *En de mens schieps de mens...* cit., ps. 166 y ss.; NYS, *Geneeskunde Recht...* cit., ps. 170 y ss. *De zondheidstethiek*, p. 348, cits. por HOOFT, ob. cit. en nota 1, ps. 165/166, y causas: “N. M. H. s/Amparo”, D. J. B. A. del 10-7-97, ps. 685 y ss., J. A. 1997-IV-346, rev. *Quirón*, vol. 28-2, 1997, E. D. 128-877, entre otras.

³⁹ Interpretando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966), el *Rapport* del año 1986 del CAHBI ha reputado que del art. 12 de dicha convención internacional no se puede deducir que exista un derecho absoluto a la procreación, señalando que en la categoría de derecho humano no entra adecuadamente la simple procreación (derecho a procrear); lo que sí cabe dentro de la categoría derecho humano es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa (derecho a fundar una familia). Conf. LLEDÓ YAGÜÉ, Francisco, *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988.

b) *Los dadores anónimos*

Se ha sostenido en doctrina que deben resultar incapaces de realizar dación de sus gametos los sujetos que tengan enfermedades genéticas transmisibles hereditariamente y/o enfermedades infecciosas⁴⁰. No está de más aclarar que no se trata de seleccionar dadores con finalidad eugenésica o raciales, pues esto repugna principios elementales de ética; pero sí se trataría de evitar, pudiéndose hacer, la fertilización utilizando gametos que, previsiblemente, afecten en el futuro la salud del nacido⁴¹.

Siendo así, juzgamos indiscutible la responsabilidad de los dadores de gametos en los supuestos de inseminación artificial heteróloga, siempre que éstos oculten información tendiente a determinar la certeza o riesgo de transmitir al concebido taras o enfermedades hereditarias o adquiridas.

Resulta aquí aplicable el principio *neminem lædere* ya referido, del cual es posible inferir el deber de los dadores de gametos de suministrar todos los datos y antecedentes necesarios para evaluar su potencial riesgo. Consecuentemente, resulta reprochable toda conducta generadora del daño en análisis, en la medida que quienes aportan el material genético conozcan o deban conocer el riesgo, y oculten dicha información⁴². En conclusión, a nuestro entender, habrá responsabilidad civil cuando la conducta dolosa o culposa de los terceros biológicos –dadores de gametos– derive en la transmisión al *nasciturus* de enfermedades hereditarias o adquiridas⁴³. Y ello así, sin perjuicio de la

⁴⁰ Sobre la clasificación de las diversas enfermedades que pueden afectar la salud del embrión, puede consultarse MEDINA y HOOFT, ob. cit. en nota 17.

⁴¹ ZANNONI, Eduardo, *La genética actual y el Derecho de Familia*, en *Tapia*, diciembre de 1987, p. 49, punto IV-A.

⁴² En sentido concordante se han expedido: PARELLADA, ob. cit. en nota 2, ps. 420/421; ANDORNO, ob. cit. en nota 2, p. 395; BOSSERT, Gustavo, A., *Fecundación asistida*, en J. A. 1988-IV-877/8; ZANNONI, ob. cit. en nota 20, p. 162; FERRER, Francisco A. M., *Responsabilidad por daños en la procreación médicamente asistida*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2001-2, p. 206, entre otros.

⁴³ Son conocidas las consideraciones formuladas en torno al *anonimato de la dación de gametos*, por lo cual tan sólo queremos dejar sentada nuestra opinión de que éste, en todo caso, debería ceder a fin de poder hacer efectiva la responsabilidad del dador. Igualmente, no debería ser admitido el anonimato total, imposibilitando al nacido tener acceso a la realidad biológica de la persona de quien es descendiente

eventual responsabilidad que quepa atribuir a los facultativos y centro médico intervinientes en la fecundación asistida.

c) *La madre sustituta*

La maternidad por otro no constituye un hecho nuevo en la historia de los pueblos. Sin embargo, como ya hemos señalado en otra oportunidad⁴⁴, las nuevas técnicas de reproducción humana colocan a los operadores del Derecho ante novedosos, y no menos complejos, problemas en orden a la sustitución de maternidad.

Diversas denominaciones han sido utilizadas a fin de designar a la maternidad por otro. Así, en los Estados Unidos se alude a *surrogate mother*; en Francia, *mère porteuse* –madre portadora–, como también se habla de “madres sustitutas”, “maternidad por sustitución”, “gestación por cuenta de otros”. No obstante, tales denominaciones se refieren principalmente a dos supuestos, a saber: a) el de la mujer que acepta ser inseminada con el semen de un hombre casado que no es su esposo o pareja, y procrea un hijo, a quien una vez nacido entregará en custodia a favor del padre, renunciando a sus derechos maternos⁴⁵, y b) el caso de la mujer que admite se le implante el embrión de otra pareja para lograr su desarrollo y darlo a luz, con el compromiso de entregarlo a los padres biológicos⁴⁶. Siguiendo a Zannoni, consideramos que el verdadero caso de maternidad por otro se plantea en la segunda hipótesis mentada, en la cual se produce una disociación voluntaria entre la madre biológica y la gestante⁴⁷.

Existe consenso prácticamente universal acerca de la ilicitud de

biológico. La herencia transmitida por los progenitores resulta, las más de las veces, fundamental a los fines de valorar la salud del paciente, sus riesgos ante determinado tipo de afecciones, tratamientos a seguir, y ni hablar de llegar éste a necesitar de un trasplante de órganos. Ver BOSSERT, ob. cit. en nota 42, p. 875, y PARELLADA, ob. cit. en nota 2, ps. 422/423.

⁴⁴ Sobre tal aspecto: ver MEDINA, Graciela y ERADES, Graciela, *Maternidad por otro. Alquiler de úteros*, en J. A. 1990-II-714 y ss.

⁴⁵ SILVA RUIZ, Pedro F., *El derecho de la familia y la inseminación artificial e “in vitro”*, Revista de Derecho Privado, abril de 1987.

⁴⁶ ANDORNO, Luis, *El Derecho frente a los modernos métodos de procreación. Experiencia argentina y latinoamericana*, en Zeus del 7-6-85.

⁴⁷ ZANNONI, ob. cit. en nota 41, ps. 47 y ss.

la celebración de contratos onerosos con tal finalidad –refiriéndonos específicamente al llamado “alquiler de vientres”–, aunque hemos de reconocer que aún hoy continúa siendo fuente de fuertes discusiones su admisión cuando tal acuerdo es de carácter gratuito. Personalmente, nos hemos expedido afirmando que, en principio, la maternidad por sustitución es inmoral y contraria al orden público, por cuanto la misma no respeta el interés del niño⁴⁸, al mismo tiempo que disocia voluntariamente la maternidad⁴⁹, contrariando el orden público al generar inseguridades con respecto a la filiación, y disponer derechos indisponibles e irrenunciables⁵⁰. Ello amén de la ilicitud del “alquiler del propio útero” –ya que se trata de un objeto que se encuentra fuera del comercio–, y de la inmoralidad ínsita en la recurrencia a tales procedimientos por parte de la madre genética que pretende evitar los “inconvenientes” derivados de la maternidad.

En vista de los innumerables interrogantes que suscita la maternidad subrogada, en el presente trabajo hemos de circunscribir su análisis a las eventuales responsabilidades civiles frente al nacido gestado en el vientre de la madre sustituta.

En aquellos supuestos en que la mujer es inseminada con el semen de un hombre casado que no es su esposo o pareja, y procrea un hijo, a quien se compromete a entregar una vez nacido, la eventual responsabilidad por la transmisión y/o causación de enfermedades y por los daños prenatales no difiere de lo que hemos dicho en relación a los padres en el marco de la procreación natural⁵¹. Huelga reiterar que en estos casos la madre biológica coincide con la madre gestante.

⁴⁸ Ver MEDINA y ERADES, ob. cit. en nota 44. donde se remarcó que este tipo de acuerdos tienen en cuenta el interés de los padres biológicos, pero no se considera el interés del niño, y nadie puede asegurar que el ser separado de la madre gestante, con quien lo ha unido un nexo biopsíquico durante nueve meses, contribuya al interés del menor; al mismo tiempo que se privilegia el nexo biológico, siendo también importantes los nexos creados durante el embarazo.

⁴⁹ Ya que esta forma de reproducción genera una doble maternidad: la de la madre gestante y la de la madre biológica. Acerca de las diversas consideraciones entre tal supuesto y el de la adopción: ver MEDINA y ERADES, ob. cit., p. 716.

⁵⁰ Si bien puede admitirse como un derecho personalísimo el de disponer del propio útero, lo que sí resulta indisponible e irrenunciable es el derecho a la patria potestad.

⁵¹ MEDINA y HOOFT, ob. cit. en nota 17.

También pueden suscitarse consecuencias resarcitorias cuando se opera la disociación entre ambos aspectos. Evidentemente, en estos supuestos no será posible la transmisión hereditaria de una enfermedad genética al futuro hijo (ya que la madre sustituta no es la madre biológica del niño), pero sí es posible la transmisión o causación de una enfermedad durante su gestación en el vientre de la mujer. Y siempre que tal daño a la salud sea atribuible a la conducta viciosa, malsana o negligente de la gestante, ya sea a título de culpa o dolo, y que la tara, enfermedad o daño congénito en el *nasciturus* sea consecuencia de aquel comportamiento, la madre sustituta verá comprometida su responsabilidad civil⁵². Tal responsabilidad evidentemente surgirá frente al nacido, aunque también podría dar lugar al reclamo de los padres biológicos por los daños que ello les ocasione a título personal.

De cualquier modo, es menester recordar que a fin de proceder a la inseminación de la futura gestante, ésta deberá ser sometida a diversos exámenes con el objeto de detectar cualquier enfermedad que pudiese afectarla, como también su estado general de salud. Incluso, cuando ésta, además, aporte el óvulo a fecundar, se buscará establecer su condición de portadora del riesgo de transmisión de enfermedad hereditaria a la prole. Deberá, asimismo, requerirse a la misma una declaración sobre sus antecedentes personales y familiares en torno a su salud. Obviamente, el error en la realización de dichos análisis podrá traer aparejada la responsabilidad de los médicos e institución sanatorial intervinientes. Sin embargo, esta última circunstancia no excusará la responsabilidad de la gestante por la omisión o falsedad al formular la declaración requerida previamente, como también por la falta de cuidados durante su embarazo, que a la postre ocasionare daños graves a la salud del niño (supuesto encuadrable dentro de los llamados “daños prenatales”).

En resumen, adherimos al criterio que propugna la responsabilidad

⁵² En tal orden de ideas Luis Martínez-Cacerrada expresa que habrá responsabilidad civil cuando la conducta dolosa o negligente de los terceros biológicos –dador o gestante– ocasione malformaciones congénitas al feto, o el aborto. Por ej., en caso de que el dador haya ocultado alguna enfermedad, o la tara sobrevenga a raíz de la conducta malsana de la gestante (en *La nueva inseminación artificial*, Central de Artes Gráficas, Madrid, 1989, p. 111, cit. por MAKIANICHI DE BASSIET, ob. cit. en nota 18, p. 175).

de la madre por encargo o sustituta por los daños a la salud sufridos por el nuevo ser, ya sea por la transmisión de enfermedades hereditarias –cuando sea la madre biológica por encargo–, o por la causación y/o transmisión de enfermedades durante la gestación –HIV, sífilis, etcétera–, o por los daños causados por su conducta negligente –tales como consumo de drogas o estupefacientes, alcohol, actividades riesgosas, etcétera, daños prenatales–. Obligación de reparar que operará tanto respecto del nacido como frente a quienes le encomendaron su gestación⁵³.

d) *Los profesionales y/o equipo médico
y/o centro sanitario autorizado*

Indudablemente, al acudir a las técnicas de fecundación asistida, se compromete la “actuación médica” desplegada por los profesionales y/o equipo interviniente, como también la gestión de la institución especializada donde se llevan a cabo las mismas. Sobre éstos pesa el deber de arbitrar los medios tendientes a evitar todo riesgo de transmisión de enfermedades hereditarias o infecciosas, además de todo daño a la salud del concebido derivado de la manipulación y/o experimentación con embriones humanos.

En primer lugar, los facultativos y centros sanitarios autorizados deben controlar y seleccionar el material genético a utilizar, ya sea que éste provenga de los futuros padres o de un dador. La falta o defectuosa realización de los análisis y pruebas bioquímicas a los efectos del referido control harán recaer sobre los mismos el deber de resarcir los daños irrogados al nacido. Concretamente, deben descartar que el semen u óvulo sean portadores de enfermedades hereditarias –tales como síndrome de Marfan, enfermedad de Tay Sachs, enfermedad de Gaucha, etcétera– o adquiridas –HIV, sífilis, citamegalovirus, hepatitis, entre otras–. También deben asegurarse que la mujer a concebir goce de un buen estado de salud, sin riesgos previsibles para el futuro ser.

⁵³ En sentido coincidente se expiden: WAGMAISTER, Adriana M., *Maternidad subrogada*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 3, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 19; SAMBRIZZI, Eduardo A., *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 237.

Igual criterio ha de seguirse cuando los daños provengan de una actuación negligente en el proceso de fecundación, verbigracia si los perjuicios sobrevienen en razón de los inadecuados procedimientos de obtención o conservación del espermatozoides o del ovocito, o de los procesos de transferencia del preembrión al útero o cualquier otro error o accidente en la implementación práctica de la técnica de que se trate, o por la manipulación y/o experimentación a las que hubiere sido sometido el material genético (ej., centrifugado de espermatozoides con el fin de seleccionar el sexo del futuro ser) o el embrión.

En conclusión, frente al nacimiento del hijo procreado mediante cualquiera de estas técnicas puede surgir la responsabilidad profesional a raíz de defectos originarios (esto es, por deficiencias propias de los gametos utilizados)⁵⁴, o defectos sobrevivientes, a consecuencia del mal empleo o mala calidad del material técnico (vgr., temperatura en la criopreservación), o deficiencias generadas en el manipuleo de los gametos o el preembrión (tales como las hipótesis de prácticas eugénicas, octogénesis, centrifugado de espermatozoides, terapias genéticas, etc.)⁵⁵.

A los supuestos enunciados hemos de agregar los casos de error médico en el diagnóstico⁵⁶ preimplantatorio o prenatal, cuando la no detección de una enfermedad en el embrión impida su tratamiento terapéutico, de ser este último posible, tendiente a evitar el desarrollo de la enfermedad y/o su agravamiento. Interesa poner de resalto que el previsible desarrollo de las posibilidades terapéuticas en el embrión *in vitro*, e incluso en el feto, abre nuevas perspectivas, permitiendo el logro de una descendencia con aportación del propio material genético,

⁵⁴ ARSON DE GLINBERG, ob. cit. en nota 27, da cuenta de que la American Fertility Society ha establecido que el semen fresco ya no puede ser garantizado, por lo que requiere que las muestras congeladas deberán ser puestas en cuarentena por 180 días y el donante deberá ser sometido a una nueva prueba para confirmar que sea sero-negativo antes que la muestra se entregue para ser utilizada.

⁵⁵ ZANNONI, ob. cit. en nota 18, p. 632; SAUX, ob. cit. en nota 29, p. 631; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, ob. cit. en nota 20, ps. 200/202; BÍSCARO, ob. cit. en nota 5, p. 153; PARELLADA, ob. cit. en nota 2, ps. 408/409; FERRER, ob. cit. en nota 42, ps. 202/208.

⁵⁶ Los errores en los diagnósticos preconcepcionales, preimplantatorios o prenatales pueden ser tanto falso negativo (es decir, la enfermedad o tara existe pero no es detectada por el experto) como falso positivo (se diagnostica erróneamente su existencia cuando en realidad no existe).

evitando recurrir a un dador de gametos⁵⁷. Por cierto que en otras legislaciones, y conforme a la opinión de parte de la doctrina, advertida dicha situación se desaconseja la transferencia del preembrión a los fines procreativos, o permite a la gestante decidir la realización de un aborto por razones eugenésicas, si el concebido hubiere sido ya implantado en el útero materno.

A estas alturas, cabe acotar que nos pronunciamos firmemente en favor del debido respeto a la dignidad humana que debe ser dispensado al preembrión y embrión humano. Éste conlleva a la imperiosa necesidad de limitar las experimentaciones a su respecto. En tal orden de ideas, Lledó Yagüé afirma que “los límites aludidos en cuanto a la experimentación biogenética deben señalarse en la inalterabilidad del proceso humano generativo, que no se manipule la ontológica configuración entitativa de esa vida humana naciente *in fieri*, inviabilizándose su nacimiento y el natural desarrollo y continuidad de aquél, experimentándose sin intención de ayudar a cumplir su función vital”⁵⁸.

De ello se sigue que si bien es dable permitir ciertas investigaciones y terapias con carácter diagnóstico y preventivo de la salud del futuro ser, como también tendiente al tratamiento de las enfermedades que pudieren afectarlo –todo ello en miras de su futuro bienestar y el favorecimiento de su desarrollo–, deben prohibirse aquellas que impliquen un riesgo de daño al mismo o busquen la selección de los individuos o razas⁵⁹. Estamos convencidos de que la investigación que

⁵⁷ La llamada medicina de transferencia génica permite la modificación directa del genoma, esto es, la introducción de cambios en el patrimonio genético heredado. Huelga aclarar que la misma es todavía medicina de investigación, ya que ningún protocolo médico génico puede aún considerarse como un tratamiento efectivo en un 100%. Ver: MEDINA, ob. cit. en nota 13; TORRES, Juan M., *Test genético. medicina génica y la evolución del concepto de salud*, en BERGEL y CANTU, *Bioética y genética* cit., ps. 365 y ss.; MEHLMAN, *Judicature genes and justice...* cit., vol. 83 (3).

⁵⁸ LLEDÓ YAGÜÉ, Francisco, *Ley sobre técnicas de reproducción asistida*, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1988-IV-1262.

⁵⁹ Excede el marco de este trabajo tratar detenidamente los distintos tipos de manipulación o terapia a los que puede verse sometido el ser humano, y sus límites y cuestionamientos. Sobre el tema puede verse: BANCHIO, Enrique C., *Daño al “concepturus” (A propósito de la manipulación génica)*, en BUERES (dir.), *Responsabilidad por daños*, ps. 181 y ss.; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, ob. cit. en nota 20, ps. 192/195; PARELLADA, ob. cit. en nota 2, ps. 403/407.

afecte la integridad psicofísica, identidad y dignidad del ser en cuestión, aun cuando tenga en miras o persiga un beneficio para la humanidad (tal como la lucha contra flagelos como el HIV, cáncer, entre otras), debe ser prohibida.

De violarse las reglas enunciadas y generarse un daño en la salud y/o integridad del nacido, corresponde acordarle la pertinente legitimación a fin de demandar a sus responsables. Tales acciones podrían entablarse contra los médicos intervinientes y/o centros sanitarios, e incluso contra sus propios progenitores si éstos consintieron las investigaciones y/o experimentos en cuestión.

D) *Jurisprudencia*

No se registran antecedentes jurisprudenciales específicamente referidos a supuestos de reproducción humana asistida. Pero como bien señala Zannoni, numerosos reclamos formulados en casos de fecundación natural pueden ser trasladados a los que ahora nos ocupan, y nos permiten vislumbrar los posibles lineamientos que pueden seguir los tribunales ante futuras acciones en tal sentido.

a) *Estados Unidos*

La responsabilidad civil en estos supuestos se enlaza con lo que la praxis judicial norteamericana ha denominado *wrongful life action*. En éstas, el hijo nacido con malformaciones o con una seria afectación de su salud y/o calidad de vida reclama al médico no haber detectado e informado a sus progenitores sobre el riesgo de transmisión y/o causación de enfermedades, o acerca de las taras o enfermedades que lo afectaban una vez ya concebido, no pudiendo, entonces, éstos decidir libremente no procrear o interrumpir el embarazo, según el caso. Cabe acotar aquí que, en la mayoría de los casos, los tribunales norteamericanos se han mostrado reticentes a su admisión, enfatizando la dificultad práctica de medir los daños por la imposibilidad lógica de comparar la vida con la no existencia.

Diferente resulta el planteo en las llamadas *wrongful birth action*, en las cuales son los padres quienes reclaman al galeno por no haberlos informado adecuadamente, o haberlo hecho erróneamente, sobre los

riesgos considerables de tener un hijo con anomalías genéticas o hereditarias, con lo cual se vieron impedidos de meditar la posibilidad de no tener descendencia o de abortar en caso de ya haber concebido. Lo mismo acontece cuando el profesional omitió recomendar la realización de exámenes de diagnóstico prenatal, máxime si los padres registraban antecedentes o presentaban riesgos ciertos de que existieran tales anomalías. Es dable recordar que la Corte de Apelaciones de Michigan, *in re* “Taylor vs. Surrender Kurapati MD”, fallado en junio de 1999, sostuvo que el daño por *wrongful birth*⁶⁰ es una constelación de daños relativos al nacimiento y se encuentra vinculado con otras dos clases de daños: *wrongful conception or pregnancy* y *wrongful life*. El Estado de Michigan ha admitido tales acciones y denominado a tales juicios, no sin vacilación, bajo el rótulo *bad baby cases*⁶¹.

A los ya conocidos antecedentes reseñados por Zannoni⁶² hemos

⁶⁰ Un fallo más reciente es el resuelto *in re* “Duplan vs. Harper” (1999), 188 F 3d. 1195, C. A. 10 (Okl.): fallado por el Tribunal de Distrito de Oklahoma, haciendo lugar a la demanda impetrada por el matrimonio Duplan contra su médico tratante. Ante un resultado positivo de embarazo, Roseanne Duplan solicitó la realización de una prueba para determinar si era inmune al citomegalovirus (CMV), dado el alto riesgo de contagio existente en su ámbito laboral. La pareja había decidido que de no ser no-inmune practicarían un aborto. Del test en cuestión resultó que Roseanne padecía de una incipiente infección. El facultativo indicó a la enfermera Reed que notificara el resultado positivo a la Sra. Duplan, quien así lo hizo. Ante la duda de la paciente acerca de si “positivo” significaba que era inmune o estaba infectada, Reed incorrectamente le explicó que “positivo” significaba que era inmune. Tiempo después, Roseanne dio a luz a Zacarías, con numerosos defectos de nacimiento y malformaciones causados por la infección de CMV. El tribunal condenó al resarcimiento de los daños emocionales sufridos, y los gastos extraordinarios que demandarían los cuidados especiales de Zacarías. Llegado el caso a la Corte de Apelación, dejó sentado que la demanda por “*wrongful birth*” está orientada a compensar a los padres, y no al niño, por haberse visto privados de optar entre la interrupción del embarazo o el nacimiento de un niño enfermo.

⁶¹ Un panorama sobre la visión jurisprudencial norteamericana en torno a estas acciones puede verse en: DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBU, ps. 105 y ss.

⁶² SC de California, *in re* “Turpin vs. Sortini” (1982); SC de Washington, *in re* “Harbeson vs. Parke Davis” (1983) y SC de New Jersey, *in re* “Procanik vs. Cillo” (1984); Tribunal de Apelación de Nueva York, *in re* “Park vs. Chessin” (1978); SC de California, *in re* “Curlender vs. Bio-Science Laboratories” (1980); SC de New Jersey, *in re* “Berman vs. Allen”.

de añadir lo resuelto en fallos más recientes, los cuales nos brindan una visión del estado actual de la cuestión en la justicia norteamericana.

En primer lugar, hemos de mencionar lo resuelto por el Tribunal de Apelación de Indianápolis, *in re* “Bader vs. Johnson”⁶³: los Johnson, en vista de que en el año 1979 tuvieron un hijo con hidrocefalia y retrasos mentales y motores severos, al que debieron cuidar especialmente hasta su muerte —a los 4 meses de vida—, recurrieron al doctor Bader a fin de realizarse un test para determinar si el nuevo embarazo de la pareja —durante el año 1982— era normal. La amniocentesis no reveló ninguna anormalidad, pero un test de ultrasonido permitió saber que el feto tenía una cavidad cerebral extremadamente grande y una forma de cabeza inusual. No obstante las instrucciones del doctor Bader a su equipo, no se comunicó al matrimonio el resultado en cuestión. A las 33 semanas y media de gestación, el ginecólogo de la señora Johnson le realizó idéntico test y comprobó que el bebé sufría de hidrocefalia, pero a esa altura la señora ya no podía practicar un aborto, dando a luz en setiembre de 1991 a Connie, quien padecía de hidrocefalia y otras malformaciones, hasta fallecer unos meses más tarde. Interesa señalar que la Corte observó que el daño a los Johnson se traducía en su imposibilidad en decidir terminar con el embarazo de Connie y, consecuentemente, dar a luz a un niño enfermo. Aclaró, asimismo, que el daño no eran los defectos del niño sino el haber privado al matrimonio de la elección antes apuntada.

En otro supuesto, la Corte de Maryland tuvo oportunidad de expedirse en un caso donde fueron planteadas, simultáneamente, dos acciones: una por *wrongful birth* y otra por *wrongful life*. Esto sucedió *in re* “Kassama vs. Magat”⁶⁴, cuyas notas salientes son las siguientes:

Los hechos. En setiembre de 1995, Millicent Kassama dio a luz a Ibrion, quien padecía de síndrome de Down. La señora Kassama, en su propio nombre y en representación de su hijo, inició demanda ante el Tribunal de Circuito del Condado contra el doctor Magat —quien la atendió durante el embarazo—, su asociación médica y uno

⁶³ 732 N.E.2d 1212, Ind. (2000).

⁶⁴ 767 A.2d 348, MdApp. (2001).

de sus asociados. A título personal, sostuvo que al decidir proseguir su embarazo no contaba con toda la información necesaria al efecto, atribuyendo tal circunstancia al actuar negligente de los accionados. Afirmó que de no haber sido por éstos, se hubiera practicado un aborto. Cuestiona al galeno no haberle realizado un test de alfabetoproteína ni una amniocentesis. Consecuentemente, reclama los daños económicos provocados por la necesidad de tener que criar a un niño “genéticamente defectuoso”. Al mismo tiempo, plantea demanda en nombre de su hijo (*wrongful life*), con fundamento en la negligencia de los demandados y la teoría de la falta de consentimiento informado.

La solución. El tribunal entendió que la señora Kassama había contribuido con su accionar al resultado dañoso. Sostuvo que constituye deber del paciente actuar prudentemente, lo cual no hizo al demorarse más de cuatro meses para realizarse las pruebas de sangre que habían sido indicadas por los facultativos. Específicamente, en torno a la acción por *wrongful life*, Ibrion reclamó una compensación por los padecimientos emocionales, los gastos médicos y educativos incurridos o a incurrir como consecuencia de haber nacido con síndrome de Down. El tribunal explicó que *en otros supuestos, y bajo otras circunstancias a la de autos, había admitido demandas por “wrongful birth”, pero que, haciéndose eco de lo resuelto por la mayoría de los tribunales norteamericanos, no admitiría la demanda por “wrongful life”*. Puntualizó que, a diferencia de lo que sucede en las primeras, donde el daño reside en la imposibilidad de haber podido elegir, en los supuestos de *“wrongful life”, el daño es la vida misma*. Se dijo entonces que de no ser por la negligencia médica, la madre hubiera abortado y el niño no hubiera sufrido ni hubiera incurrido en costos extraordinarios. El razonamiento hipotético *no pretende demostrar que de no haber sido por la negligencia médica el niño hubiera nacido sano, sino que presupone que de no haber sido por la conducta negligente, el niño no hubiera nacido*. Por tales razones, rechazó la demanda del menor, señalando que: *ésta era la postura adoptada por 23 estados de los Estados Unidos, y que era imposible calcular los daños resarcibles, comparando una vida defectuosa y una no vida*.

b) Uruguay

El *Amuario de Derecho Civil Uruguayo*⁶⁵ nos informa sobre el resultado de un caso presentado ante los tribunales de dicho país, en el cual ambos progenitores reclamaron contra un galeno e institución sanatorial el resarcimiento del daño moral causado con motivo de un error de diagnóstico prenatal. El examen genético fue practicado a la gestante por indicación de su ginecólogo, siendo cubierto por la institución médica a la cual ésta se hallaba afiliada. Efectivizado el mismo, erróneamente se informó que el ser concebido era una niña, la cual no presentaba anomalías cromosómicas, siendo que a su nacimiento se comprobó que el mismo era varón y padecía de una anomalía estructural cromosómica, más específicamente, traslocación. La mujer funda su acción contra el establecimiento en el incumplimiento de obligaciones contractuales asumidas, en tanto el padre reclama al médico genetista, alegando la violación del deber genérico de no dañar.

La solución. En primera instancia se condenó exclusivamente al establecimiento de salud, considerándose que había incumplido la obligación contratada con la progenitora, en tanto se absolvió al médico demandado por entender que no se demostró la culpa del facultativo. Estimó el juzgador que si bien la institución sanatorial –y galenos a quienes ésta recurre a efectos de cumplir la prestación debida– asume, en principio, una obligación de medios, teniendo en cuenta el elevado margen de certeza en el resultado analítico efectuado a la accionante (0,01% de error, es decir, 99,99% de acierto), en el caso, debe considerar la obligación como de resultado. Por ende, probado el incumplimiento de esta última (error de diagnóstico) y no habiéndose acreditado la ruptura del nexo causal, la sociedad médica debe indemnizar a la actora por el daño moral experimentado. A su vez, se desestimó el resarcimiento del actor, quien había demandado al galeno bajo la órbita de la responsabilidad extracontractual. El juez se pronunció por la inaplicabilidad, en dicho régimen, de la clasificación de las obliga-

⁶⁵ SZAFIR, Dora y VENTURINI, Beatriz, *La responsabilidad civil en la no detección de anomalías cromosómicas. Análisis de un caso jurisprudencial*, en *Amuario de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, t. XXVIII, ps. 759 y ss.

ciones ya referidas, al mismo tiempo que consideró que no se había probado la culpa del profesional, cuya carga pesaba sobre el reclamante.

En *segunda instancia* se revocó parcialmente el decisorio anterior, condenando a ambos accionados. Se dijo en tal oportunidad que, tratándose de un supuesto de responsabilidad por el error cometido en un estudio técnico realizado por un laboratorio especializado, y no en un error de diagnóstico del profesional de la salud, la diligencia exigible debe apreciarse con especial rigor. Que el escaso margen de error admisible indica que se está comprometiendo un resultado, y por tanto habilita la inversión del *onus probandi*. Por lo cual, no habiéndose acreditado una causa excusable de tal situación, se admitió la demanda impetrada. Aún más, en relación al médico se remarcó que éste asumió frente al coaccionante la obligación de descartar en un feto concebido el síndrome de Down, y que la eventual baja calidad del cultivo o la existencia de la más mínima duda sobre el resultado era superable mediante una nueva punción o la técnica de bandeó, respectivamente.

Finalmente, la *Suprema Corte de Justicia*⁶⁶ rechaza el recurso de casación interpuesto contra la sentencia. No obstante, señala el error en que había incurrido el tribunal a quo, toda vez que ambos actores habían accionado en forma separada. La madre lo hizo contra la sociedad médica, por la responsabilidad contractual atribuida por el hecho de un auxiliar de la institución. El padre lo hizo contra el galeno, dentro del marco de la responsabilidad aquiliana. Expresó al máximo tribunal que el órgano de mérito “debió atender a esa circunstancia y no referirse a la clasificación de las obligaciones en de medio y de resultado, cuando analizó la apelación de la actora, en lo que tiene referencia al accionamiento contra el facultativo. Porque al tratarse de responsabilidad aquiliana, no puede hablarse de incumplimiento de una obligación, sino violación del deber genérico”. Concluye, entonces, que no se trata de atribuir una obligación de resultado como se expresara en la sentencia recurrida, sino de apreciar la diligencia exigible en vista de las circunstancias del caso, siendo que la conducta del profesional demuestra un obrar culposo o negligente por el cual debe responder.

Los comentaristas del fallo⁶⁷ destacan el acierto del encuadre legal

⁶⁶ Sentencia publicada en L. J. U., t. 118, caso 13.509.

⁶⁷ SZAFIR y VENTURINI, ob. cit. en nota 65.

formulado respecto del reclamo de la madre dentro de la responsabilidad contractual –afiliada a la institución médica en cuestión– y del padre en la esfera extracontractual –careciendo éste de vínculo alguno con el profesional y el establecimiento demandados–. Asimismo, marcan la diferencia con el marco regulatorio que correspondería realizar en el caso en que ambos progenitores, en forma directa, requirieran el estudio genético, el cual debería ser contractual en relación a ambos.

Interesa destacar que en los tres fallos se entendió que el daño moral por el dolor que ocasiona a los padres la anomalía de un hijo no podía ser imputado a los demandados. Al ser concebido su hijo, la madre ya portaba la enfermedad y el embarazo no podía ser interrumpido en el marco de la legislación uruguaya. Entonces, acceden los sentenciantes al resarcimiento del daño moral por el dolor sufrido por la *brusca frustración de la certeza que durante casi cuatro meses tuvieron los demandantes de tener una hija sana*, ante la realidad del nacimiento de un varón con síndrome de Down.

Sobre el punto, sus comentaristas afirman que resulta dudosa su configuración y resarcibilidad, en la medida en que el resultado erróneo generó en los padres una tranquilidad por espacio de casi cuatro meses, y de haberse entregado un informe correcto la única consecuencia hubiese sido adelantar la angustia por la realidad que les tocaba vivir. Como ya se dijera, en el Derecho uruguayo no es admisible el aborto por razones eugenésicas. En base a ello, sostienen que aunque es posible afirmar su reparabilidad –dada la posibilidad de prepararse para dar a luz un niño con una anomalía genética– es de poca entidad, encontrándose en cierto modo compensado con la tranquilidad brindada durante el embarazo. Más clara resulta su configuración cuando erróneamente se informa sobre un trastorno genético, a la postre inexistente. Frente a tales hipótesis, se torna indudable la consabida angustia causada por la falsa creencia de la gestación de un niño enfermo.

c) *Italia*

Corte de Apelación de Padova (1985)

En Italia, por ley 194 del año 1978, se autoriza la interrupción voluntaria del embarazo en diversas ocasiones, a saber: cuando existe

serio peligro para la salud física o psíquica de la madre (aborto terapéutico); en razón de su condición económica, social o familiar, o en orden a la previsión de anomalías o malformaciones en el feto. La doctrina y jurisprudencia del citado país destacan que la valoración de tales circunstancias corresponde exclusivamente a la madre.

Teniendo en cuenta tales premisas, la Corte de Apelación de Padova, en un fallo dictado el 9 de agosto de 1985⁶⁸, acogió la acción indemnizatoria impetrada por la madre, responsabilizando a un médico que no había puesto en conocimiento de la gestante el resultado desfavorable del examen realizado, impidiendo su valoración y posibilidad de decidir la interrupción del embarazo a fin de evitar el nacimiento de un niño con graves deficiencias físicas y psíquicas.

*Corte de Casación (1996)*⁶⁹

La Corte de Casación italiana recientemente sostuvo que a fin de demostrar el nexo de causalidad entre el comportamiento del médico, quien omitió informar a la gestante acerca de la posibilidad de malformación del *nasciturus*, y el daño lamentable provocado a la madre a consecuencia del nacimiento posterior de un hijo con síndrome de Down, debe probarse la subsistencia de la condición prevista por la ley italiana para proceder a la interrupción del embarazo.

*Tribunal de Perugia (1998)*⁷⁰

Con fecha 7 de setiembre de 1998, el Tribunal de Perugia se expidió acogiendo una demanda por daños y perjuicios, entendiendo que el médico que había omitido informar a la gestante acerca de la posibilidad de malformación del feto está obligado a resarcir el daño biológico padecido por el nacimiento de un hijo portador de handicap, por haber privado de la posibilidad de una gradual adaptación a la situación, durante la fase previa al nacimiento.

⁶⁸ Trib. de Padova, 9-8-85, NGCC, 1986, I, 115, en CENDON, ob. cit. en nota 4, Cap. IV, p. 78.

⁶⁹ Corte di Cassazione, Milano, 31 maggio 1996, en *Giurisprudenza Costituzionale e Civile*, ps. 1804/1806.

⁷⁰ Tribunale Di Perugia, 7 settembre 1998, en *Giurisprudenza Costituzionale e Civile*, ps. 1804/1806, N° 69.

Los diversos decisorios reseñados ofrecen un motivo de reflexión sobre el amplio debate concerniente al resarcimiento del daño que se ha dado en llamar procreacional. La jurisprudencia italiana muestra una evolución en el reconocimiento del derecho al reclamo en tales supuestos. Sin embargo, en su mayoría, admiten el reclamo de los progenitores contra los médicos o establecimientos de salud, por la omisión o errónea información sobre las malformaciones y demás daños a la salud que afectaban al feto, impidiendo así la libre decisión de interrumpir el embarazo. Posibilidad que en nuestro Derecho no tiene favorable acogida.

Sin embargo, sin perjuicio de reiterar aquí lo dicho más arriba –ver punto III, apartado I.b, del presente trabajo–, no quisiéramos pasar por alto las diferencias que se observan entre la situación planteada en los decisorios reseñados y aquellas en las cuales el daño reclamado por el hijo sí puede ser atribuido al actuar de los profesionales intervinientes en el proceso de fecundación asistida. Piénsese en los supuestos en que el daño a la salud obedece al incumplimiento de las obligaciones tendientes a garantizar la indemnidad del material genético a utilizarse, o a su indebida conservación, o por errores en los procedimientos de formación del preembrión, y sus posteriores cuidados, o a la negligencia en el proceso de implantación en el seno de la mujer o por otras manipulaciones y/o experimentaciones a las que sea sometido el embrión. Las cosas son aquí diferentes, ya que la actuación médica ha tenido injerencia concreta en el resultado dañoso –de no haber mediado el obrar culposo del profesional, el daño no habría tenido lugar–.

Conclusión extensible a los progenitores, ya que, como bien dice Parellada, “la causa adecuada del daño físico o psíquico sufrido por el nuevo ser engendrado no es el haber sido concebido o nacido, que obran como condiciones posibilitantes del daño, sino el accidente o la utilización de material genético deficiente, que es el hecho que normal y ordinariamente provoca el menoscabo. El haber traído a la vida no ocasiona regularmente el daño”⁷¹.

⁷¹ PARELLADA, ob. cit. en nota 2, p. 414.

E) *Tipo de responsabilidad*

En nuestro Derecho, el régimen aplicable a las acciones por daños ocasionados en el marco de la fecundación asistida varía según quiénes revistan la calidad de sujetos activos y/o pasivos de la pretensión indemnizatoria. Al respecto, existe consenso en que el reclamo impetrado por los hijos contra sus progenitores y/o médicos actuantes, centro asistencial autorizado y/o dadores de gametos o madre sustituta se enmarca dentro del ámbito aquiliano o extracontractual⁷². Diferente naturaleza reviste la acción que los progenitores deduzcan contra los profesionales actuantes y/o el establecimiento de salud, supuestos que caen bajo la órbita contractual⁷³.

Resta por analizar el factor de atribución de la responsabilidad en análisis, esto es, si es de carácter subjetivo u objetivo.

En lo que hace a los progenitores, dadores de gametos y madre sustituta, teniendo en cuenta los criterios expuestos al tratar los diversos legitimados pasivos, entendemos que su responsabilidad es de naturaleza subjetiva, es decir debe mediar culpa o dolo en el accionar de los nombrados.

El panorama se complica al examinar el factor de atribución en relación a los profesionales de la salud. En la doctrina nacional existen posturas encontradas en lo que hace al carácter de la obligación asumida por éstos.

En opinión de Bossert, no obstante la ausencia de regulación de la responsabilidad funcional en los supuestos en tratamiento, la misma queda

⁷² En tal sentido se pronuncian Zannoni, Andorno, Saux, Ferrer, Parellada, Sambrizzi, entre otros. Los efectos de tal categorización llevan a que resulten indemnizables las consecuencias inmediatas y mediatas del actuar generador del daño, como también aquellas que previeron o debieron prever, empleando la debida atención y conocimiento de las cosas (arts. 903/904, Cód. Civ.), y el daño moral sufrido por el hijo (art. 1078 del Cód. Civ.). El plazo de prescripción será de dos años (art. 4037 del Cód. Civ.).

⁷³ Así lo sostienen Zannoni, Andorno, Messina de Estrella Gutiérrez, Sambrizzi, Ferrer. Siendo el régimen resarcitorio en tales supuestos de naturaleza contractual, deberán resarcirse los daños que sean consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación asumida (art. 520, Cód. Civ.), y de mediar dolo, se extendería a aquellas mediatas (art. 521); amén del pertinente daño moral (art. 522, Cód. citado). Por otra parte, la prescripción de la acción operaría a los diez años, conforme lo dispone el régimen general contenido en el art. 4023, Cód. Civ.

regida por los principios generales, pronunciándose por su carácter subjetivo, por lo cual quien reclame la reparación del daño deberá acreditar la mala praxis del profesional actuante⁷⁴. En sentido análogo se expide Andorno, al afirmar que la prestación a cargo de los profesionales importará una obligación de medios, incumbiendo al damnificado justificar un accionar culposo del o los facultativos intervinientes. Ello sin perjuicio de la incidencia que cupiera asignar a la prueba presuncional y en orden a la doctrina de las “cargas probatorias dinámicas”⁷⁵. Concluye el citado autor que el factor de atribución será corrientemente subjetivo –por culpa–, a excepción de aquellos supuestos en que el daño sea atribuible al riesgo o vicio de la cosa –por utilización de material genético con vicios susceptibles de transmitir enfermedades o por la utilización de instrumental capaz de dejar secuelas al hijo (art. 1113 del Cód. Civ.)⁷⁶–.

A su vez, Saux sostiene que la atribución de responsabilidad será siempre subjetiva, admitiendo como única excepción el caso de que la causa del vicio esté generada en el indebido empleo de aparatología viciosa o riesgosa (vgr., indebida temperatura del aparato utilizado en la crioconservación), que pondrá en juego la objetivación presuncional sostenida en el artículo 1113 del Código Civil⁷⁷.

Por su parte, la autora marplatense Messina de Estrella Gutiérrez entiende que, vista la onerosidad de la prestación, la calidad del bien jurídico involucrado y el carácter profesional de la actividad, queda a cargo del médico la prueba de su falta de culpa para liberarse de la responsabilidad. En otros términos, afirma que se trata de una obligación de resultado atenuada, en la terminología de Alterini⁷⁸.

⁷⁴ BOSSERT, ob. cit. en nota 42, p. 877.

⁷⁵ ANDORNO, ob. cit. en nota 2, p. 391. Este autor nos recuerda que Pantaleón Prieto sostiene que “cuanto más nueva e inexperimentada es una actividad médica, mayor es el nivel de cuidado que el médico debe al paciente en el curso del tratamiento, más riguroso es el deber de información y menores son las exigencias de prueba a cargo del demandado” (conf. PANTALEÓN PRIETO, Fernando A., *La responsabilidad civil de los sujetos o instituciones intervinientes en un proceso de fecundación asistida*, ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco de Filiación, setiembre-octubre de 1987). Concordantemente se pronuncia PARELLADA, ob. cit. en nota 2, ps. 428/419.

⁷⁶ ANDORNO, ob. cit. en nota 2, p. 396.

⁷⁷ SAUX, ob. cit. en nota 26, p. 631. Cfr. Andorno, Belluscio, Andruet.

⁷⁸ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, ob. cit. en nota 20, p. 203.

En último término hemos de reseñar el criterio sostenido por Bueres, quien afirma que, en principio, la obligación asumida es de medios, poniéndose a cargo del demandado la carga de probar su no culpa o la causa ajena. Empero, de tratarse de una fecundación heteróloga, estima que existe una mayor obligación para el profesional y centro asistencial, quienes asumen una obligación tácita de seguridad en el control de la calidad del material genético utilizado (en el ámbito contractual) o un deber de fines (en el ámbito extracontractual), siendo, por ende, su responsabilidad objetiva. Consecuentemente, a fin de su eximición deberán probar la fractura del nexo causal. El citado autor sostiene que los gametos de los terceros biológicos, una vez separados del cuerpo, son cosas riesgosas o viciosas⁷⁹. Coincide con tal criterio Ferrer⁸⁰.

Personalmente, adherimos a la postura de Ferrer y de Bueres y agregamos que la responsabilidad de los centros donde se realizan las técnicas de fecundación asistida es objetiva, pues revelada la culpa del médico, dicha responsabilidad se torna inexcusable o irrefragable, ya que la misma es producto de la violación del crédito a la seguridad, de ahí que el establecimiento sanitario no puede eximirse probando su no culpa en la elección o vigilancia.

Otra faceta interesante vinculada al tema está referida a la posibilidad de convenir cláusulas de limitación o eximición de responsabilidad de los profesionales. Pues bien, dejamos sentado aquí nuestro parecer contrario, no debiendo olvidarse la índole y jerarquía del bien jurídico comprometido en los procesos de fecundación asistida. Creemos que aun de haberse estipulado cláusulas exonerando a los facultativos de realizar el control del material genético aportado por los futuros padres requirentes, e incluso ante el conocimiento de la pareja sobre el riesgo de malformaciones o enfermedad que pudiera transmitirse por parte del dador de gametos, ello en ningún caso sería invocable frente al afectado directo, a saber, el niño concebido con daños a su salud. Éste, en todo caso, se encuentra facultado para reclamar la indemnización pertinente, ya que no es aceptable otra con-

⁷⁹ BUERES, ob. cit. en nota 6, ps. 274/5.

⁸⁰ FERRER, ob. cit. en nota 42, p. 193.

clusión cuando se encuentra en juego la vida o integridad física de la persona, bienes sobre los cuales no se puede disponer⁸¹.

F) *Opinión en congresos y jornadas*

a) *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*
(Buenos Aires, 1991)

En tal encuentro, en despacho mayoritario, se afirmó que los padres son responsables frente a sus hijos por las taras hereditarias que aquéllos ocasionan a éstos, en el marco de la fecundación asistida, a raíz de una enfermedad grave de la que ellos tuvieron conocimiento (por ej., sífilis, sida, etc.)⁸².

b) *II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros* (1992)

El criterio expuesto en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires en 1991, fue reiterado en las II Jornadas Marplatenses citadas, en cuyo transcurso se recomendó que “los padres son responsables frente a sus hijos por la transmisión de graves enfermedades hereditarias o por el contagio a través de métodos de inseminación artificial o asistida, si conocieron o pudieron conocer la posibilidad ‘cierta’ de ocasionar tales perjuicios”⁸³.

A su vez, se estableció por unanimidad que en las técnicas de fecundación, los agentes biomédicos y los establecimientos responderán por el nacimiento de un niño con deficiencias, producto del uso de gametos defectuosos o en mal estado de conservación. Será eximente

⁸¹ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, ob. cit. en nota 20, p. 204; ANDORNO, ob. cit. en nota 2, p. 399.

⁸² XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991, cuyo despacho mayoritario fue suscripto por los Profs. Dres. Bueres, Messina de Estrella Gutiérrez, Gesualdi, Kraut, Banchio, Müller, Meza, Boragina, Agoggia, Jiménez, Bravo, Niel Puig, A. Alterini, López Cabana, Wayar, Parellada, Aída Kemelmajer de Carlucci.

⁸³ II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, 1992; la recomendación en cuestión fue suscripta por los Profs. Dres. Bueres, Kemelmajer de Carlucci, Parellada, Leiva, Boulin, Gesualdi, Tanzi, A. Alterini, López Cabana, Messina de Estrella Gutiérrez, entre otros.

de responsabilidad la imposibilidad de descubrir la insuficiencia de los gametos. Se sostuvo que el deber médico referido a la técnica de inseminación configura una obligación de medios.

c) *VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (1994)*

En el seno de la Comisión N° 1 de dichas jornadas⁸⁴, celebradas en Junín en octubre de 1994, se estableció el deber de reparar los daños derivados del empleo de técnicas de ingeniería genética, siendo aplicable el estatuto de la teoría del riesgo creado.

G) *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de las Personas (Unesco, 1997)*⁸⁵

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos prescribe, en su artículo 8º, que “toda persona tendrá derecho, de conformidad con el Derecho Internacional y el Derecho nacional, a una reparación equitativa de un daño del que pueda haber sido víctima, cuya causa directa y determinante pueda haber sido una intervención en su genoma”.

Por otra parte, en su artículo 12, apartado b, se dispone que “la libertad de investigación, que es necesaria para el progreso del saber, procede de la libertad de conciencia. Las aplicaciones de la investigación sobre el genoma humano, sobre todo en el campo de la biología, la genética y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad”.

En este documento se señala que el genoma humano constituye un patrimonio de la humanidad, y que el genoma de cada individuo representa su específica identidad genética. Ello implica “un deber de garantizar también las condiciones para su adecuado desarrollo. No prohíbe directamente la terapia génica en línea germinal, manteniendo

⁸⁴ Despacho de la Comisión N° 1, tema: *Responsabilidad por riesgo*, presidida por Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana.

⁸⁵ Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, Unesco, Conferencia General, París, 11 de noviembre de 1997.

que la aplicación de estas técnicas sólo se realizará después de ponderar los riesgos y beneficios de su aplicación al sujeto concreto”⁸⁶.

H) *Convención para la protección del ser humano en relación con la aplicación de la biología y la medicina (Convención Europea de Bioética, 1997)*

En la órbita europea, la Convención de Bioética y Derechos Humanos, aprobada por el Comité de Ministros con fecha 19 de noviembre de 1996 y suscripta por los países miembros del Consejo de Europa el 4 de abril de 1997, afirma la primacía del ser humano sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia, acordando prioridad al primero en caso de conflicto. El Convenio, cuyo fin es proteger los derechos humanos y la dignidad, se inspira en el principio de primacía del ser humano, y todos sus artículos deben interpretarse bajo esa luz (art. 2º)⁸⁷.

Su artículo 13 dispone que “únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas, y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia”; en tanto, su artículo 14 no admite la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo.

Y concretamente respecto de la experimentación con embriones *in vitro*, se afirma que cuando ésta sea admitida por ley, deberá garantizar una protección adecuada al embrión, sin perjuicio de prohibir la creación de embriones humanos con fines de experimentación (art. 18, aps. 1 y 2).

Finalmente, se confiere a toda persona que haya sufrido un daño

⁸⁶ APARISI MIRALLES, A., *Manipulación genética en seres humanos: posibles mecanismos de control*, en E. D. del 31-7-98.

⁸⁷ Ver informe explicativo de la Convención para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (art. 2º). Un análisis de los principios y contenidos básicos de la Convención puede consultarse en HOOFT, ob. cit. en nota 1, ps. 129 y ss.

injustificado, como resultado de una intervención, el derecho a una reparación equitativa (art. 24).

I) *Declaración de Mónaco (2000)*

En el mes de abril del año 2000 se realizó el Coloquio Internacional de Bioética y Derechos del Niño, que culminara con la llamada Declaración de Mónaco, en la cual se formularon diversas recomendaciones, entre ellas: el reconocimiento de todo infante como un ser singular y nuevo, y el aseguramiento del respeto de la dignidad del embrión *in vitro* creado con fines de procreación en caso de infertilidad de la pareja o para evitar la transmisión de una afección de especial gravedad, y luego del feto.

2. *Responsabilidad por la negativa a reconocer el hijo en la inseminación heteróloga practicada con consentimiento del esposo*

Uno de los primeros aspectos que merecieron la atención de los juristas fue la temática concerniente a la determinación de la filiación biológica y legal, cuya compatibilización no resulta fácil cuando en el proceso de reproducción asistida intervienen terceros, ya sea un dador de esperma o de óvulos, e incluso en los casos de madre sustituta. Escapa al objeto del presente trabajo analizar tales aspectos, siendo vasta la bibliografía en la materia. Por ende, hemos de limitarnos a considerar los daños que pueden presentarse en los supuestos de inseminación heteróloga cuando ésta es practicada a la cónyuge con esperma de un tercero y mediando consentimiento del marido.

En nuestro país no existe regulación sobre el tema, no estando prevista la posibilidad de registrar el consentimiento del esposo, por lo cual podría suceder que este último promoviera una acción de impugnación de la paternidad atribuida por la ley (art. 243 del Cód. Civ.). Empero, frente al cuestionamiento ulterior de su paternidad o negativa a aceptar el hijo, la doctrina es conteste en afirmar el deber de resarcir los daños generados por tal accionar, tanto frente a la esposa como frente al hijo procreado.

Mayormente, se invoca como fundamento la doctrina de los “actos propios”, sosteniéndose que la actitud del marido contraría sus actos atento al consentimiento que prestara con anterioridad. También se ha alegado en base al “abuso de derecho” como factor de atribución de responsabilidad, entendiendo que la conducta contraría a los propios actos implica un ejercicio abusivo del derecho, además de una violación al principio de buena fe⁸⁸.

Ya en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, de 1989, se dijo que “en caso de haberse producido la inseminación heteróloga, la filiación no podría ser cuestionada por los padres que hayan dado su consentimiento, previa información suficiente y clara sobre su alcance”⁸⁹. Tal criterio fue adoptado por unanimidad por la Comisión N° 1 de las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, celebradas en el año 1992⁹⁰.

3. *Responsabilidad en los supuestos de congelamiento de embriones*

Toda vez que, a raíz del congelamiento al que sean sometidos los embriones, se irroge un daño a la salud del hijo, éste podría accionar contra los diversos sujetos involucrados, considerando de aplicación al caso lo antes dicho sobre los daños a la salud en el marco de la fecundación asistida (ver punto III, 1).

Sin embargo, la cuestión no se agota allí. En efecto, Andorno nos llama la atención sobre la posibilidad de que, en el futuro, el nacido bajo tales circunstancias reclame los daños por el retardo deliberado de su nacimiento y por el tiempo en que se vio privado del contacto con sus padres⁹¹.

Una vez más, las posturas se polarizan. Quienes se enrolan en la tesis afirmativa sostienen que ello atentaría contra la dignidad de la

⁸⁸ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, ob. cit. en nota 20, p. 200; BÍSCARO, ob. cit. en nota 5, p. 151; PARELLADA, ob. cit. en nota 2, p. 420.

⁸⁹ Tema N° 2, despacho de la Comisión, punto III, apartado 8 de las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, celebradas en el año 1989.

⁹⁰ La Comisión N° 1 fue presidida por Gustavo Bossert y Alberto Bueres.

⁹¹ ANDORNO, Roberto, *El derecho a la vida: ¿cuándo comienza? (A propósito de la fecundación “in vitro”)*, en E. D. 131-910.

persona del hijo, a quien se expone a morir por efecto del congelamiento y se lo priva del goce de los afectos familiares. Sostiene así Cafferata que resultaría indemnizable el daño moral causado tanto a los padres como al hijo contra el equipo médico que procedió al congelamiento del embrión, como contra quienes autorizaron a su realización⁹² —en este último supuesto la acción podría ser entablada por el hijo contra los padres que consintieron tal hecho—.

Contrariamente, se señala que las circunstancias apuntadas no pueden dar lugar a acción resarcitoria alguna, no advirtiéndose daño en el retardo ni en la privación de contacto con los padres, que en todo caso quedarían compensados con el tiempo que efectivamente, quien fue primeramente congelado y luego nació, vivió con posterioridad con sus padres. Tampoco es advertido el mismo en la mera existencia de un peligro de muerte con motivo del congelamiento, luego no concretado⁹³.

Adherimos a esta última tesis, no observándose un daño con entidad suficiente a fin del acogimiento de su reparación. En materia de congelación de embriones *in vitro*, juzgamos que la responsabilidad ha de limitarse a aquellos supuestos en que, concretamente, se afecte la salud, integridad psicofísica y dignidad del ser humano, no pudiendo extenderse a tal punto de admitir el mismo por el tiempo en que “se habría visto privado del amor y cuidado paterno”.

4. Responsabilidad civil por clonación

La clonación es el procedimiento mediante el cual se obtienen individuos idénticos a partir de un solo sujeto⁹⁴. Ésta constituye una forma de reproducción asexual mediante la cual se crean indi-

⁹² CAFFERATA, José Ignacio, *Las nuevas técnicas de reproducción humana y el Derecho positivo argentino*, en E. D. 130-743, N° 34, y p. 754.

⁹³ En tal sentido se expide: SAMBRIZZI, ob. cit. en nota 53, p. 240; FERRER, ob. cit. en nota 42 ps. 205/6.

⁹⁴ Técnica que ha sido aplicada en el reino animal y vegetal, copiándose naranjales enteros, árbol por árbol, a partir de uno solo muy productivo, rebaños de animales, clonación de un campeón Kenyee o de una vaca Kazakhstan. Ver: SOTO LAMADRID, Miguel A., *Biogenética. filiación y delito*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 211.

viduos idénticos, tanto biológica como genéticamente –es decir, que compartan el mismo genoma⁹⁵–.

Esta práctica ha sido objeto de incontables reflexiones y honda preocupación en todo el mundo. Compartimos el criterio de quienes se pronuncian por su categórico rechazo, ya que la misma resulta violatoria del derecho a la identidad del nuevo ser y dignidad humana. En palabras de Javier Gafo, “un hijo clónico sería un ser al que se ha asfixiado la autenticidad de ser él mismo, la libertad de descubrirse a sí mismo [...] Se lesiona un derecho fundamental, que pertenece inevitablemente a la libertad existencial”⁹⁶.

Amén de ello, en cuanto a la clonación humana por transferencia nuclear, se ha puesto de relieve que “si se empleasen células adultas como donantes nucleares, desconocemos aun los eventuales riesgos; si los individuos clonados tendrían una expectativa de vida menor, una mayor susceptibilidad al cáncer, si serían fértiles, si ellos o sus hijos sufrirían una tasa mayor de anomalías genéticas genéricas”⁹⁷.

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en su artículo 11, claramente dispone que “no deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos”, invitándose a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes “a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el

⁹⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho genético*, Grijley, Lima, 2001, p. 121. El citado autor nos hace saber que la clonación puede ser: a) natural: producida por el propio organismo viviente (cuando una célula se divide formando 2 o más embriones: el caso de los gemelos univitelinos); b) artificial: producto de la voluntad del hombre, donde la fecundación se realiza de manera asistida, extracorpórea y atípicamente, logrando generar en forma asexual un ser cuya característica es tener un código genético compartido con su genitor. Ello sin contar con la partenogénesis, esto es, el método que permite el desarrollo del ovocito mediante técnicas de estimulación nuclear, sin la presencia de espermatozoides –aquí no hay fecundación–.

⁹⁶ GAFO, Javier, *El nuevo “homo habilis”*, en *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Marino Barbero Santos, Madrid, 1989, p. 165, citado por BANCHIO, *Daño al “concepturus”*... cit., p. 183.

⁹⁷ Opinión del grupo asesor sobre aspectos éticos de la biotecnología de la Comisión Europea Nº 9, del 28-5-97. Aspectos éticos de la clonación, en Diario Médico. Asesor legal. Documentos. <http://www.rcoletos.es/dm/asesor/clonacion.html> (3-1-2001), cit. por VARSÍ ROSPIGLIOSI, ob. cit. en nota 95, p. 332.

plano nacional o internacional las medidas que correspondan para asegurarse de que se respeten los principios enunciados en la presente Declaración”. Dentro del ámbito europeo, se procedió a dictar un Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad Humana (Convención Europea de Bioética), en el cual se dispone la prohibición de clonar seres humanos (art. 1º).

En caso de que se llevara a cabo una clonación, indudablemente el nacido tendría derecho a una reparación del daño sufrido tanto por parte de los profesionales actuantes y centro donde se llevara a cabo la misma, como del o los progenitores que la hubiesen consentido.