



*Responsabilidad civil en el marco
de la reproducción asistida.*

Año 2010

DROVANDI, SILVINA DANIELA

DNI: 30.771.083

LEGAJO: ABG 00304

CARRERA: ABOGACÌA



RESUMEN

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, a los cuales el Derecho no puede ni debe ignorar. Una vez más, se exige a nuestro ordenamiento jurídico una respuesta a fin de otorgar el debido y adecuado marco regulatorio.

En el presente trabajo de tesis nos proponemos realizar apenas una introducción a la temática que gira en torno a la responsabilidad por los 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, para de esta manera formular parámetros a tener en cuenta para el dictado normativa que regule la reproducción humana artificial.-



ABSTRACT

Perhaps one of the areas in which the scientific and technological development produced over the passed few decades has penetrated the most is the one referred to human reproduction. Nowadays, the possibility of correcting or supplementing the lack of generative biological capacity, by means of the disposition and improvement of assisted reproductive techniques, has become a reality. Furthermore, even when the generative biological capacity is not absent, but there is still a risk of having children with malformations, physical defects, or severe health problems, the mentioned techniques constitute an alternative method for those who wish to become parents.

The following are the main reasons why assisted reproductive techniques are usually employed: in the first place, in order to treat human infertility, and secondly, in order to prevent the transmission of genetic or hereditary diseases.

However, the use of such techniques has not only permitted to avoid the risks and difficulties of natural procreation, but also, at the same time, it has notoriously increased the risks of damages. The technological advances of science have posed several questions, especially in relation to the use of modern techniques for genetic manipulation and assisted reproduction, which can not and must not be ignored by the Law. Once again, we demand answers to our Legislation in order to impose proper regulations.

The purpose of this thesis is to provide a brief introduction to the subject concerning the responsibilities for the damages inflicted to newborns in the framework of assisted fertilization, an issue strongly related to human life guardianship from the very beginning, even outside the womb, so as to establish parameters to take into consideration when dictating the normative guidelines that regulate artificial human reproduction.



AGRADECIMIENTOS

A todos los profesores que he tenido a lo largo de carrera y para aquellos que de algún modo han colaborado con la realización de este trabajo. En especial a la Dra. Rosana A. De Souza, profesora de la materia Derecho de familia, y a la Dra. Andrea P. Sola, profesora de la materia Derecho de daños, por brindarme su tiempo, conocimiento y paciencia para la realización de este trabajo.

A la Dra. Mercedes Imbertí, quien fue la tutora de la carrera en mis últimos años, por su dedicación y compromiso con los alumnos.

A mi familia que ha estado siempre incondicionalmente acompañándome a lo largo de estos años.

A mis compañeros y amigos, sin los cuales no me hubiera sido posible cumplir esta gran meta de mi vida.



ÍNDICE

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN

1.1 Planteo del tema.....	Pág. 2
1.2 Antecedentes.....	Pág. 3
1.3 Delimitación del problema.....	Pág. 5
1.4 Planteamiento del problema.....	Pág. 6
1.5 Justificación e importancia del problema investigado.....	Pág. 6
1.6 Objetivos.....	Pág. 6
1.7 Metodología.....	Pág. 7
1.8 Estructura del trabajo.....	Pág. 8

CAPÍTULO 2: PERSONA FISICA

Pág. 10

2.1 Persona física.....	Pág. 11
2.2 Técnicas de reproducción asistida.....	Pág. 12
2.2.1 Técnicas de baja complejidad.....	Pág. 12
2.2.2 Técnicas de mediana complejidad.....	Pág. 15
2.2.3 Técnicas de alta complejidad.....	Pág. 16
2.3 Encuadre legal.....	Pág. 21

CAPÍTULO 3: RESPONSABILIDAD CIVIL

Pág. 23

3.1 Responsabilidad.....	Pág. 24
3.2 Responsabilidad civil.....	Pág. 25
3.2.1 Funciones de la resp.civil.....	Pág. 25
3.2.1.1 1) Función de reparación.....	Pág. 25
3.2.1.2 2) Función demarcatoria.....	Pág. 26
3.2.1.3 3) Función de prevención del daño.....	Pág. 26



3.2.2 Principios fundamentales de responsabilidad.....	Pág. 26
3.3 Responsabilidad contractual y extracontractual.....	Pág. 27
3.4 Presupuestos de la responsabilidad civil.....	Pág. 27

**CAPÍTULO 4: RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN LA
FECUNDACION ASISTIDA**

Pág. 29

4.1 Responsabilidad por daños.....	Pág. 30
4.2 En la fecundación asistida.....	Pág. 30
4.2.1 El daño.....	Pág. 30
4.2.2 La antijuricidad.....	Pág. 33
4.2.3 Nexo Causal.....	Pág. 34
4.2.4 Factor de atribución.....	Pág. 35
4.3 Daños causados directamente al paciente.....	Pág. 38
4.4 Legitimados pasivos.....	Pág. 39
4.4.1 Los padres legítimos frente al nacido.....	Pág. 39
4.4.2 Los dadores anónimos.....	Pág. 42
4.4.3 La madre sustituta.....	Pág. 44
4.4.4 Los profesionales y/o equipo medico y/o centro sanitario.....	Pág. 47
4.5 Responsabilidad civil derivada de la selección del material genético.....	Pág. 52

**CAPÍTULO 5: DAÑOS A LA IDENTIDAD DERIVADD DE LAS
NUEVAS TECNOLOGIAS REPRODUCTIVAS.**

Pág. 55

5.1 Daño a la identidad.....	Pág. 56
5.2 Marco normativo.....	Pág. 58
5.3 Supuestos en los que se vulnera el derecho a la identidad.....	Pág. 59
5.3.1 Anonimato de dador.....	Pág. 60
5.3.2 Maternidad Subrogada.....	Pág. 63
5.3.3 Filiación post Morten.....	Pág. 65



**CAPÍTULO 6: PROYECTO DE LEY. DOCTRINA Y
JURISPRUDENCIA.**

Pág. 68

6.1 Proyectos vigentes.....	Pág. 69
6.1.2 El proyecto de 1997 con “media sanción”.....	Pág. 70
6.1.3 Otros proyectos anteriores.....	Pág. 70
6.2 XIII Jornadas nacionales de derecho civil, Bs. As 1991.....	Pág. 74
6.2.1 II Jornadas Marplatenses de resp. Civil y seguros 1992.....	Pág. 74
6.2.2 VI Jornadas Bonaerense de derecho, comercial y procesal 1994.....	Pág. 74
6.3 Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos de las personas _UNESCO_ 1997.....	Pág. 75
6.3.1 Convención para la protección del ser humano en relación con la aplicación de la biología y la medicina (Convención Europea de Bioética) 1997.....	Pág. 76
6.3.2 Declaración de Mónaco.....	Pág. 77
6.4 Doctrina y jurisprudencia.....	Pág. 77
6.4.1 Estados Unidos.....	Pág. 77
6.4.1.1 1). “Bader VS. Jonhnsón” (2000).....	Pág. 78
6.4.1.2 2). “Kassama VS. Magat” (2001).....	Pág. 79
6.4.2 Uruguay.....	Pág. 81
6.4.2.1 Suprema Corte de Justicia.....	Pág. 81
6.4.3 Italia.....	Pág. 83
6.4.4 Corte de Apelación de Pavona (1985).....	Pág. 84
6.4.5 Corte de Casación (1996).....	Pág. 84
6.4.6 Tribunal de Perugia (1998).....	Pág. 84

CAPÍTULO 7: CONCLUSION

Pág. 86



7.1 Consideración final.....	Pág. 87
7.2 Propuesta.....	Pág. 95
7.3 BIBLIOGRAFÍA.....	Pág. 98



Capítulo 1

Introducción



INTRODUCCIÓN

Planteo del tema

Al estar la sociedad inmersa en un mundo de constantes cambios los auxiliares del derecho deben adaptarse a ellos, logrando que todo el ordenamiento jurídico funcione en sincronía con la evolución del hombre en todas sus relaciones o aspectos, tanto económicos, políticos, científicos, sociales, entre otros. De modo contrario se corre el riesgo de que la realidad social supere la normativa vigente y que los conflictos que surjan en ella escapen a un marco legal, quedando la resolución de los mismos al libre entender de los jueces, como consecuencia de un vacío normativo.

Actualmente uno de los cambios a los cuales hago alusión se trata de la de inseminación artificial, es decir *“En principio y por definición, inseminar es hacer llegar el semen al ovulo mediante un artificio cualquiera”*¹ Ante esto, el derecho debe ajustarse a las transformaciones sociales para no dejar sin protección jurídica a las distintas situaciones producto de los efectos que se generan de estos avances científicos. La regulación legal de todo lo concerniente a reproducción asistida, para nuestro ordenamiento jurídico, aun es materia pendiente.

Hoy en día al estar las técnicas de la reproducción asistida a disposición de quien requiera ellas, es real la posibilidad de pretender la corrección de las dificultades o subsanar la falta de capacidad biológica de reproducción. Más aun, cuando la capacidad biológica de engendrar no esté ausente, pero el concebir hijos traiga aparejado el riesgo de que el mismo nazca con malformaciones o graves daños a su salud, estas técnicas suelen ser la salvación para las personas que se vean afectadas por estas situaciones.

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, XXII Edición, España, 2001, p. 1283



Alguno de los motivos más comunes por los cuales se recurre a estos métodos de reproducción, son: combatir la esterilidad y prevenir las enfermedades congénitas o hereditarias. Mas allá de que estas técnicas sean utilizadas en miras de minimizar posibles complicaciones al momento de procrear de manera natural, muchas de las veces traen aparejadas ciertos riesgos, los cuales inciden directamente en la materia de daños.

Los mas significativos problemas de responsabilidad civil que pueden ocurrir por la utilización de las técnicas de reproducción humana artificial, surgirán cuando el niño fruto de las mismas, nazca con serias deficiencias físicas o síquicas, ya sea por la utilización de material genético defectuoso (provenientes de personas que padezcan enfermedades transmisibles o hereditarias), o por errores en el procedimiento de obtención, conservación o manipulación de dicho material.²

El presente trabajo de tesis gira en torno a la responsabilidad por los daños ocasionados al nacido y/o a sus progenitores en el marco de la fecundación asistida.

Analizaré la responsabilidad civil frente a los hijos concebidos a través de las nuevas técnicas de fecundación, quedando comprendidos los distintos supuestos de daños generados al nacido, por cualquiera de los intervinientes en el proceso de procreación artificial, como así también los daños que puedan sufrir los padres como consecuencia del actuar de los profesionales de la salud.

Antecedentes³

² PANTALEÒN PRIETO, Fernando, “Procreación artificial y responsabilidad civil”, en *la filiación de siglo XX*, ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Mundial Vasco. Ed. Trivium, Madrid, 1987. Pág. 262.

³ Encarta 2009.



Es difícil señalar con certeza el origen de los procedimientos artificiales aplicables a la reproducción, tanto en animales como en seres humanos.

- En el reino vegetal: Los pueblos babilónicos y arábigos hallaron en los vegetales un método de reproducción sin cópula, ya que lograron polinizar artificialmente palmeras para conseguir mayor producción de dátiles.

- En el reino animal: Se estiman que, a mediados del siglo XIII, los pueblos árabes practicaban métodos artificiales de fecundación, con el propósito de mejorar genéticamente sus caballos. Aunque se considera que fue hasta el año de 1870, cuando el biólogo y sacerdote italiano, Lázari Spanella, realizó exitosamente la fecundación de una perra con el producto obtenido de un sabueso, destruyendo así, la teoría de la “aura seminalis”, es decir que el simple espermatozoide representa el principio de la vida, al evidenciar que era imposible producir gestación alguna sin el contacto directo entre los géneros femenino y masculino. Un antecedente más revelador se registra en el año de 1930, cuando el zoólogo británico, Gregory Picus, “logró la activación artificial de un óvulo no fecundado con una coneja y el primer parto de un conejo vivo sin padre”. En los últimos años es manifiesto el desarrollo que han tenido las técnicas inseminatorias en el reino animal, al grado que, el 27 de febrero de 1997, el doctor Ian Wilmut, del Instituto Roslin de Edimburgo, Escocia, anunció el nacimiento de la oveja Dolly; el primer mamífero de que se tiene noticia producto de una clonación.

-En el género humano: En este rubro, los datos sobre experiencias e investigaciones son muy diversos. Así, se cuenta que a finales del siglo XV, un galeno español llevó a cabo un procedimiento inseminatorio, en la persona de la reina doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV “el impotente”, auxiliado con una cánula de oro y espermatozoide del monarca; y que el cirujano inglés, John Hunter, en 1799, consiguió la primera inseminación en una mujer con material genético de un donante



Ya en un contexto científico, debe evocarse el ensayo que, a mediados del siglo pasado, realizó, en la Universidad de Bolonia, el biólogo Danielle Petrucci, quien “logró el desarrollo de embriones in vitro, uno de los cuales se mantuvo vivo durante casi sesenta días en un tubo de ensayo y cuya evolución fue, incluso, filmada”. Pero, no es sino hasta el año de 1978, cuando en el Oldham Hospital de Gran Bretaña, nace Louise Brown, el primer ser humano que fue concebido fuera del seno materno, mediante la fecundación de un óvulo de su madre, lograda en la probeta de un laboratorio.

A partir de ese momento, los casos se han multiplicado, particularmente en Australia, Estados Unidos, Inglaterra y España, resultando celebres los siguientes:⁴

- En 1983, nace en Inglaterra Clare Fareswam, primer bebé gestado in vitro por un matrimonio mixto: una inglesa rubia y un jamaquino negro;
- En 1984, nacieron en Barcelona, España, los primeros gemelos fecundados en laboratorio;
- En 1984, nace en California Doron Blake, primer niño procreado con semen de un donante premio Nobel;
- En 1986, nacieron en Argentina, Pablo y Elinana de la Ponte, primeros mellizos gestados in vitro ”

Delimitación del problema

Ubicándonos en la amplia temática de la reproducción humana artificial, para este trabajo he realizado algunos recortes que delimiten la problemática a analizar.

El primero de ellos, es que trataré la responsabilidad civil de las personas que intervienen en el procedimiento de la fecundación artificial.

⁴ <http://www.todoelderecho.com/Apuntes/index.htm?D1=2&search2=inseminacion+artificial>.



En segundo lugar tratare de demostrar la necesidad imperiosa de normas que regulen la responsabilidad a la que he hecho alusión.

Y en última instancia, para que aquellas personas que hayan sufrido algún daño derivado de las técnicas artificiales de reproducción humana puedan reclamar. Asentando, para ello, el elemento antijuricidad en los principios generales y fundamentales del derecho, y en la aplicación de las normas por analogía.

Planteamiento del problema

A partir de estas delimitaciones, se propone el siguiente **problema de investigación**:

La responsabilidad civil derivada del uso de métodos de reproducción humana artificial.

Justificación e importancia del problema

A partir de las razones desarrolladas, entre otras, podemos apreciar la gran necesidad social de contar con normas que regulen todo lo concerniente a la reproducción humana artificial.

No se puede negar que muchas personas acuden a estas técnicas como único medio posible para poder procrear, aunque no siempre este es el principal motivo. Existen otros móviles, como pueden ser el deseo de los progenitores a poder concebir un hijo con determinado color de piel, de ojos; a fecundar óvulos in Vitro por si en un futuro se les ocurre ser padres; y un sin fin de motivos mas, tantos como personas deciden acudir a estas técnicas.

El objetivo es poder fundamentar y dar a conocer que tanto las personas que acuden a estos nuevos métodos de reproducción como los centros especializados y los profesionales intervinientes, muchas veces con su actuar ocasionan daños. Y que las personas que acarrear con las consecuencias de esas



conductas dañosas, las más de las veces podrían ver truncado su derecho a reclamar.

Objetivos

Para dar cuenta de esta problemática, se proponen como **objetivos:**

Objetivo general

- Encuadrar la responsabilidad de las personas que intervienen en la realización de la inseminación humana artificial, cuando se le cause daño tanto a las personas que recurren a estos métodos artificiales de concepción como así también a la persona concebida a través de estas técnicas, dentro de los presupuestos de la responsabilidad civil, para de esta manera probar que es viable el reclamo de indemnización.

Objetivos específicos

- Determinar desde cuando se considera que hay vida humana tutelada por el derecho.
- Hacer una breve descripción de los métodos utilizados para la fecundación artificial humana.
- Evaluar la doctrina nacional e internacional acerca de la viabilidad de resarcimiento por daños en el uso de la reproducción humana artificial.
- Indagar jurisprudencia relativa al tema.
- Enmarcar el supuesto dentro de los elementos necesarios para que el hecho genere responsabilidad civil resarcible.



Metodología

La **investigación** comienza con la formulación de preguntas sobre determinados fenómenos. La mayor dificultad reside en elegir un método de recolección de información que sea apropiado para los interrogantes planteados. El **método** es la estrategia orientada a solucionar los problemas planteados por el investigador con un fin determinado. En este sentido, la elección de un método depende del objeto de estudio y del problema planteado. La **técnica** supone un nivel de menor generalidad y podría definirse como el conjunto de procedimientos tendientes al logro de un objetivo, es decir, refiere a diferentes formas de recolección de datos.

Este trabajo se encuentra enmarcado dentro de la metodología cualitativa de investigación, y en este sentido, se utilizó como técnica básica de recolección de datos el análisis, recolección y fichado de fuentes documentales y bibliográficas diversas. Entre ellas, bibliografía de autores importantes, fallos relevantes al tema, Códigos argentinos, Constitución Argentina, proyectos de ley, entre otras.

Por otra parte, también es menester enmarcar esta investigación dentro del reglamento interno de nuestra universidad. Lo que este informe refleja puede encuadrarse dentro de lo que se denomina *Proyecto de Investigación Aplicada*. Es decir, se trata de una investigación que aborda una problemática determinada desde un cuerpo teórico y metodológico ya existente.

Estructura del trabajo

El informe final que sintetiza este trabajo se encuentra organizado en seis capítulos.

Este primero, en el que se expone la introducción del estudio, esto es, tema, problema, justificación, objetivos, metodología. El segundo, donde se



conceptualiza la vida humana desde la concepción, tanto dentro como fuera del seno materno. El tercero, hace una revisión de los presupuestos de la responsabilidad civil, para explicar el concepto de daño. El cuarto, orientado a conceptualizar la responsabilidad civil en la reproducción humana artificial. En el quinto capítulo, se exponen daños a la identidad derivados de las nuevas tecnologías reproductivas. En el sexto capítulo se exponen los proyectos de ley que existen en nuestro país y las opiniones vertidas en congresos. Y se hace un análisis de doctrina y jurisprudencia relacionado a la problemática del presente trabajo. El séptimo capítulo contiene la conclusión y propuesta del trabajo.





PERSONA FISICA

Considero que hay vida humana tutelada por el derecho desde su concepción, ya sea esta fuera o dentro del seno materno.

El Código Civil Argentino sostiene en su artículo número 63 que son persona por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno. Y en su artículo número 70 que se es persona desde la concepción en el seno materno. Al referirnos a la fecundación in Vitro estamos en presencia de una fecundación extracorpórea, por ende debemos recurrir a la aplicación del derecho por analogía, en merito a lo reglado por el artículo 16 del Código Civil. También cabe citar el artículo 51 del mismo cuerpo legal, el cual nos dice que “Todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”.

Mas aun el artículo 264 de la Ley 23.264 de Filiación y Patria Potestad, establece que los deberes-derechos emergentes de la patria potestad tiene como punto de partida la concepción, sin requerir que ésta lo sea en el seno materno⁵.

En el marco de nuestra Constitución Nacional, cabe mencionar las previsiones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos -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 de 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 Constitución Nacional reformada en el año 1994).

⁵ BOSSERT, Gustavo-ZANNONI, Eduardo, Régimen legal de filiación y patria potestad, .Bs.As 1995. Ed. Astrea. Pág. 264 y ss.



Como corolario, al embrión formado en el seno materno o fuera de él, debe reconocérsele el derecho a la dignidad e integridad y el derecho a la salud, cuya violación ha de generar el consecuente resarcimiento.

Técnicas de reproducción asistida⁶

Entrevista realizada a la Dra. María Marta Gutiérrez. Ginecóloga.

Aclaraciones previas

- Procreación artificial homóloga: se denomina de esta manera cuando para la procreación la pareja utiliza los gametos propios de la misma (intraconyugal).
- Procreación artificial heteróloga: se denomina de esta manera cuando para la procreación la pareja utiliza elementos vitales de donantes-terceros ajenos a la pareja (extraconyugal)

El sistema utilizado puede tratarse de la simple inseminación artificial (fertilización incorporada) o fecundación artificial (fertilización extracorpórea o in Vitro con transferencia posterior de los embriones obtenidos).

1.- Técnicas de baja complejidad: inseminación artificial (IUI):

Dentro de las técnicas de inseminación artificial, ésta es la más simple ya que la fertilización se lleva a cabo en el ambiente natural (trompas de Falopio). De esta manera, es requisito esencial que por lo menos una de las trompas de la mujer esté sana.

⁶ Entrevista realizada a Dra. María Marta Gutiérrez. Ginecología. M.P. 13503 – M.E. 9488, basada en: “Walls, Medicina Interna, Ed. Lippincott Williams y Wilkins, 2009. Pag 231 y ss. y Cecil-Goldman. Tratado de Bio Medicina. Ed. Elsevier, 2009. Tomo II. Pag 542 y ss.



Este procedimiento consiste en inducir una estimulación leve de la ovulación con medicación, la cual se va monitoreando por ecografía y eventualmente, dosajes hormonales. El día de la ovulación se le solicita a la paciente una muestra de semen la cual es procesada en el laboratorio para recuperar los espermatozoides móviles los que son colocados en la cavidad del útero.

Podemos sintetizar los pasos de la inseminación intrauterina de la siguiente forma, a saber:

- Tratamiento con medicamentos para estimular la maduración de dos o tres óvulos. Generalmente, para obtener este resultado, se administran a la paciente gonadotrofina para estimular el crecimiento de folículos y producir la ovulación.

- Monitoreo del tratamiento para medir el crecimiento de los folículos, individualizar las dosis del medicamento y prevenir efectos secundarios serios. Esto se realiza mediante examen ultrasonido transvaginal. Debido a que los medicamentos que promueven la fertilidad pueden producir varios óvulos, el monitoreo es importante durante esta fase del tratamiento para evitar efectos secundarios y/o un embarazo múltiple.

El monitoreo del tratamiento se lleva a cabo por medición de las concentraciones de hormonas en muestras de sangre y mediante el antes mencionado ultrasonido transvaginal para monitorear el desarrollo de los folículos.

La presencia de muchos folículos implica la producción de demasiados óvulos lo cual aumenta el riesgo de embarazos múltiples, es por ello que el objetivo de la IUI consiste en generar no más de tres óvulos.



- La muestra de esperma, obtenida en la mañana del día de la ovulación se prepara y se inyecta más tarde ese mismo día. Cuando dos o tres folículos alcanzan el tamaño requerido, la ovulación se induce con una inyección adicional de hormonas (hCG). Luego, después del momento de la ovulación, se coloca la muestra del semen fresco, ya procesado en la parte superior del útero de la mujer, utilizando para ello una sonda fina.

- En circunstancias normales, la IUI se lleva a cabo con el esperma de la pareja de la mujer. Sin embargo, existe otra técnica de inseminación artificial donde el esperma utilizado proviene de donantes anónimos.

Es dable destacar que todos los donantes de esperma deben someterse a un examen para la detección de enfermedades genéticas y virus.

Este tratamiento se reserva para casos de esterilidad masculina en los que el esperma del hombre presenta anormalidades severas (oligospermia, azoospermia, defectos morfológicos, etc).

¿En qué casos se recomienda esta práctica?

Debido a que el semen es transferido al útero, es importante que la mujer no presente anormalidades reproductivas manifiestas. Los estudios que se le hacen a la paciente deben revelar que la misma esté ovulando normalmente y que sus trompas de Falopio no presenten obstrucciones.

La IUI, es tanto útil en las parejas que no presentan una causa obvia de esterilidad, como también en los casos en que las mujeres padezcan trastornos ovulatorios (deben responder adecuadamente al tratamiento con medicamentos para promover la fertilidad).

Debido a que la inseminación artificial se basa en la capacidad natural de los espermatozoides para fertilizar un óvulo en el trayecto reproductivo, es



importante que las pruebas de esterilidad del hombre indiquen un funcionamiento razonable de los espermatozoides (número, movimiento y forma).

Este tratamiento ayuda a su vez a los hombres que generan una reacción inmunológica a su propio espermatozoides ("anticuerpos antiespermáticos"), por lo que los espermatozoides no podrán penetrar en el moco cervical de la mujer y en consecuencia llegar al óvulo.

La IUI, ha registrado grandes éxitos en los casos de endometriosis leve. Las mujeres que padecen de esta anomalía generalmente son tratadas de la misma forma que aquellas que presentan esterilidad inexplicable. El porcentaje de éxitos de este tratamiento, después de la estimulación ovárica es de 10% a 15 % por ciclo, pero puede llegar a ser hasta un 50% después de varios intentos en un año.

2.- Técnicas de mediana complejidad: GIFT.

GIFT: *Transferencia de gametos a las trompas de Falopio*. Esta técnica consiste en la recolección de óvulos del ovario que luego vuelven a transferirse casi inmediatamente después de su recolección (junto con una pequeña muestra de espermatozoides). En este procedimiento, como en todos los de alta complejidad, es necesario practicar la inducción de la ovulación, exámenes ecográficos y pruebas de sangre. También es similar a la IUI, en cuanto a la obtención del semen y su tratamiento. Los ovocitos son recolectados a través de la técnica de la laparoscopia o punción ecográfica. Los médicos, así tienen el tiempo justo para examinar los óvulos, elegir tres como máximo y añadir el espermatozoides antes de volver a colocar la muestra en las trompas de Falopio.

En la GIFT, la fertilización se lleva a cabo en el ambiente natural, que es el organismo de la mujer (trompas de Falopio), a diferencia de la FIV en la cual la fertilización se lleva a cabo *in Vitro* (en laboratorio).



Para sintetizar, los pasos a seguir son, los tres primeros corresponden a los mismos utilizados para la IUI, más la recolección de óvulos, generalmente bajo anestesia local mediante el procedimiento de laparoscopia (que dura aproximadamente entre 10 a 20 minutos) y por la misma vía su transferencia en el mismo momento, junto con los espermatozoides en la trompa de Falopio.

El índice de embarazos con la GIFT, asciende a un porcentaje de hasta el 36% por cada ciclo de tratamiento, de una tasa promedio de nacimiento de bebés vivos de 26%. Se ha comprobado que el GIFT es un tratamiento útil para las parejas con esterilidad inexplicable y en casos de endometriosis leve, siempre y cuando las trompas de Falopio estén sanas.

3.- Técnicas de alta complejidad: FIV, PROST, ZIFT o TET, FIVET.

FIV: En términos sencillos, la FIV consiste en retirar varios óvulos de los ovarios para fertilizarlos con el espermatozoides del hombre en el laboratorio y en transferir los embriones seleccionados a la matriz para su implantación y el desarrollo del embarazo.

FIV paso a paso

Tratamientos con medicamentos para estimular la maduración de varios óvulos: se suministran agonistas de la GnRH para suprimir cualquier otra actividad hormonal y también se suministran gonadotrofinas para estimular el crecimiento de folículos y producir la ovulación.

Monitoreo del tratamiento para medir el crecimiento de los folículos, individualizar las dosis del medicamento y prevenir efectos secundarios serios. Esto se realiza mediante examen ultrasonido transvaginal.

La recolección de óvulos, generalmente bajo anestesia local, guiada por ultrasonido transvaginal.



Muestra de esperma que se proporciona el mismo día que la recolección de óvulos.

Fertilización: los óvulos y el esperma se preparan y se cultivan juntos durante una noche. Al día siguiente los embriones se someten a un examen microscópico.

Aunque la FIV se desarrollo para tratar a las parejas cuya principal causa de esterilidad es un daño a las trompas de Falopio, la técnica también ha resultado útil en caso de endometriosis, alteraciones del esperma e incluso en casos de esterilidad inexplicable. También se ha demostrado que es conveniente llevarla a cabo en mujeres mayores de 35 años, en donde la tasa de embarazo disminuye considerablemente.

La tasa de nacimientos derivadas de la FIV es de aproximadamente un 15% para cada ciclo de tratamiento (este porcentaje no difiere mucho de lo observado de parejas fértiles normales).

PROST: Los procedimientos son los mencionados en la FIV, con más la transferencia de embriones a la trompa de Falopio por vía laparoscópica en estado de pronúcleo. En cambio, en el **ZIFT**, si bien el procedimiento de base es la FIV, la transferencia a la/las trompas de Falopio, se realiza en un estado más avanzado del embrión, es decir de 4 a 8 células.

FIVET: En la fecundación *in Vitro* con transferencia embrionaria, se utilizan los procedimientos antes indicados de inducción a la ovulación, monitoreo del tratamiento, recolección de óvulos, muestra de esperma y fertilización.

Estos ovocitos que fueron recolectados son incubados con el espermatozoide, previamente capacitados. A las 16/20 horas se observa si hay fertilización (detectando los pronúcleos masculinos y femeninos).



El embrión, se deja 2, 3 ó 5 días en cultivo y luego se realiza una transferencia transvaginal (a través del cuello del útero) de ellos colocándolos en la matriz. El paso siguiente es la prueba o monitoreo del embarazo que es común a todas las técnicas de alta complejidad (dentro de los 14 días de la transferencia)

Procedimiento de la FIVET:

La técnica consiste en los siguientes pasos:

- Obtención, preparación y cultivo de los gametos;
- Fertilización o fecundación y obtención de los embriones;
- Transferencia de los embriones al útero;

I.- Existen diferentes técnicas de obtención de espermatozoides, dentro de las cuales y dependiendo de las circunstancias del caso concreto, se pueden mencionar tanto a la *masturbación* o la *utilización de profilácticos especiales*.

Para la efectividad de este procedimiento y la mayor concentración de espermatozoides, se recomienda al varón una abstención sexual de por lo menos dos a cinco días antes de tomar la muestra. Una vez obtenido el semen, se lo deja licuar a temperatura ambiente. Posteriormente, se efectúa un espermograma con el objeto de observar cantidad, movilidad y aspecto morfológico de los espermatozoides y contenido de gérmenes del semen.

Todo este procedimiento complejo tiene su razón de ser ya que de los trescientos millones de espermatozoides promedio que se obtienen en una eyaculación normal, se efectúa una selección por emigración en un medio de cultivo de resultas de las cuales quedan de veinte mil a quinientos mil.

II.- La obtención de los ovocitos es bastante mas complicada que la de los espermatozoides ya que deben extraerse del interior del abdomen de la mujer.



Normalmente la mujer produce un solo ovocito maduro por ciclo, lo cual resultaba un alto porcentaje de fracasos, por lo cual surgió la idea de estimular farmacológicamente la eclosión de varios folículos dentro de un mismo ciclo, mediante la administración de distintas hormonas, con lo que se obtiene la maduración de varios óvulos en un mismo ciclo.

Estos tratamientos traen aparejados ventajas como lo es la más cómoda extracción de folículos para la paciente ya que permite conocer más precisamente el momento de la ovulación. Además permite programar la extracción de los mismos y se evitan a la mujer las molestias de las repetidas extracciones en el caso contrario. Con todo esto, crecen las posibilidades de obtención de embriones.

Por otro lado, entre las desventajas más notorias se encuentran el riesgo de embarazos múltiples con altas tasas de porcentajes de abortos y riesgos para la madre y el bebe.

¿Cómo se recolectan los ovocitos?

Las primeras punciones se realizaron mediante la parotomía (incisión quirúrgica del abdomen) o celioscopia (examen de la cavidad abdominal mediante una incisión a la altura del ombligo bajo anestesia general).

Actualmente en la generalidad de los casos, los ovocitos se colectan mediante punción y aspiración bajo control ecográfico.

Fertilización de los ovocitos y obtención de embriones:

Una vez que se obtienen los ovocitos y preparado el semen, se da comienzo a la fase de fertilización extracorpórea. El momento en que se efectúe la fertilización, se considera un importante factor para el éxito del programa, ya que si los ovocitos han sido obtenidos en fase preovulatoria, es decir que no han completado su maduración, es necesario mantenerlos durante unas horas en un cultivo para que completen el proceso.



Los cultivos habitualmente están compuestos por agua pura estéril, electrolitos y antibióticos, con una osmolaridad de 280 mosm/kg de agua y ph de entre 7,2 a 7,4 el que es adicionado con suero materno. Aproximadamente unas seis horas después de haber obtenido los ovocitos, se colocan unos pocos miles de espermatozoides seleccionados en el mismo medio de cultivo en el cual se encuentran los mismos óvulos maduros. El proceso de contacto y fusión de los gametos dura alrededor de *veinte horas* y tiene lugar en la incubadora siempre a 37° C. Al día siguiente, en un nuevo medio de cultivo, los ovocitos fecundados son nuevamente colocados en la incubadora y mantenidos en ella de 24 a 36 horas después de lo cual se efectúa otro examen para verificar si la fecundación ha tenido lugar.

En caso afirmativo, ya no se está en presencia de óvulos sino de *embriones* en pleno proceso de división celular. Después de transcurridas treinta horas el ovocito fecundado, puede convertirse en un embrión de cuatro células, después de sesenta horas puede llegar recién a las ocho células.

Ahora bien, en caso de que no se produzca esta fecundación, se está hoy día experimentando en Argentina con un procedimiento conocido como ICSI (inseminación intracitoplasmática) que consiste en colocar directamente en el interior del óvulo (citoplasma) un solo espermatozoide.

Transferencia de embriones:

Una vez obtenido el embrión en el laboratorio, y pasados generalmente 2, 3 ó 5 días de desarrollo embrionario, se produce la transferencia. Ella se efectúa entre las cuarenta y ocho y setenta y dos horas después de la aspiración folicular, de acuerdo con el grado de maduración de los embriones (todavía no se ha podido establecer con certeza cual es el grado de desarrollo embrional ideal para la transferencia del embrión a la cavidad uterina). Los embriones son colocados cuidadosamente en un catéter en una cánula con la siguiente frecuencia: un



pequeño volumen del medio, uno pequeño de aire, los embriones en el medio, otro pequeño volumen de aire y por ultimo un pequeño volumen de medio.

Se coloca la cánula en un catéter de teflón en el medio de la cavidad uterina por vía transcervical, se hace la inyección, se retira la cánula y luego de retirada se verifica su contenido para constatar que no han quedado embriones en su interior, si todo esta correcto, se da por finalizado el procedimiento. Hecha la transferencia, la mujer debe permanecer algunas horas en la misma posición.

Actualmente pueden ser transferidos, por este método, de tres a cuatro o aun más embriones, pero es de tener en cuenta que de transferirse mas de cuatro se corre el riesgo de un embarazo múltiple, no aconsejable para la salud física de la mujer, además de las innumerables contingencias socio-económicas para la pareja.

Encuadre legal

Es indudable la necesidad de encauzar dentro de un marco jurídico adecuado, todo lo concerniente a las nuevas técnicas de reproducción 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 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, bajo 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.

Mosset Iturraspe, 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 la actividad crematística –de empresa- que las clínicas especializadas cumplen”*⁷

Considero que las nuevas formas de reproducción humana, 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 vida, e integridad psico-física de todo ser humano, desde su concepción hasta su muerte, como así también, la prohibición de investigaciones y experimentaciones que afecten la dignidad de la persona humana.

⁷MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, t. III: El acto ilícito, cap. II: Accidentes en la procreación (en el origen de la vida), Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 1998. Pág. 43





RESPONSABILIDAD

La Responsabilidad

La voz *responsabilidad* proviene del latín *respondere* que significa prometer, merecer, pagar. Así, responsabilidad significa *el que responde (fiador)*. En un sentido más restringido *responsable* significa *el obligado a responder de algo o de alguien*.⁸

Cuando se habla de responsabilidad no se hace alusión a una idea autónoma, sino a un término complementario de una noción previa: la de deber u obligación.

La responsabilidad es la consecuencia de la acción por la cual el hombre expresa su conducta frente a ese deber u obligación. Si se actúa dentro de los cánones prescriptos, el hecho no acarrea deber alguno simplemente porque se cumplió con la obligación previa. La responsabilidad hace su aparición en la violación de la norma u obligación consistiendo en el deber de soportar las consecuencias a las que se ve expuesto el autor de la transgresión.

Se ha definido a la responsabilidad como un enunciado en el que se expresa un juicio de valor negativo (un reproche jurídico) sobre una conducta de un sujeto que ha transgredido una norma de un ordenamiento determinado, manifestándose mediante la consecuencia que acarrea, en principio, la obligación de reparar el daño.⁹

⁸ Trigo Represas – López Mesa “Tratado de la Responsabilidad civil – El Derecho de daños en la actualidad: Teoría y Práctica”. Tomo I. Ed. La Ley. 2004. Pág. 2.

⁹ Trigo Represas – López Mesa “Tratado de la Responsabilidad civil. Op. Cit. Nota 10Tomo I. Pág. 3.



Responsabilidad civil

“Responder significa dar a cada uno cuenta de sus actos”.¹⁰

Responder civilmente, *latu sensu*, es el deber de resarcir los daños ocasionados a otros por una conducta lesiva antijurídica o contraria a derecho.

Responsabilidad civil es la forma de dar cuenta a otro del daño que se le causara.¹¹

La responsabilidad se traduce en el deber de reparar o resarcir los perjuicios ocasionados. Esta obligación de reparar nace cuando alguien resulta perjudicado como consecuencia de la violación de un deber jurídico preexistente, con el alcance de observar el deber de cumplir las normas o atenerse a las consecuencias derivadas del incumplimiento que consiste, en este caso, en la indemnización de los daños y perjuicios.¹²

*Funciones de la Responsabilidad civil*¹³

1) Función de reparación

Esta función consiste en brindar a quien sufre un daño injusto, los medios jurídicos necesarios para obtener una reparación o una compensación. El fin de la responsabilidad civil es el de fijar la distribución o el reparto de daños ocasionados en la vida social. La finalidad de la responsabilidad civil, como reacción del ordenamiento jurídico ante el daño y constitutiva de la obligación de repararlo, no es más, que la puramente reparadora.

¹⁰ Bustamante Alsina, Jorge. “Teoría general de la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1993, 9ª edición ampliada y actualizada. Pág. 72.

¹¹ Bustamante Alsina, Jorge. “Teoría general de la responsabilidad civil”, Op. Cit. Nota 12 Pág. 73.

¹² Cazeaux-Trigo Represas, “Derecho de las obligaciones”, Ed. Platense, Bs. As. 3ª edición ampliada y actualizada. 1994, Tomo IV, Pág. 485.

¹³ Trigo represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. “Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: Teoría y práctica”.Ed.La Ley, 1º ed. Bs. As. 2004 Tomo I. Pág. 60 a 66.



2) Función demarcatoria

La responsabilidad civil tiene una clara *función demarcatoria* entre aquello que está permitido, es decir, dentro del libre ámbito de actuación y aquello que está prohibido por la norma.

Se delimitan las fronteras entre el ámbito de la libertad de actuación y el territorio donde se protegen ciertos bienes e intereses. Se debe demarcar el segmento de terreno en que los agentes económicos pueden moverse libremente, de aquél en el cual sus conductas generan obligación resarcitoria.

3) Función de prevención del daño

Es la actuación *ex ante* de que el daño ocurra, de evitación de que el perjuicio suceda. En realidad si nos atenemos a la letra del principio *alterum non laedere*, lo que éste ordena primero es precisamente no dañar al otro, lo que puede perfectamente entenderse como actuar *antes* de que se dañe. Consiste en la evitación o disminución del número y dañosidad de los siniestros sobre la base de remedios de tipo inhibitorios, que frente a situaciones de peligro de daño apto para perdurar, posibiliten la evitación, o en su caso la cesación, de las actividades nocivas.

Principios fundamentales de responsabilidad

Siguiendo el esquema de PIZARRO Y VALLESPINOS ¹⁴, se encuentran como principios fundamentales los siguientes:

1. Nemi Laedere: *no dañar a nadie*. La regla es que todo daño causado a otro se presume antijurídico salvo que medie causa de justificación.

¹⁴ Pizarro y Vallespinos, “Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones”, Ed. Hammurabi. Tomo II Pág. 466 a 467.



2. Necesidad del factor de atribución: es indispensable la presencia del mismo, sea objetivo o subjetivo, formulándose en base a parámetros axiológicos.
3. Principio de reserva: este principio se conjuga con el Nemi Laedere. Supone que no hay deber ni transgresión sin norma que lo imponga. (arts. 19 y 53 CN; 1066 y 1974 del Código Civil).
4. Principio de prevención: toda persona debe adoptar, en cuanto de ella dependa,
5. Principio de reparación plena o integral: supone una relación razonable entre el daño y la reparación. Se sustenta en base a reglas:
 - daño fijado al tiempo de la decisión,
 - indemnización no menor al perjuicio,
 - su apreciación debe formularse en concreto,
 - reparación no superior al daño sufrido.

Responsabilidad Contractual y Extracontractual

Siguiendo la definición de responsabilidad de BUSTAMANTE ALSINA como: “el deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado”¹⁵, se debe aclarar que la misma encuentra su origen en una de dos circunstancias, o el incumplimiento contractual o el incumplimiento genérico de no dañar.

Estas dos circunstancias llevan a diferenciar las dos clases de responsabilidad: responsabilidad contractual (obligacional) y responsabilidad extracontractual (aquiliana).

Presupuestos de la Responsabilidad civil

¹⁵ Bustamante Alsina, Jorge. “Teoría general de la responsabilidad civil”. Op. Cit. Nota 12. Pág. 73



La responsabilidad es un fenómeno jurídico que importa el deber de reparar el daño causado, ya que puede tener su origen en el incumplimiento contractual (responsabilidad contractual) o en el incumplir un deber genérico de no dañar (*alterum non laedere*) que implicará una responsabilidad extracontractual.

Presupuestos indispensables para la concurrencia de responsabilidad son:

1. el daño,
2. la antijuricidad,
3. Nexo causal,
4. el factor de atribución.





RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

En la fecundación asistida

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”¹⁶.

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. De este modo el catálogo de potenciales legitimados pasivos se amplía.

1. 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 son objeto de reconocimiento en la Carta Magna argentina, y en los diversos tratados a los cuales nuestro

¹⁶ PANTALEON PRIETO, Fernando, Procreación artificial y responsabilidad civil. Op. Cit. Nota 2. Pág. 276-



ordenamiento jurídico ha acordado jerarquía constitucional a partir de la reforma operada en el año 1994 (Art. 75 inciso 22 de la CN)¹⁷.

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, sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica”¹⁸.

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 vida.

En aquellos casos en que la responsabilidad sea afirmada por el hijo frente a sus padres, se ven comprometidos el derecho a la procreación 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 me pronuncio a favor del derecho a la salud del nacido, el cual debe operar como límite a la libertad de procreación en cuestión.

Las palabras del profesor Zannoni¹⁹, 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”.

¹⁷ 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, Ilums. 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".

¹⁸ GIOVANNINI BERLINGNER, *Ética de la salud*, Ed. Lugar, Consejo Medico de la Pcia. De Córdoba, 1996. Pág. 1.

¹⁹ ZANNONI, Eduardo Op. Nota 5, Pág. 11.



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, considero de aplicación las directivas elaboradas por la doctrina y jurisprudencia sobre responsabilidad médica en general.

Dentro de este esquema, descarto de plano todo intento de trasladar los criterios que, 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 concedida, 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”.

Otra postura es la de Parellada²⁰ 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”.

Aun cuando la alternativa al nacimiento con defectos o taras fuera la no existencia, una vida con terribles cargas y sin beneficios compensatorios para una persona en particular, puede ser vivida por ésta como un mal no preferible a su no existencia misma. Circunstancia ésta última, que legitima al sujeto afectado a impetrar el pertinente reclamo indemnizatorio, contra cualquiera de los sujetos que participaren en el proceso de fecundación.

²⁰ PARELLADA, Carlos A. “Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético” Ed.VVAA, Pág. 145.



Acertadamente señala Pantaleón Prieto que “la generación del nuevo ser sólo hace posible la lesión, no la neutraliza ni la compensa”²¹.

2. La antijuricidad

En nuestro derecho, se observa la ausencia de normas específicas que regulen la responsabilidad de los progenitores y/o de terceros por los daños causados a los nacidos mediante técnicas de fecundación asistida, por lo cual juzgo 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 la mayoría de los autores y jurisprudencia nacional, se encuentra implícito en nuestro derecho, como traducción de la máxima de Ulpiano “alterum non laedere” –no dañar a los demás- .

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 Justicia²². En efecto, el artículo 19 de la Carta magna argentina reza que “Las acciones 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 exenta 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

²¹ PANTALEON PRIETO, Op. Cit. Nota 2. Pág. 414.

²² CSJN, “Santa Coloma, Luis F. y ota. vs. Empresa Ferrocarriles Argentinos” del año 1986 citado en los fundamentos del Proyecto del Código Civil de 1998; ALTERINI y LÓPEZ CABANA, *Cuestiones de responsabilidad civil en el Derecho de familia*.



un marco regulatorio de los límites y utilización lícita de las nuevas técnicas de fecundación asistida, el cual puede introducir nuevas pautas de antijuridicidad²³.

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 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, considero que encontrándose involucrada 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 asistida²⁴

3. Nexo causal

Tipo de responsabilidad

²³ ZANNONI Eduardo A. “Tutela de la Persona por nacer y Responsabilidad Civil, con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida”, Derecho de Daños. Primera parte. Ed. La Roca, Bs. As. 1996. Pág. 632.

²⁴ ADORNO. Responsabilidad Civil en materia de genética y filiación, Ed. VV.AA. Derecho de Familia. Pág. 384.



En nuestro derecho, el régimen aplicable a las acciones por daños ocasionados en el marco de la fecundación asistida, varía según quienes 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 extracontractual.

En tal sentido 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.)

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 contractual.

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, Código Civil.-

4. Factor de atribución

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**, como legitimados pasivos, entiendo que su responsabilidad es de naturaleza **subjetiva**, es decir debe mediar culpa o dolo en el accionar de los nombrados.

Los legitimados pasivos, deberán demostrar su no culpa; así por ejemplo el dador de gametos deberá probar que se hizo los análisis correspondientes para verificar que no era portador de ninguna enfermedad. Los progenitores deberán probar que realizaron todos los estudios y controles médicos para asegurarse el normal desarrollo del por nacer. La madre sustituta deberá probar que actuó de manera diligente durante el periodo del embarazo, tomando todos los recaudos necesarios para que éste llegue a término sin inconvenientes.²⁵

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 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 actuante²⁶.

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

²⁵ MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela, Responsabilidad derivada de la biotecnología, en La responsabilidad. Ed. Abeledo Perrot. Pág. 187.

²⁶ BOSSERT. Gustavo A. Fecundación Asistida, Ed. JA 1988 – IV- Pág. 877 / 888.



en orden a la doctrina de las “cargas probatorias dinámicas”²⁷. 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 C.C.)

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 (v.gr. indebida temperatura del aparato utilizado en la crioconservación), que pondrá en juego la objetivación presuncional sostenida en el art. 1113 del C.C.²⁸.

Por su parte, la autora marplatense **MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ** 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.²⁹

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**.

²⁷ ANDORNO Responsabilidad civil en materia de genética y filiación. Op cit. nota 24. Pág. 399.

²⁸ SAUX Edgardo. Responsabilidad por enfermedades., vv.aa. Pág. 629 y ss.

²⁹ MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela, Responsabilidad derivada de la biotecnología, en La responsabilidad. Op. Cit. Nota n° 23. Pág. 198



Consecuentemente, a los fines 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 viciosas³⁰.

Personalmente, adhiero a la postura de Bueres y agrego 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, no debiendo olvidarse la índole y jerarquía del bien jurídico comprometido en los procesos de fecundación asistida. Creo que aún 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 conclusión cuando se encuentra en juego la vida o integridad física de la persona, bienes sobre los cuales no se puede disponer.

Daños causados directamente al paciente

La aplicación de las técnicas de procreación asistida conllevan casi siempre una intervención sobre el cuerpo humano, así por ejemplo, extraer una muestra de líquido amniótico de la gestante para realizar un diagnóstico prenatal

³⁰BUERES Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*. Ed. Depalma, Buenos Aires 1979. Pág. 274 / 275



por amniocentesis, recolectar los óvulos o implantar embriones en la fecundación in Vitro. Tales actuaciones pueden causar un daño al paciente y dicho daño quedará comprendido dentro de los criterios generales que rigen la responsabilidad civil del médico.³¹

Deberá tenerse presente, que el desempeño de dichas técnicas está regido por las pautas o requisitos objetivos aplicables a toda actividad médica de investigación terapéutica, establecidos en las Declaraciones de la Asociación Médica Mundial de Helsinki (1964) y Tokio (1975), entre las que destacan las exigencias relativas al consentimiento informado, la proporcionalidad entre los objetivos buscados y los riesgos que se corren, el respeto de los principios morales y científicos de la investigación en medicina y la alta y especializada cualificación de los intervinientes.³² La omisión de cualquiera de dichas pautas, con resultado dañoso, dará lugar a la correspondiente responsabilidad profesional.

Legitimados pasivos

1. Los padres legítimos frente al nacido

Respecto de esta hipótesis cabe señalar que la pretensión indemnizatoria por daños derivados de la procreación, con fundamento en la causalidad genética implicada en la transmisión de la vida humana, de manera natural, encuentra su primer antecedente en la sentencia del Tribunal de Piacenza en 1950 que reconoció al hijo afectado de sífilis hereditaria, el derecho a un especial resarcimiento en contra de sus padres, encontrados civilmente responsables por haberlo engendrado a pesar de conocer la dañosa transmisión que sobrevendría. Se consagra de esta manera, la responsabilidad “por un hecho que transforma el

³¹ Acosta Ramírez Vicente De la Responsabilidad Civil Médica. Ed. Jurídica de Chile, 1999. Pág. 17

³² Llamas Pombo Eugenio, “Responsabilidad Civil por Manipulación Genética”, Revista del Notariado Nro. 854 Colegio de Escribanos de la Capital Federal, año 101, octubre-diciembre 1998, Argentina, Pág. 188.



gran don de la vida en una tremenda infelicidad”, en palabras de la propia sentencia.³³

La procedencia de esta responsabilidad es discutida en el plano doctrinal:

Llamas Pombo señala algunos de los argumentos que se utilizan para negar esta responsabilidad, entre los cuales menciona en primer lugar la *compensatio lucri cum damno* (la vida sería el lucro compensable), según la cual, los padres no responden, pues al fin y al cabo, han dado al hijo un bien mucho mayor, como es la vida. En segundo lugar se ha señalado que cuando se realiza el acto que genera la responsabilidad (la procreación), no existe un sujeto titular de un derecho a la integridad física o psíquica, y cuando nace, ya tiene las lesiones, por lo que éstas nada menoscaban, y no existe daño. Finalmente, agrega que se ha esgrimido la falta de antijuricidad, pues la relación sexual es un acto lícito.³⁴

Para Zannoni³⁵ la improcedencia de la pretensión indemnizatoria radica en que si el derecho resiste toda idea de impedir o restringir las relaciones sexuales por respeto a la privacidad y libertad del hombre, no puede tampoco generar ninguna responsabilidad civil el engendrar un hijo aunque este nazca con taras o enfermedades hereditarias con conocimiento de los progenitores de la posibilidad de transmitirlos. Para el mencionado autor, sólo en el caso de que el Estado, avanzando peligrosamente en la esfera de la intimidad de los particulares, regule las consecuencias jurídicas del hecho de engendrar a una persona tarada o enferma, cabría la posibilidad de acción civil por daños del hijo contra los padres

³³ Pantaleón Prieto Fernando, Op. cit. Nota 2, Pág. 274.

³³ Llamas Pombo Eugenio, Op. cit. Nota 31, Pág. 192.

³⁴ ZANNONI, Eduardo. “Inseminación Artificial y fecundación extrauterina” Ed. Astrea, 1978. Pág. 177.



En la doctrina española, **Pantaleón Prieto**, niega igualmente la pretensión indemnizatoria del hijo nacido con defectos psíquicos o somáticos contra los padres que los concibieron de manera natural, pese a ser conscientes del riesgo de transmisión de enfermedades genéticas o infecciosas. Este autor funda su postura en el derecho fundamental de la pareja a planificar libremente su propia reproducción. Así, imponer a los padres responsabilidad civil frente al hijo nacido con tales anomalías, si bien no implicaría una prohibición o impedimento a la facultad de procrear, significaría predicar una suerte de “responsabilidad de acto lícito”, sin base alguna en la ley³⁶

En contraposición a las posturas antes mencionadas, se observa una nueva tendencia que postula que la obligación de reparación del daño causado comprende tanto al derivado de los actos ilícitos como también el de los lícitos. Afirmativamente, **Banchio**³⁷ alega que se está ante el cambio del sistema resarcitorio de un daño producto de un obrar ilícito, injustamente causado, a una teoría más amplia; la teoría de la reparación del daño injustamente sufrido.

Para **Llamas Pombo**, la eventual indemnización derivada de tal responsabilidad no podría cumplir nunca una verdadera función resarcitoria. Los padres tienen, el deber de cubrir las consecuencias patrimoniales que la lesión acarrea para el hijo, pero tal deber no procede de su responsabilidad extracontractual, sino de su officium de patria potestad, o incluso de su obligación legal alimenticia.³⁸

Cuando la procreación es asistida, la responsabilidad de los padres presenta un matiz diferente, en opinión del profesor Llamas Pombo, toda vez que aquellos incumplen una legítima prohibición por parte de la sociedad y del legislador, dirigida a vedar el acceso a tales técnicas asistidas cuando exista riesgo

³⁶ Pantaleón Prieto Fernando. Op. Cit. Nota 2. Pág. 274.

³⁷ Anneca Dolores, García María, Lafourcade Paula. Seminario II, fecundación in Vitro. www.derecho.org/comunidad/acamon.

³⁸ Llamas Pombo Eugenio, Op. cit. nota 31, Pág. 193



grave de taras o deficiencias hereditarias. Tal prohibición se encuentra consagrada en el artículo 2.1 de la ley española 35/88 al señalar: “Las técnicas de Reproducción Asistida se realizarán solamente: Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o a la posible descendencia”.

A mi entender en la mayoría de los casos, no serán los padres los demandados 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, considero 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-.

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-.

2. Los dadores anónimos

Es clara la responsabilidad civil del donante de gametos que, conociendo o sospechando tener una enfermedad de transmisión hereditaria, oculta tal información y efectúa la donación. En este sentido, Martínez Calcerrada,³⁹ señala que habrá responsabilidad civil cuando la conducta dolosa o negligente de

³⁹ Anneca Dolores, García María, Lafourcade Paula, Op. cit. Nota 36.



terceros biológicos (dador) ocasione malformaciones congénitas en el embrión. Por ejemplo, que el dador haya ocultado una enfermedad y que hayan surgido deficiencias congénitas, no obstante la responsabilidad del centro médico que lo lleva a cabo que debía previamente prestar la debida diligencia en la averiguación del estado de salud de los intervinientes.

Así, el niño fruto de una fecundación artificial heteróloga que haya nacido con malformaciones, podrá exigir responsabilidad por daños al dador de gametos que, conociendo o pudiendo, razonablemente, sospechar que podía transmitir al futuro ser una enfermedad infecciosa, genética o hereditaria, hubiese ocultado tal información en el momento de la dación del esperma o los óvulos. Pero ¿Cómo podrían los representantes legales, y el propio interesado, cuando llegue a la plena capacidad de obrar, reclamar responsabilidad al dador que no facilitó los datos de una enfermedad conocida?⁴⁰ De admitirse la exigencia de responsabilidad, esta lo será de carácter extracontractual, ya que ningún contrato ha existido entre las partes de este hipotético litigio.

Respecto de la responsabilidad del donante frente a los padres, cabe precisar que esta sólo es posible que se genere cuando el hijo haya nacido con la contribución de un donante conocido y contratado por los padres, bajo este supuesto se estará en presencia de un caso de responsabilidad contractual.

Sin embargo, cuando se establece el anonimato de quienes donan sus gametos, como lo contempla expresamente la legislación española en el artículo 5.5 de la ley 35/88, no habrá relación jurídica entre donante y receptores, al permanecer para ambos ignoradas sus respectivas identidades. Así, el anonimato del donante imposibilita cualquier pretensión indemnizatoria por parte de los padres.

En lo que se refiere a la responsabilidad del donante ante el Centro Sanitario se debe señalar que entre ellos se genera una relación contractual, comúnmente se habla de donación de gametos, no obstante, sin entrar a analizar la

⁴⁰ Gafo Javier, “Nuevas técnicas de reproducción humana” publicación pontificia, Madrid 1986. Pág. 117.



naturaleza jurídica del contrato en cuestión,⁴¹ es del caso precisar que sobre el donante pesa la obligación de proporcionar al Centro cuantos datos y antecedentes le sean requeridos, además de la veracidad de éstos, y los que, aun sin ser requeridos, sean conocidos por el propio dador, por lo que será responsable en el caso de transmisión de enfermedades conocidas no declaradas y de las que el Centro Sanitario no podía tener noticia a pesar de los análisis efectuados,⁴² responsabilidad que, dado el vínculo jurídico que los une, será de carácter contractual.

Cabe agregar que deben resultar incapaces de realizar dación de sus gametos los sujetos que tengan enfermedades genéticas transmisibles hereditariamente y/o o enfermedades infecciosas. Y no está demás aclarar que no se trata de seleccionar dadores con finalidad eugenésica o racial, pues esto repugna principios elementales de ética; pero si se trataría de evitar, pudiéndose hacer, la fertilización utilizando gametos, que previsiblemente, afecten en el futuro la salud del nacido⁴³.

En conclusión, a mi 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 adquiridas. Y ello así, sin perjuicio de la eventual responsabilidad que quepa atribuir a los facultativos y centro médico intervinientes en la fecundación asistida.

3. *La madre sustituta*

La maternidad por otro no constituye un hecho nuevo en la historia de los pueblos. Sin embargo las nuevas técnicas de reproducción humana colocan a los

⁴¹ Rojas Mata Gabriela, "La contratación y las técnicas de reproducción asistida". Memoria de prueba, Universidad Austral de Chile. 2002.

⁴² Gafo Javier, Op. cit. Nota 39, Pág. 117.

⁴³ ZANNONI, Eduardo, La genética actual y el Derecho de familia. Ed. Tapia. diciembre de 1987, Pág. 49



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 E.E.U.U. 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:

1. 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 maternos;⁴⁴ y
2. 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 biológicos.⁴⁵

Siguiendo a Zannoni, considero 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 gestante⁴⁶.

Existe consenso prácticamente universal acerca de la ilicitud de 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.

⁴⁴ SILVA RUIZ, Pedro E., “El derecho de la familia y la inseminación artificial en in Vitro”, Revista de Derecho Privado, abril de 1987.

⁴⁵ ANDORNO, Luis. El Derecho frente a los modernos métodos de procreación. Experiencia Argentina y Latinoamericana, en Zeus del 7-6-85.

⁴⁶ ZANNONI, E. Op. Cit. Nota 42. Pág. 47 y ss.



Personalmente, me he 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 niño⁴⁷, al mismo tiempo que disocia voluntariamente la maternidad; contrariando el orden público al generar inseguridades con respecto a la filiación, y disponer derechos indisponibles e irrenunciables. 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 insita en la recurrencia a tales procedimientos por parte de la madre genética que pretende evitar los “inconvenientes” derivados de la maternidad.

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 responsabilidad de los padres en el marco de la procreación natural⁴⁸. Cabe aclarar que en estos casos la madre biológica coincide con la madre gestante.

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 si 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 civil⁴⁹.

⁴⁷ MEDINA, Graciela y ERADES. Graciela, “Maternidad por otro. Alquiler de útero”, Ed. J. A. 1990. Pág. 714 ' ss.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ MAKIANICH DE RASSET, Lidia N. “Daño genético. Luces y sombras de la doctrina de la inmunidad parental. Ed. VV AA. Pág 165 y ss.



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 los fines de proceder a la inseminación de la futura gestante, ésta deberá ser sometida a diversos exámenes con el objeto de detectar cualquier enfermedad que pudiere afectarla, como así también su estado general de salud. Incluso, cuando ésta también 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 ésta 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.

En resumen, adhiero al criterio que propugna la responsabilidad 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, etc.-, o por los daños causados por su conducta negligente - tales como consumo de drogas o estupefacientes, alcohol, actividades riesgosas, etc. daños prenatales.-. Obligación de reparar que operará tanto respecto del nacido, como frente a quienes le encomendaron su gestación.⁵⁰

4. Los profesionales y/o equipo médico y/o centro sanitario autorizado

⁵⁰ WAGMAISTER, Adriana M. “Maternidad subrogada en Derecho de Familia” Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 3. Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1990. Pág. 19. Y SAMBRIZZI, Eduardo A. “La procreación asistida y la manipulación del embrión humano”. Ed. Abeledo-Perrot. Bs. As. 2000. Pág. 237.



Indudablemente, al acudir a las técnicas de fecundación asistida, se compromete la “actuación médica” desplegada por los profesionales y/o equipo interviniente, como así 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, como así también 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. También deben asegurarse que la mujer a concebir goce de un buen estado de salud, sin riesgos previsibles para el futuro ser.

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 esperma 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 esperma con el fin de seleccionar el sexo del futuro ser) o el embrión.

En conclusión, frente al nacimiento del hijo procreado mediante cualquiera de éstas técnicas, puede surgir la responsabilidad profesional a raíz de defectos originarios o defectos sobrevinientes, a consecuencia del mal empleo o mala calidad del material técnico (vgr. Temperatura en la crioconservación), o deficiencias generadas en el manipuleo de los gametos o el pre-embrión (tales



como las hipótesis de prácticas eugenésicas, octogénesis, centrifugado de esperma, terapias génicas, etc.).

A los supuestos enunciados, hemos de agregar los casos de error médico en el diagnóstico pre implantatorio o prenatal, cuando la no detección de una enfermedad en el embrión impida su tratamiento terapéutico, de ser éste último posible, tendiente a evitar el desarrollo de la enfermedad y/o su agravamiento.

4.1 Como legitimados pasivos frente a los padres del nacido con enfermedades o malformaciones.

Si se trata de procreación natural, podría darse la responsabilidad del médico frente a los padres, fundamentada en el deber, generalmente contractual, que tiene el médico de realizar pruebas genéticas y diagnósticas, e informar a esos padres de los riesgos del nacimiento. Tal responsabilidad ha sido reconocida en Alemania (Bundesgerichtshof 18 enero 1983, por no diagnosticar una rubéola de la madre), y en Estados Unidos (Trib. Apelación de New York, caso Becker, por no realizar amniocentesis a la madre de 37 años de un niño con síndrome de Down).⁵¹

En estos casos el resarcimiento alcanzará tanto al daño patrimonial, consistente en los mayores gastos de cuidado y mantenimiento de la criatura provocados por las taras con que nació, ya que de ordinario, de haber obrado el médico diligentemente, también habrían tenido los padres un hijo al que mantener, aunque uno sano;⁵² como el daño moral constituido por el natural sufrimiento que comporta tener un hijo tarado.

Si se trata de procreación asistida, la responsabilidad del médico resulta todavía más clara, el deber de diagnosticar y asesorar sobre los riesgos genéticos alcanza un grado de exigencia más elevado, tal deber pesa aunque los padres no hayan consultado, pues el médico coparticipa activamente en la procreación y además lo hace como experto.

⁵¹ Pantaleón P. Fernando citado por Llamas Pombo Eugenio, Op. cit. Nota 31, Pág. 190.

⁵² Pantaleón Prieto Fernando. Op. Cit. Nota 2. Pág. 262.



Para determinar de que tipo de responsabilidad civil responde el médico frente a los padres, si contractual o extracontractual, será necesario analizar si entre ellos existe o no un vínculo jurídico, aún cuando para el Dr. Fernando Pantaleón Prieto, la distinción pierde gran parte de su relevancia, cuando se admite que la existencia de un contrato entre dañante y dañado, en el cumplimiento del cual se produce el evento dañosos, no impide a éste reclamar la indemnización, por la vía de la responsabilidad extracontractual. Así, entre los contratos originados por la puesta en práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, interesa el contrato de fecundación artificial entre el centro sanitario y las personas que van a hacer uso de estas nuevas técnicas de reproducción o más específicamente los padres del futuro ser engendrado.

Sin entrar a analizar la naturaleza jurídica del contrato en cuestión, cabe señalar que dicha relación jurídica podría ser definida como un contrato de servicios, pues no se ve diferencia, desde la perspectiva jurídica, entre esta y cualquier otra forma de actuación del médico con sus clientes,⁵³ por tanto, la obligación que se deriva del contrato médico, como mencione anteriormente, sostengo es una obligación de medios.

Que la obligación sea de medios supone que quien realiza el acto médico se compromete a poner los medios necesarios para conseguir el resultado deseado, pero no garantizado, y a actuar conforme a las normas de la “lex artis” propia de su profesión. De este modo, surgirá responsabilidad cuando no se ha actuado con la debida diligencia, o lo que es lo mismo, cuando ha intervenido culpa, negligencia o imprudencia, tal actuación genera responsabilidad para el facultativo médico, y desde este punto de vista, la responsabilidad tendrá carácter contractual.

Para los efectos de determinar los sujetos responsables de esta relación contractual, la ya citada ley española 35/88, en su artículo 19-1 dice que el Director del Centro o Servicio del que depende el Equipo biomédico será el responsable directo de las actuaciones de éste y en el artículo 19-2, antes de

⁵³ Gafo Javier. Op. cit. Nota 39, Pág. 118.



describir las actuaciones objeto de responsabilidad, habla de responsabilidad de los Equipos biomédicos y la Dirección de los Centros, igualmente la ley señala que los Equipos biomédicos actuarán interdisciplinariamente.⁵⁴ De lo anteriormente expresado, se desprende que el legislador español quiso facilitar el ejercicio de la acción de responsabilidad al o a los perjudicados como consecuencia de una técnica de procreación asistida, pues en la mayoría de las ocasiones no sabrán quién es el causante, con su conducta negligente, de los daños ocasionados.

4.2 Como legitimados pasivos frente al nacido con taras o malformaciones.

La jurisprudencia comparada diferencia tres posturas con relación a la responsabilidad civil del médico frente a las reclamaciones relacionadas con niños nacidos deficientes, aunque gestados en procesos de procreación natural.⁵⁵

La primera postura mayoritaria, desestima la responsabilidad negando las pretensiones resarcitorias del niño tarado o deficiente (wrongful life). Postura que es criticada y en primer lugar se señala que es erróneo afirmar que el niño no tiene daño, puesto que este es un juicio personalísimo e insustituible por el juez o por la ley. En segundo lugar, el argumento que reafirma la responsabilidad en cuestión sería el absurdo de negarle la pretensión indemnizatoria al principal perjudicado, que es el hijo, otorgándosela solamente a los padres. Además de no admitírsela, el hecho del fallecimiento de los padres, exoneraría de responsabilidad en la práctica al médico.⁵⁶

La segunda postura, limita el monto del resarcimiento a los gastos del tratamiento de las lesiones del niño nacido con deficiencias (special damages), que excedan a los que ya se tuvieron en cuenta en la indemnización otorgada a los

⁴⁷Carcaba Fernández María. “Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana”. Ed. J.M Bosch. S.A. Barcelona 1995. Pág. 179

⁴⁸Pantaleón Prieto Fernando. Op. Cit nota 2. Págs. 267 y siguientes.

⁴⁹Anneca Dolores, García María y Lafourcade Paula, Op. cit. Nota 36.



padres. El argumento estriba en que es imposible determinar con exactitud el resto de los perjuicios, dado que la diligencia del médico hubiera llevado a la no existencia del niño que, para esta teoría, es considerada un daño aún mayor.

Una tercera postura, la admite sin restricciones, extendiéndola incluso a los “general damages” (como la pérdida de posibilidad de obtener empleos, sufrimientos, etc.). A pesar de que sin esa imprudente conducta, el niño no hubiera nacido.

En caso de procreación asistida, la responsabilidad del médico frente al nacido es clara. En la procreación natural puede discutirse el deber jurídico del médico de impedir que el niño venga al mundo tarado, pero en la procreación asistida es indudable el deber jurídico del médico de no contribuir, de no provocar un daño.

Llamas Pombo⁵⁷ afirma que al disociarse sexualidad y procreación, ya no están implicados los derechos de los padres (intimidad, desarrollo de la personalidad, etc.), y el compromiso de terceros intervinientes (médicos) ofrece la posibilidad y exigencia de un mayor control y diagnóstico. Agrega que incluso ni el consentimiento o petición de los padres, sabedores de los riesgos o posibles malformaciones, puede exonerar al médico o la clínica, por ese deber que pesa sobre éstos de no contribuir en ese objetivo.

En consecuencia, una imprudente conducta del médico que llevará aparejado el nacimiento de un niño con daños físicos o malformaciones, hará responder civilmente al médico frente al nacido por los daños patrimoniales y morales que para él se deriven de la taras con que nació, todo ello amparado por las normas de responsabilidad extracontractual, pues no existe vínculo jurídico alguno que una a las partes.

Responsabilidad Civil Derivada de la Inadecuada Selección del Material Genético.

⁵⁷ Llamas Pombo Eugenio, Op. cit. Nota 31, Pág. 192.



En general, el problema es considerado en relación con la selección del material genético proveniente de donantes, sin embargo, pues aunque se tratara de inseminación artificial homóloga o de fecundación extracorporal en que intervienen los gametos del mismo matrimonio, es deber del médico o del Centro Asistencial que practica la técnica de fertilización asistida, realizar un adecuado estudio del material genético.

Dicho análisis implica siempre un estudio genético e infectológico de ese material para descartar que semen u óvulos pudieran ser portadores de enfermedades hereditarias, como cromosopatías, metabólicas, etc., o adquiridas, como sífilis, sida, etc.⁵⁸

La legislación española establece que la elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida. Debiendo garantizarse que el donante tenga la máxima similitud fenotípica e inmunológica, además de las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora (artículo 6-5 ley 35/88). Así mismo, se establece que los Equipos biomédicos y la Dirección de los Centros o Servicios en que ellos trabajen, incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si realizan mala práctica con los materiales biológicos o cuando por omitir los estudios protocolizados se transmitieran a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias evitables con ese estudio previo (artículo 19-2 ley 35/88).

Finalmente, se puede señalar que el hecho de que el hijo nazca con taras o daño genético, producto de una inadecuada selección del material genético, no es la única razón por la que los usuarios de una técnica de reproducción asistida pueden sentirse legítimamente insatisfechos por el resultado de aquella. Ocurrió en Inglaterra, un matrimonio de raza blanca, que recurrió a la inseminación artificial heteróloga, tuvo un hijo negro, al haberse utilizado inadvertidamente semen de una persona de esta raza. ¿Podrán exigir los padres responsabilidad civil al médico en un supuesto como este? Parece claro que no han sufrido aquéllos daño patrimonial alguno, de haber obrado el médico con el cuidado exigible en la

⁵⁸ Zannoni Eduardo. Op. Cit. Nota 23. Pág. 632.



selección del espermatozoides a utilizar en la inseminación, la pareja habría tenido un hijo blanco al que, como es obvio, hubiera costado mantener lo mismo que al hijo negro. Al respecto, Pantaleón Prieto⁵⁹ sostiene que sí podrán los padres reclamar al médico una moderada indemnización por daño moral. Agrega que la concesión de la misma por los tribunales en modo alguno representaría una suerte de constatación oficial de que sea un “mal” tener un hijo negro (lo que sería claramente inconstitucional), sino el simple reconocimiento de algo tan lamentable como objetivamente indiscutible, el que unos padres blancos tengan un hijo negro, lo mismo que el que unos padres negros tengan un hijo blanco, es hoy en nuestra sociedad una fuente de serias inconveniencias para los padres en cuestión.

Lo ideal sería, desde luego, que no fuese así. Pero, señala que no compete a los tribunales el papel de “educadores sociales” al respecto, a costa de exonerar al médico negligente en tales supuestos.

Cabe señalar que el reconocimiento de la existencia de responsabilidad civil derivada de la aplicación de las técnicas de procreación asistida es una hipótesis aún no planteada en nuestros tribunales de justicia ni en la doctrina nacional, sin embargo, es una realidad que considerando el avance de las técnicas de reproducción humana asistida seguramente no tardará mucho tiempo en presentarse.

⁵⁹ Pantaleón Prieto Fernando, Op. Cit. Nota 2, Pág. 278.





DAÑOS A LA IDENTIDAD DERIVADOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS

Derecho a la identidad.

Con el desarrollo de la filosofía de la existencia –desarrollada entre las dos guerras mundiales-, el hombre es considerado como un ser libre y único, portador de un “modo de ser” que lo distingue de los demás. Esto conduce a la afirmación que la persona es única, irrepetible e idéntica a sí misma.

Distintas definiciones se han expuesto en el ámbito de la doctrina, siendo partidaria de los aportes brindados por dos notables juristas: Fernández Sessarego y Eduardo Zannoni.⁶⁰

Fernández Sessarego, entiende que la “identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos, traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro...”. Distingue dos aspectos de la identidad:

Estático: el individuo se distingue de los demás seres humanos por una serie de signos externos, como la filiación, el nombre, datos respectivos a su nacimiento, todo lo cual conforma el perfil estático referido a la identificación. Estos signos externos están destinados a no modificarse sustancialmente en el tiempo.

⁶⁰ Sessarego, Carlos: Derecho a la identidad personal. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992; y Zannoni, Eduardo: Prueba del ADN. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999.



Dinámico: se conforma por el conjunto de atributos y características – intelectuales, morales, culturales, religiosas, profesionales, políticas, etc.- que permiten distinguir al sujeto en sociedad. Esta dimensión es fluida y cambiante en el tiempo.⁶¹

Por su parte, Zannoni amplía su visión y advierte que desde una perspectiva jurídica la identidad es un término que admite tres dimensiones⁶²:

- **Identidad personal en referencia a la realidad biológica:** es el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, su pertenencia a determinada familia que le corresponde conforme a su realidad biológica. Dentro de esta dimensión, se distinguen dos aspectos:
 1. **Identidad genética:** abarca el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, convirtiendo a la persona en un ser único e irrepetible.
 2. **Identidad filiatoria:** resulta del emplazamiento en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres.

Lo esperado es que ambos aspectos de la identidad en referencia a la realidad biológica coincidan, situación no presente en distintos supuestos de aplicación de las nuevas tecnologías reproductivas, cuyas consecuencias se desarrollan en los puntos siguientes.

⁶¹ Fernández Sessarego, Carlos: Op. Cit. Nota 53, Pág. 113-121.

⁶² Zannoni, Eduardo: Op. cit. Nota 53, Pág. 183-202.



-
- **Identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona:** comprende los rasgos externos de la persona que la individualizan e identifican, como: los atributos de la personalidad, la propia imagen, etc.

 - **Identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona:** realización del proyecto de vida de la persona: sus pensamientos, creencias, ideologías, costumbres, etc.

Comparto los criterios expuestos por entender que la identidad de una persona es un proceso que se inicia con la concepción y se extiende durante toda la vida de la persona. Por estas razones, en la procreación humana artificial corresponde dirigir la tutela hacia todo el abanico de derechos fundamentales del nasciturus, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad desde su creación, dentro o fuera del seno materno.

MARCO NORMATIVO⁶³

Ley 23.264: Filiación. Patria potestad

El régimen de filiación y patria potestad vigente desde la entrada en vigencia de la ley 23.264, significó un sinceramiento de las relaciones familiares al introducir como uno de sus principios rectores el respeto por la verdad biológica.

El reconocimiento de la importancia que tiene para toda persona el conocimiento de sus orígenes, implica admitir implícitamente en el ámbito civil el derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica de la persona (filiatoria y genética).

⁶³ Fernández Sessarego, Carlos: Op. Cit. Nota 58, Pág. 127



Constitución nacional

La reforma constitucional del año 1994, incorpora expresamente el derecho a la identidad, en su total dimensión, al consagrar la jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc.22, C.N.). En la misma se regula el derecho a la identidad en sus artículos 7 y 8.

Bidart Campos sostiene que el derecho a la identidad reconocido por la convención determina que toda norma jurídica debe respetar lo dispuesta por ella y que es un error “suponer que el código civil es el techo último de nuestro ordenamiento jurídico, y que cuestiones como la filiación para impugnarla o para emplazarla, dependen discrecionalmente de lo que la ley establece”.⁶⁴

SUPUESTOS EN LOS QUE SE VULNERA EL DERECHO A LA IDENTIDAD.

Teniendo presente las dimensiones de la identidad de una persona, la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida repercuten, en principio, sobre la identidad en referencia a la realidad biológica (genética y filiatoria) de la persona. Sin embargo, todo perjuicio a esta dimensión repercutirá en el desarrollo de las otras (identidad en referencia a los caracteres físicos y a la realidad existencial de la persona) a lo largo de la vida.

Corresponde tratar en particular distintas supuestos susceptibles de afectar el derecho a la identidad y su incidencia en la determinación de la filiación conforme al sistema legal vigente:

⁶⁴ Bidart Campos, Germán: “Las realidades biológicas y las normas jurídicas”, Ed T.157-p.881.



1. **Anonimato del dador:** ⁶⁵

Serían los casos en los cuales el equipo médico recurre a material genético perteneciente a un tercero dador cuyos datos de identificación se desconocen, contando o no con la conformidad de ambos progenitores. Los casos comprendidos partiendo de la determinación del vínculo, son los siguientes:

Determinación de la filiación de la persona concebida por:⁶⁶

- **Inseminación artificial o fecundación in vitro en mujer casada con semen de donante:** la maternidad quedará determinada por aplicación del artículo 242, del Código Civil. (en adelante C.C.). El problema se presenta para la determinación de la paternidad. Conforme al régimen vigente por el juego de la presunción legal (art. 243, C.C.), el marido de la mujer queda emplazado como padre, siendo indiferente la inexistencia de nexos biológicos, presentándose una clara contradicción con lo querido por el régimen de filiación.

En cuanto a la posibilidad de impugnar la paternidad matrimonial, cabe distinguir: ⁶⁷

a)-Inseminación o fecundación in vitro sin consentimiento del marido: en este caso el marido no manifestó su voluntad procreacional y se encuentra legitimado para impugnar la paternidad ante la ausencia de nexos biológicos (arts. 258 y 259, C.C.). En este caso son responsables solidariamente (art.

⁶⁵ Anneca Dolores, Garcia Maria, Lafourcade Paula, Op. Cit. Nota 36.

⁶⁶ Méndez Costa, María Josefa y D'Antonio, Daniel: "Derecho de Familia". Ed. Rubinzal Culzoni Santa Fe, 2001. Pág 67.

⁶⁷ Soto Lamadrid, M "Biogenética, filiación y delito". Ed. Astrea, Bs As. 1990. Pág 41 y ss.



1081, C.C.) la madre, el equipo médico y el establecimiento donde se realizó la práctica (clínica, sanatorio, hospital), frente al padre y el hijo.

b)-Inseminación o fecundación in vitro con consentimiento del marido: el consentimiento implica asumir su responsabilidad procreacional, razón por la cual no se encuentra legitimado para plantear la acción. Merece destacarse el segundo párrafo del artículo 563 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio que da cabida a esta hipótesis⁶⁸: “No es admisible la impugnación de la paternidad si el marido consintió la fecundación artificial de la cónyuge o la implantación de un óvulo fecundado con gametos provenientes de un tercero, sea tal consentimiento lícito o ilícito”.

c)-Inseminación sin consentimiento de la madre: se daría en el caso que por error o intencionalmente se emplee semen de tercero. En este caso el marido si no manifestó su voluntad, podrá accionar. En cuanto a la mujer, en principio carece de legitimación activa. Sin embargo, entiendo que en un caso de estas características, la madre tendría que estar legitimada en virtud de instrumentos internacionales de jerarquía constitucional que respaldan su derecho (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño)⁶⁹. La responsabilidad recae sobre el equipo médico y el establecimiento donde se realizó la práctica, frente a la madre, padre e hijo.

⁶⁸ <http://www.aaba.org.ar/bi170p54.htm>.

⁶⁹ Bidart Campos, Germán: “La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿y los derechos del niño?”, Ed. LL, 2000-B-pp.22-23;



- **Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro en mujer soltera, viuda, separada de hecho, separada personalmente, divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, con semen de donante: estamos en presencia de una filiación extramatrimonial.**

La maternidad quedará establecida conforme lo dispuesto en el artículo 242 del Código Civil. La paternidad quedará determinada en el caso que el donante reconozca al hijo, situación poco probable ante la ausencia de voluntad procreacional o, mediante el ejercicio por el hijo de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial en el supuesto de contar con datos referidos a la persona del donante.⁷⁰

Considero que en una futura regulación legal debería prohibirse o limitarse a supuestos extremos esta posibilidad, puesto que va en contra del interés superior del niño/a traducido en su derecho de contar con un emplazamiento filial pleno (materno y paterno), garantizador del respeto de su identidad. Creo viable el planteo por el hijo de un reclamo reparador frente al equipo médico, establecimiento médico y la madre por haberlo privado intencionalmente del vínculo paterno.

⁷⁰ Bossert Gustavo y Eduardo Zannoni. “Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad” Ed. Astrea. Bs. As.



2. Maternidad subrogada.⁷¹

Se presenta cuando el embrión fruto de la unión del óvulo de una mujer y el semen de un hombre, se desarrolla en el vientre de otra mujer. Nos encontramos frente a un caso donde se distingue entre madre genética y madre gestacional.

Asimismo, puede presentarse la posibilidad que la madre genética y gestacional se concentren en una misma persona, cuando la mujer ajena a la pareja aporte su vientre y su óvulo, siendo las soluciones conforme al régimen vigente las siguientes:

- **Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro en una mujer (casada o no) con semen de hombre casado, con el compromiso de entregar el hijo al matrimonio conformado por el dador del semen y su mujer:**⁷² si aplicamos directamente la ley, la maternidad queda determinada en la mujer que llevó adelante el embarazo (art. 242, C.C.) y la paternidad dependerá de su estado civil. Si fuera casada su marido quedaría emplazado por el juego de la presunción legal (art. 243, C.C.) y sólo podría ser desplazado mediante el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial (arts. 258 y 259, C.C.) y, posteriormente, procederá el reconocimiento voluntario del dador del semen o el planteo de una acción de reclamación de la filiación extramatrimonial (art. 254, C.C.). En cambio, si fuera soltera estaríamos frente a una filiación extramatrimonial y el padre biológico quedaría emplazado mediante el acto del reconocimiento o por una sentencia en juicio de reclamación de filiación extramatrimonial planteada por el hijo o sus herederos contra el dador del semen.

⁷¹ WAGMAISTER, Adriana M. Op. Cit. Nota 49.

⁷² SILVA RUIZ, Pedro E., “El derecho de la familia y la inseminación artificial en in Vitro”. Op. Cit. Nota 43.



Si el hijo fue inscripto a nombre de la mujer del dador del semen, resultaría procedente la acción de impugnación de la maternidad por “no ser la madre del hijo” (art. 261, C.C.). Podrá accionar cualquier interesado, pero no el marido ni la esposa ni la mujer inseminada, que consintieron en el procedimiento (art. 262, C.C.).

- **Determinación de la filiación de persona fecundada in vitro con material genético de la pareja y gestada en el vientre de otra mujer:**⁷³ Se presenta en este caso la separación entre madre genética y madre gestacional. Conforme al régimen vigente, en principio, sería emplazada como madre la que llevó adelante el embarazo (art. 242, C.C.). Para acreditar la inexistencia del nexo biológico deberá plantearse una acción de impugnación de la maternidad “por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo” (art. 261, C.C.). Podrá plantear la acción cualquier interesado, con la excepción de la madre subrogada, su cónyuge, el marido y la esposa a quien o quienes se comprometieron a entregar al nacido, por haber consentido en el procedimiento y destino. En cuanto a la clase de filiación, el hijo será emplazado como hijo matrimonial o extramatrimonial, según que sus padres estén o no unidos en matrimonio.

Si la inscripción se hizo a nombre de la mujer de quien proviene el óvulo, se actuó conforme a lo no previsto por la ley (art. 242, C.C.). Sin embargo, no sería posible plantear la acción por la existencia del nexo biológico y, por ende, la imposibilidad de alegar que la inscripta no es la madre del hijo que pasa por suyo (art. 261, C.C.).

La maternidad subrogada no debe permitirse por tratarse de un acuerdo de objeto prohibido, en virtud de la cual el embrión humano es considerado un objeto susceptible de ser negociado, desconociéndose su calidad de sujeto de

⁷³ ANDORNO, Luis. “El Derecho frente a los modernos métodos de procreación”. Op. Cit Nota 44.



derecho. La nulidad que recae sobre el acuerdo es absoluta, y no podrá exigirse la reparación del daño por parte de quienes han sido parte del acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1047, C.C.). En cambio, el hijo si tendrá derecho a exigir una reparación fundada en la lesión sufrida en su identidad genética y/o filiatoria.

3. Filiación post mortem:

- **Determinación de la filiación de la persona concebida por inseminación artificial o fecundación in vitro con semen del marido fallecido:** la maternidad queda establecida conforme lo dispuesto en el artículo 242 C.C. En lo relativo a la determinación de la paternidad, la doctrina se divide: **a)** sólo resulta aplicable el artículo 243 C.C, cuando el nacimiento se produce dentro de los trescientos días del fallecimiento⁷⁴; caso contrario el hijo quedará emplazado como hijo extramatrimonial y sólo podrá acreditar su nexo biológico con el causante mediante el planteo de una acción de reclamación de filiación extramatrimonial; **b)** se tiene en cuenta la existencia de nexo biológico y voluntad procreacional manifestada en vida, independientemente de sí el nacimiento se produce dentro o fuera de los trescientos días de la muerte⁷⁵.

Me inclino por la segunda corriente por entender que es el medio para garantizar el derecho del hijo a tener un emplazamiento filial pleno (materno y paterno), respetuoso de su identidad en referencia a su realidad biológica (tanto genética como filiatoria). No se configura un daño susceptible de ser reparado.

Si bien, el hijo estará privado desde la concepción de una figura paterna, su emplazamiento filial completo (materno y paterno), le permitirá desarrollar en plenitud las otras dimensiones de su identidad.

⁷⁴ Méndez Costa, María Josefa y D'Antonio, Daniel. Op Cit. Nota 65.

⁷⁵ Zannoni, Eduardo: "Derecho de Familia". Ed. Astrea. Buenos Aires, 1989. Pág .1067



- **Determinación de la filiación de la persona fecundada in vitro con material genético del matrimonio, tras el fallecimiento de la madre antes de su implante:** dos posibilidades se presentan en este caso:

a)- Descarte de el/los embriones: manifiesto un total rechazo a esta posibilidad por vulnerar el derecho a la vida;

b)- Implante en otra mujer: ¿cómo se determina en este caso la maternidad? Claramente se deslinda la madre genética (en este caso la madre fallecida) y la madre gestacional (a quién se realiza el implante).

En el segundo supuesto, la madre gestacional no comparte con la persona por nacer nexo biológico, pero al mismo tiempo asume su responsabilidad materna al consentir el implante y, por consiguiente, no sería viable permitirle el planteo de la acción de impugnación de la maternidad. Este es un claro supuesto de falta de concordancia entre la identidad genética y la identidad filiatoria.

En cuanto a la determinación de la paternidad, si el padre contrae matrimonio con la mujer que llevó adelante el embarazo, el hijo será matrimonial por imperio de la presunción legal (art. 243, C.C.). Si no se contara con el elemento objetivo del matrimonio, la filiación será extramatrimonial y la paternidad se determinará mediante el acto del reconocimiento (arts. 248 y 249, C.C.) o mediante sentencia dictada en un juicio de reclamación de filiación extramatrimonial (art. 254, C.C.); pronunciamiento que habilita la posibilidad de accionar por reparación del daño ante la ausencia de reconocimiento voluntario.

Si la madre gestacional estuviera casada con un hombre que no es el que aportó el material genético, será emplazado como padre sin existir nexo biológico por imperio de la presunción legal (art. 243, C.C.), resultando afectada, en su



totalidad, la identidad del hijo en el aspecto genético. Dicho emplazamiento podrá ser cuestionado por él o por el hijo a través del ejercicio de una acción de impugnación de la paternidad matrimonial (arts. 258 y 259, C.C.). Posteriormente, corresponderá el reconocimiento voluntario del padre biológico. Si esto no ocurre, procede el planteo de una acción de reclamación de filiación extramatrimonial y, posteriormente, una acción por reparación del daño ante la falta de reconocimiento espontáneo.

Frente a una situación compleja como la planteada, la alternativa que mejor atiende al interés superior del hijo es el matrimonio entre la madre gestante y el padre biológico. La presencia de este elemento objetivo facilita el acceso a un emplazamiento dentro de una familia. Estimo que si en el momento oportuno el hijo accede a la completa verdad acerca de su origen, no se configura un daño susceptible de ser reparado. Si por el contrario, se oculta la mitad de su origen genético, cabría la posibilidad de plantear una acción por daños por haberse lesionado la identidad en referencia a la realidad biológica en su aspecto genético.

Si bien en un primer análisis de la cuestión, la solución puede resultar chocante es la única que permite preservar el derecho a la vida y el desarrollo de la identidad en sus otras dimensiones.

Manifiesto un total rechazo al resto de las posibilidades. El hijo podrá exigir una reparación del daño contra el equipo médico y el establecimiento donde se realizó la práctica, como así también contra su propio padre.

- **Determinación de la filiación de la persona fecundada in vitro con material genético de un matrimonio disuelto por la muerte de ambos antes del implante:** en este caso el único camino posible es dar el o los embriones en adopción prenatal, evitándose de este modo el descarte y garantizándose el derecho de todo niño/a nacida o por nacer de preservar su



derecho a una vida digna dentro de una familia. Para garantizar su derecho a la identidad serán de aplicación las normas reguladoras del régimen de adopción.



LOS PROYECTOS LEGISLATIVOS SOBRE PROCREACIÓN ARTIFICIAL EN ARGENTINA ⁷⁶

La cuestión de la procreación artificial constituye uno de los mayores desafíos que enfrenta el legislador, pues se le presenta el tema de la transmisión de la vida y la dignidad de la vida humana naciente, junto con la ponderación justa de los progresos científicos.

En este sentido, en el Congreso Nacional se han presentado un total de 42 proyectos de ley sobre la materia y hubo un proyecto que fue aprobado por el Senado de la Nación aunque nunca fue tratado por la Cámara de Diputados.

a) Proyectos vigentes

Durante el período parlamentario 2002 se presentaron 2 proyectos en materia de procreación artificial aunque en todos los casos se trata de reproducción de proyectos presentados anteriormente a saber:

- Graciela Camaño (Justicialista, Buenos Aires): Reproduce proyecto de su autoría y del Diputado Corchuelo Blasco (3594-D-98) de régimen legal aplicable a los establecimientos que practiquen técnicas de reproducción humana asistida (expte. 382-D-2000 - Trámite Parlamentario 4/00 y Expte. 2025-D-02 TP 44/02)
- Dip. Silvia Martínez (Justicialista, Buenos Aires): Reproduce proyecto de su autoría (882-D-98), de régimen de reproducción humana médicamente asistida (expte. 905-D-2000 - TP 13/00 y Expte. 974-D-02 TP 20/02)

Hasta el 9 de julio sólo se había presentado un proyecto sobre el tema en el período parlamentario 2003:

⁷⁶ www.congreso.gov.ar _ GRECIELA N. MESSINA de ESTRELLA GUTIERREZ "Bioderecho". Ed. Abeledo Perrot. Pág. 186 y ss.-



- Sen. Pedro Salvatori, Luz M. Sapag (Movimiento Popular Neuquino) y Miguel A. Pichetto (Justicialista): Marco Regulatorio para los Bancos de Gametos provenientes de pacientes oncológicos (expte. 455/03 - DAE 32/03).

b) El proyecto de 1997 con "media sanción"

Con fecha 2 de julio de 1997, el Senado de la Nación aprobaba un proyecto de ley sobre reproducción humana asistida que finalmente nunca fue tratado por la Cámara de Diputados (expte. 83-S-97). Al finalizar el período de sesiones del año 1999 esa iniciativa perdió estado parlamentario.

c) Otros proyectos anteriores

Los proyectos anteriores al 1ro de marzo de 2000 y que no tienen estado parlamentario son:

En el Senado de la Nación:

1. Senador Ricardo Branda (Justicialista, Formosa): reproduce su proyecto (2053-S-96) de régimen de reproducción humana médicamente asistida (expte. 761-S-2000D40/00)
2. Senador Jorge Villaverde (Justicialista, Buenos Aires): reproduce su proyecto (272-S-97) de régimen de reproducción humana asistida (expte. 652-S-2000 DAE32/00)
3. Senador Roberto Ulloa (Renovador, Salta): reproduce su proyecto (435-S-97) sobre técnicas de procreación humana asistida (expte. 480-S-2000 DAE 24/00)



4. Senador Enrique Martínez Almudevar (Justicialista, La Pampa):
Reproduce proyecto (165-S-97) de régimen de reproducción humana
asistida (expte. 442-S-2000 - Diario de Asunto Entrados 22/00)
5. Senadores Conrado Storani y Ricardo E. Lafferriere (Año 1991: expte.
1014-S-91, reproducido por exptes. 94-S-93; 628-S-95 y 497-S-97);
6. Senadores Oraldo Britos y Olijela del Valle Rivas (Año 1993: expte.
1374-S-93, reproducido por exptes. 551-S-95 y 430-S-95)
7. Senador Alfredo Avelín (Año 1995: expte. 1352-S-95, reproducido por
expte. 450-S-97)
8. Senador José Antonio Romero Feris (Año 1997: expte. 867-S-97);
9. Senadora Olijela del Valle Rivas (Año 1997: expte. 267-S-97)

En la Cámara de Diputados, los proyectos que han perdido vigencia son:

1. Dip. Isabel Foco y otros (Frepaso, Neuquén): Régimen de concepción
humana asistida (expte. 1959-D-01 - TP 34/01)
2. Dip. Marta Ortega de Aráoz (Justicialista, Córdoba): Régimen de
reproducción humana asistida (expte. 4451-D-01)
3. Dip. Guillermo Giles y Federico Soñez (Año 1998: expte. 2670-D-96
sobre delitos contra hechos relativos a la manipulación genética).



-
4. Dip. Laura Musa (Año 1996: expte. 2002-D-96, reproducido por expte. 1257-D-98)
 5. Dip. César Arias (Año 1996: expte. 6044-D-96, reproducido por expte. 7417-D-98)
 6. Dip. Luis N. Polo (Año 1996: expte. 4857-D-96 sobre prohibición de prácticas de fecundación humana artificial en el ámbito del territorio nacional)
 7. Dip. Aldo Rico y otro (Año 1996: expte. 4743-D-96 sobre derechos de la persona por nacer; fecundación asistida; sanciones penales; modificaciones al código civil).
 8. Dip. J. A. López (Año 1996: expte. 3847-D-96 sobre modificaciones al código civil y a la ley 19314 sobre adopción de embriones).
 9. Dip. Silvia Martínez y otros (Año 1996: expte. 2446-D-96)
 10. Dip. Ricardo Lafferriere (Año 1996: expte. 2400-D-96, reproducido por expte. 2841-D-99)
 11. Dip. Oraldo Britos y otros (Año 1996: expte. 2224-D-96)
 12. Dip. Carlos Romero (Año 1995: expte. 1008-D-95)
 13. Dip. Alberto Natale (Año 1995: expte. 1937-D-95)
 14. Dip. Carlos Romero (Año 1995: expte. 1989-D-95)



-
15. Dip. Claudio Mendoza y otra (Año 1995: expte. 2071-D-95)
 16. Dip. Marta Martín de Nardo y otros (Año 1995: expte. 2529-D-95)
 17. Dip. José M. Corchuelo Blasco (Año 1995: expte. 2583-D-95, reproducido por expte. 1402-D-97)
 18. Dip. José M. Corchuelo Blasco (Año 1994: expte. 3549-D-94, reproducido por expte. 4042-D-96 de creación del registro nacional de embriones con destino a la reproducción asistida)
 19. Dip. Alejandro Arméndariz y otros (Año 1995: expte. 3586-D-95)
 20. Dip. Ricardo Felgueras (Año 1995: expte. 4302-D-95)
 21. Dip. Ernesto Algaba (Año 1994: expte. 4285-D-94)
 22. Dip. Leopoldo Orquín (Año 1994: expte. 5284-D-94)
 23. Dip. Fernando López de Zavalía y otros (Año 1993: expte. 1378-D-93)
 24. Dip. Juan Pablo Cañero (Año 1993: expte. 1700-D-93, reproducido por expte. 4919-D-96)
 25. Dip. Carlos Ruckauf y otro (Año 1993: expte. 2617-D-93)
 26. Dip. Eduardo Camaño (Año 1993: expte. 4586-D-93)



-
27. Dip. José M. Corchuelo Blasco y otros (Año 1992: expte. 4234-D-92 sobre creación de una comisión bicameral sobre métodos y técnicas aplicables en fertilización humana asistida).
28. Dip. Florentina Gómez Miranda (Año 1991: expte. 1747-D-91, reproducido por expte. 1702-D-95 sobre régimen de técnicas interdisciplinarias de reproducción humana asistida)
29. Dip. Andruet (Año 1989: expte. 2052-D-89 sobre creación de una comisión nacional interdisciplinaria de estudio y análisis de las nuevas formas de reproducción humana).
30. Dip. Roberto Osvaldo Irigoyen (Año 1989: expte. 2593-D-89 sobre creación de una comisión asesora Ad-Honorem en la Cámara de Diputados para la elaboración de un proyecto de ley sobre la utilización de los nuevos métodos de reproducción humana).

OPINION DE CONGRESOS Y JORNADAS

- 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 aquellos 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.)⁷⁷.

- II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (1992)

⁷⁷XIII Jornadas Nacionales da Derecho Civil, Buenos Aires, 1991, cuyo despacho mayoritario fue suscripto por los Profs. Dres. Buaras, Messina de Estrella Gutiérrez, Gesualdi, Kraut, Banchio, Müller, Meza, Boragina, Agoglia, Jimenez, Bravo, Niel Puig, A. Altei-ini, López Cabana, Wayar, Parellada, Aída Kemelmajer de Carlucci.



El criterio expuesto en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs. As., 1991, fue reiterado en las II Jornadas Marplatenses, 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.⁷⁸

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

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

En el seno de la Comisión n° 1 de dichas jornadas⁷⁹, 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.

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos de las Personas –UNESCO- (1997)⁸⁰

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos prescribe, en su artículo 8°, que “toda persona tendrá derecho, de conformidad con el derecho internacional y el derecho nacional, a una reparación

⁷⁸ II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros. 1992.

⁷⁹ Despacho de la Comisión n° 1, Tema: Responsabilidad por riesgos, presidida por Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana.-

⁸⁰ Declaración Universal sobre el genoma humano, UNESCO, Conferencia General, Paris, 11 de Noviembre de 1997.-



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 que la aplicación de éstas técnicas sólo se realizará después de ponderar los riesgos y beneficios de su aplicación al sujeto concreto”⁸¹

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 intereses exclusivo de la sociedad o la ciencia, acordando prioridad al primero en caso de conflicto. El entero 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). 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

⁸¹ APARISIS MIRALLES, A. Manipulación Genética en seres humanos: posibles mecanismos de control, E.D. del 31/07/98.



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 ap. 1 y 2).

Finalmente, se confiere a toda persona que haya sufrido un daño injustificado como resultado de una intervención, el derecho a una reparación equitativa (art. 24).

Declaración de Mónaco –2000-

En el mes de abril del año 2.000, 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.

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

No he encontrado antecedentes jurisprudenciales específicamente referidos a supuestos de reproducción humana asistida. Pero 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.

Estado 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 mencionar que la Corte de Apelaciones de Michigan, en “Taylor vs. Surender Kurapati MD”, fallado en junio de 1999, sostuvo que el daño por “wrongful birth” 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, denominado a tales juicios, no sin vacilación, bajo el rótulo “bad baby cases”⁸²

⁸² DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo, Diagnósticos eméticos prenatales y responsabilidad (Parte I), en Revista de Derecho y Genoma Humano, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBU, p. 105 y ss.



En primer lugar, he de mencionar lo resuelto por el Tribunal de Apelación de Indianápolis, en:

- **“Bader VS Johnson” (2000)**

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 Dr. 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 Dr. 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 Sra. 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 septiembre 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, si no 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 en:

- **“Kassama vs. Magat” (2001)**



Los hechos: En septiembre de 1995, Millicent Kassama dio a luz a Ibrion, quien padecía de Síndrome de Down.

La Sra. Kassama, en su propio nombre y en representación de su hijo Ibrion, inició demanda ante el Tribunal de Circuito del Condado contra el Dr. Magat –quien la atendió durante el embarazo-, su asociación médica y uno 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 el no haberle realizado un test de alfafetoproteína 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 Sra. 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 4 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 EEUU, y que era imposible calcular los daños resarcibles, comparando una vida defectuosa y una no vida.

Uruguay

Suprema Corte de Justicia.

El Anuario de Derecho Civil Uruguayo⁸³, 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, translocación.

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

⁸³ SZAFIR, Dora y VINTURJNI, Beatriz, La responsabilidad civil en la no detección de anomalías cromosómicas. Análisis de un caso jurisprudencial, en anuario de Derecho Civil Uruguayo. Fundación de Cultura Universitaria, XXVIII. Págs. 759 y Ss.



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-, asumen en principio una obligación de medios, teniendo en cuenta el elevado margen de certeza en el resultado analítico efectuado a la accionante (0,1% de error, es decir, 99,99% de acierto), en el caso, debe considerar la obligación como de resultado.

Por ende, probado el incumplimiento de ésta 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 obligaciones 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 bandeado, respectivamente.



Finalmente, la Suprema Corte de Justicia⁸⁴, 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 aquilina.

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 aquilina, 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 vistas de las circunstancias del caso, siendo que la conducta del profesional demuestra un obrar culposo o negligente por el cual debe responder.

Italia

Corte de Apelación de Padova (1985):

En Italia, por ley n° 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, corresponden exclusivamente a la madre. Teniendo en cuenta

⁸⁴ Sentencia publicada en L..1. U., t. 118, caso 11509.



tales premisas, la Corte de Apelación de Padova, en un fallo dictado el 09/08/85⁸⁵, 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 parto a fin de evitar el nacimiento de un niño con graves deficiencias físicas y psíquicas.

Corte de Casación (1996)⁸⁶

La Corte de Casación italiana, sostuvo que a los fines 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)⁸⁷

Con fecha 7 de septiembre 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.

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.

⁸⁵ Trib. de Padova, 9-8-85, NGCC, 1986, 1, 115, en CENDON, ob. cit. en nota 4, Cap. IV, p. 78.

⁸⁶ Corte di Cassazione, Milano, 31 maggio 1996. en Giurisprudenza Costituzionale e Civile, ps. 1804/1806

⁸⁷ Tribunale Di Perugia, 7 settembre 1998 en Giurisprudenza Costituzionale e Civile, ps. 1804/1806, N 69.



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 no quisiera 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 si 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 ha utilizarse, o a su indebida conservación, o por errores en los procedimientos de formación del pre-embrión, y su 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”⁸⁸.

⁸⁸ PARELLADA Carlos A. “Una aproximación al derecho de daños frente al manipuleo genético. Ed. Pág. 414.







CONSIDERACIONES FINALES

I). Podemos concluir que de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, hay persona, ser humano con derechos individuales inviolables, desde el momento en que ha sido engendrado, en concordancia con lo ya establecido por el Código de Vélez, en sus artículos 63 y 70, los que mantienen plena vigencia en cuanto al comienzo de la existencia de la persona física desde el momento mismo de la concepción, aún cuando actualmente la ciencia posibilite que dicho proceso se lleve a cabo fuera del seno materno, lo cual resultaba imprevisible a la época de su sanción.

En efecto, conforme a las disposiciones de los citados artículos, el comienzo de la existencia del *nasciturus* coincide con el principio de su personalidad jurídica, resultando actualmente irrelevante que la fecundación se haya producido *in corpore* (en el claustro materno) o *in vitro* (fecundación extracorpórea).

Normas internacionales de rango constitucional, conforme lo establecido por el art. 75, inciso 22°, de nuestra Carta Magna, también protegen al *por nacer* en el ámbito interno. Se trata de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica -, en la cual se determina que "*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*" (art. 4, inc. 1°).

El otro texto incorporado a la Constitución, es la Convención de los Derechos del Niño de 1989, ratificada por nuestro país.

Es de destacar que, a su respecto, se efectuó una reserva en el sentido de que en el concepto de "*niño*" debía entenderse a todo ser humano, desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad.



Dentro del ámbito específico de nuestro Código Civil, resulta muy ilustrativa la nota al art. 63 respecto al modo de pensar del codificador. En ella afirma: “Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar”.

Dado que en la actualidad la ciencia genética ha realizado importantes avances en el campo de su investigación, corresponde efectuar algunas reflexiones que nos permitirán arribar a la conclusión de que, desde el momento en que el espermatozoide y el núcleo del óvulo femenino se fusionan, se forma el huevo, es decir, la primera célula del nuevo ser.

Tanto el óvulo (gameto femenino) como el espermatozoide (gameto masculino) cuentan cada uno con la mitad de la cantidad de cromosomas de esa primera célula del ser humano y se conservarán durante toda la vida de aquél, tanto mientras permanezca en el seno materno, y aún antes de su implantación allí, como cuando ya se haya desprendido de él.

A partir de la fusión de los gametos, el nuevo ser adquiere las características que le son propias y, por consiguiente, diferentes a las de cada uno de sus progenitores, dicho de otro modo, obtiene su propia individualidad e identidad. Y ello es así, independientemente del método (natural o científico) que se haya utilizado o del ámbito (seno materno o in vitro) en que se haya llevado a cabo la concepción.

Es evidente que las normas de nuestro Código Civil no pueden a esta altura dar respuesta a todos los interrogantes, encontrándonos actualmente en presencia de un ámbito en el cual, la ausencia de normas legales, produce una notoria inseguridad e incertidumbre jurídica.



Por ello y hasta tanto el ordenamiento jurídico regule estas nuevas situaciones, para resolver tan delicadas cuestiones, deberá recurrirse por analogía a los preceptos del Código Civil sin dejar de lado las normas constitucionales y demás leyes de rango constitucional ya referenciadas, relativas a la persona por nacer.

Así, por ejemplo, por aplicación analógica del art. 70 del Código Civil, el embrión, aunque no esté aún alojado en el seno materno, tendrá calidad de persona por nacer.

Este principio se ve reforzado por las expresiones de otra disposición de Vélez, el art. 51, que califica como persona de existencia visible "*a todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes*", comprendiendo de este modo al ser humano en su proceso de formación, lo que involucra analógicamente también a los concebidos *in vitro*, atento a la sustantividad humana que la biología le reconoce desde el momento de la concepción.

Sin duda ese embrión presenta los mismos caracteres de humanidad que tiene el concebido en el seno materno, a la misma altura de su evolución vital.

II) Ahora bien, si decimos que hay persona física desde el momento de la concepción, ya sea esta dentro o fuera del seno materno, que pasa con los embriones fecundados *in Vitro*, que no se utilizan, o sea los que no han sido implantados en el seno materno?

Considero que el embrión no implantado dependerá fundamentalmente de sus padres, ya que ellos han aportado su material genético, por lo tanto si éstos deciden posteriormente implantarlos no habrá mayor problema, al menos desde el punto de vista jurídico. La dificultad se presentará cuando los padres se nieguen o no puedan implantar embriones congelados.



Las posibilidades, en estas circunstancias, según mi criterio podrían ser tres: la destrucción, la experimentación y la dación para su implantación.

Admitido que son *personas*, su destrucción entra en el campo penal y, por consiguiente, resulta inaceptable.

En cuanto a la segunda posibilidad, si bien para los científicos, la experimentación con embriones humanos ofrece una rica posibilidad en torno a la investigación genética, no hay que olvidar que se trata de personas, por ende sostengo que no debería afectarse su derecho a la dignidad. El legislador debería imponer determinados límites que impidan la afectación de estos derechos.

Respecto a la posibilidad de la dación, no puede admitirse que sea donado por sus padres genéticos, dado que no podría ser una persona objeto de una donación, por ello debería pensarse en algún instituto similar a la adopción, admitiéndose que se tratara de embriones abandonados.

III) Maternidad subrogada o maternidad por otro

En cuanto a la naturaleza jurídica del acto que vincula a la madre portadora con los padres biológicos, teniendo en cuenta que la llamada madre portadora o gestante, o sea, la mujer que accede a que le sea implantado un embrión en cuya formación ella no ha participado, por no haber sido la dadora del óvulo fecundado, y se compromete a portarlo durante el restante período de gestación, para luego darlo a luz y reintegrarlo a sus progenitores, debería descartarse que se esté en presencia de un contrato y, por ello, no parecería correcto hablar de "alquiler de vientres" porque, como es sabido, el objeto de la locación está constituido por cosas en el sentido del art. 2311 del Código Civil, o sea, objetos materiales susceptibles de tener valor económico, lo cual en modo alguno es aplicable al cuerpo humano.



Por otra parte, a mi entender tampoco es un acto jurídico, porque carece de un requisito esencial de esa figura como es la licitud del objeto y, por consiguiente, no se adecua a las exigencias del art. 953 del citado Código.

También podría tratarse de un acto de disposición del propio cuerpo ya que la madre portadora otorga la utilización temporaria de su útero para que en él se implante el embrión y permanezca hasta la finalización del período de gestación.

Cabe destacar que no estoy de acuerdo con que este tipo de actos, sean onerosos, siguiendo el espíritu tanto de la ley 24.193 que prohíbe la onerosidad de las daciones de órganos y materiales anatómicos, como el de la ley 22.290, referida a la dación de sangre.

De todos modos entiendo que, aún cuando estos actos sean gratuitos, no son aceptables para el Derecho, en tanto afectan a la moral y las buenas costumbres, sin respetar normas de orden público como la contenida en el citado artículo 953.

Esta posición, además, encuentra fundamento en las siguientes razones: por una parte, se deja de lado el *interés superior del niño* -reconocido como eje central de la Convención de los Derechos del Niño-, quien ha creado con la madre sustituta un íntimo nexo biológico, durante su desarrollo intrauterino que explica la conexión que trasciende al nacimiento desde que es el ser a quien reconoce, busca y necesita el recién nacido, no sólo desde el punto de vista emocional sino desde el físico, ya que es el ser que naturalmente le procurará su alimento. En este aspecto, no debe soslayarse que la entrega a sus padres biológicos, lo privaría de la lactancia natural, tan importante para su salud, para privilegiar el interés de sus progenitores.

Por otra parte, estas situaciones hacen aparecer una duplicidad de maternidad que, obviamente, es muy diferente a la que se produce en la adopción.



En efecto, mientras en ésta última, la decisión judicial es consecuencia, generalmente, del abandono, en el caso bajo análisis puede haber un conflicto entre dos personas que se disputan la maternidad. Por un lado, la dadora del óvulo (madre genética) y, por otro, la que gestó y alumbró (madre gestante o portadora).

Como corolario fundamental agregó que, este tipo de actos son contrarios al orden público por los problemas que pueden generar con respecto a la filiación y finalmente porque en ellos se dispone de derechos que no son susceptibles de transacciones.

IV) Derecho a la identidad

Por todo lo expresado hasta acá considero que es necesario advertir la necesidad de avanzar en la búsqueda de una regulación legal que sea capaz de contemplar las situaciones no previstas, con el fin de proteger al embrión humano y garantizar sus derechos fundamentales comprometidos, como el derecho a la identidad.

Claramente se perciben las contradicciones presentes en el sistema vigente, cuando intentamos aplicar sus normas para resolver situaciones nacidas del empleo de las nuevas tecnologías reproductivas. Así, como el espíritu de la ley 23.264 se apoyó en el interés del hijo/a reflejado en su derecho a contar con un emplazamiento que coincida con su verdad biológica, las nuevas realidades que se nos presentan con el avance científico nos conducen a nuevos planteos que se apartan de la concordancia de lo jurídico con lo biológico por una razón de justicia. En efecto, se debe partir del respeto del nasciturus por su condición de persona y, como tal, portador del derecho fundamental a una vida digna que se desarrolle en el seno de una familia, dentro de la cual estén claramente determinados los vínculos filiales en concordancia o no con los vínculos biológicos. No olvidemos que el derecho a la vida es el presupuesto necesario de los otros y, en consecuencia su ausencia, impide el nacimiento del resto.



Entiendo que frente a situaciones de inexistencia de nexo biológico y siempre en miras del amparo del niño/a nacido por medio del empleo de técnicas de reproducción asistida, debe garantizarse el derecho a conocer su verdadero origen. Esto puede hacerse efectivo, mediante la información revelada por sus padres o, en su defecto, a través del ejercicio de una acción autónoma que no implique una modificación de los vínculos filiales, resguardándose de este modo uno de los fines del Derecho: la seguridad jurídica. Unido a esto y frente a un ocultamiento de su verdadera identidad, tendrá el hijo la facultad de reclamar la reparación del daño causado.

V) Responsabilidad civil

En cuanto al reconocimiento de la responsabilidad civil por los daños desencadenados como consecuencia de la aplicación de los modernos avances en materia de reproducción humana, considero que el principio que afirma que “aquel que comete un daño es obligado a su reparación”, resulta plenamente aplicable en esta materia. Si bien es cierto que sobre el tema existe escaso pronunciamiento doctrinal y jurisprudencial tanto en el derecho comparado como en el nuestro, es una realidad, que de la aplicación de los diversos métodos de reproducción artificial pueden derivarse daños, los cuales pueden afectar a cualquiera de los intervinientes en dichos procesos, a saber, el donante de gametos, la pareja estéril, los médicos y centros asistenciales, y por supuesto también, al niño nacido de la aplicación de dichas técnicas; el que a mi entender, se presenta como el más indefenso y desprotegido, debido a la facilidad con que las actuales tecnologías pueden intervenir en su desarrollo. En este contexto, es preciso admitir la existencia del daño y las pretensiones indemnizatorias del afectado, comprendiéndose tanto el daño patrimonial como también el daño moral.



Respecto a la responsabilidad que le cabe a los médicos y centros asistenciales en que dichas prácticas se llevan a cabo, considero que esta presentará un matiz distinto, ya que en este caso, estamos ante la presencia de expertos, a los cuales se les debe exigir un mayor grado de cuidado y diligencia en su actuar.

Finalmente, resulta evidente y necesario que nuestro país cuente con una legislación que regule la aplicación de las nuevas técnicas de procreación artificial y todo lo que la puesta en marcha de las mismas lleva consigo; una legislación respetuosa de la dignidad de todo ser humano, desde sus orígenes hasta su muerte, en tal sentido, será preciso la existencia de una norma legal que claramente reconozca la personalidad del embrión humano desde el momento mismo de la fecundación, que rechace cualquier forma de manipulación de la vida humana embrionaria y, por supuesto, consagre las responsabilidades por los daños que la aplicación de esta nueva tecnología pueda provocar a los usuarios de las mismas.

Considero que en el desarrollo de esta tarea es conveniente que nuestro legislador conozca la regulación que sobre el tema se presenta en el derecho comparado, pero no con el objeto de asimilar dichas legislaciones, muy por el contrario, para evitar caer en disposiciones con una interpretación dudosa, que lejos de proteger al nuevo ser vaya en contra de su adecuado desarrollo.





PROPUESTAS:

- **Reforma del Artículo N° 63 del Código Civil:** “ Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno o fuera de el”⁸⁹

- **Reforma del Artículo N° 70 del Código Civil:** “Desde la concepción, sea esta en el seno materno o fuera de el, comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir derechos, como si ya hubiesen nacido. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.”⁹⁰

- **Dictado de una ley que contemple los siguientes supuestos:**
 1. Que se permita la fecundación heterologa con material genético de un tercero a las parejas heterosexuales casadas o en concubinato por más de tres años, en la cual uno o ambos conyugues tengan problemas para concebir.
 2. En el caso de que la mujer casada, utilice material genético de un donante masculino, el marido de ésta deberá prestar consentimiento por medio fehaciente. En el caso de que utilice material genético femenino, ambos conyugues deberán prestar consentimiento por medio fehaciente.

⁸⁹ Art. 63 C. Civil: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

⁹⁰Art. 70 C. Civil: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”



3. El centro medico donde se lleve a cabo el procedimiento de fecundación, deberá llevar un libro de registro con los datos de los donantes.
4. La persona concebida con material genético donado por un tercero, podrá a partir de los 18 años de edad conocer sus orígenes biológicos. No pudiendo realizar acciones filiatorias en contra de quien le ha donado.
5. La familia no biológica de la persona concebida con material genético donado, no podrán excluirlo en las acciones sucesorias o de familia.
6. El centro medico donde se lleve a cabo la selección de material genético donado, responderá por los daños ocasionados si el material fuere defectuoso o portador de enfermedades.
7. El donante de material genético será responsable de los daños ocasionados, si conociendo que era portador de alguna enfermedad no lo comunico al centro medico al cual hizo la donación.
8. Los centros médicos que se dediquen a la crioconservación de embriones in Vitro, deberán llevar un registro de los mismos.
9. Los embriones crioconservados serán implantados a quienes aportaron su material genético, si estos no quisieren o no pudieren gestarlos, los embriones serán destinados a adopción, no pudiendo por ningún motivo ser destruidos o utilizados con fines de investigación.
10. La maternidad subrogada queda totalmente prohibida.





BIBLIOGRAFÍA

Consulta de libros:

- ACOSTA RAMIREZ, V “De la Responsabilidad Medica” Editorial Jurídica de Chile. 1999.

- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo; “Manual de Derecho de Familia”. Editorial Astrea, 5ª edición. Actualizada y ampliada. Bs. As., 1998.

- BOSSERT, Gustavo “Fecundación Asistida” Editorial JA 1998.

- BUERES Alberto “Responsabilidad Civil de los Medicos” Editorial Depalma. Bs. As 1979

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. “Teoría general de la Responsabilidad Civil”. Editorial Abeledo Perrot; 9ª edición ampliada y actualizada, Bs. As., 1997.

- CARCABA FERNANDEZ, María “Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Reproducción Humana”. Editorial JM Bosch S.A. Barcelona 1995.

- GIOVANNINI BERLINGER “Ética de la Salud”. Editorial Lugar. Córdoba. 1996.



-
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIERRES, Graciela. “Responsabilidad derivada de la Biotecnología” Editorial Abeledo Perrot.
 - MESSINA DE ESTRELLA GUTIERRES, Graciela “Bioderecho”. Editorial Abeledo Perrot. 1998.
 - MOSSET ITURRASPE, Jorge. “Responsabilidad por daños. Tomo I: Parte General”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 1998.
 - PANTALEON PRIETO Fernando. “Procreación Artificial y Responsabilidad Civil”. Editorial Trivium. Madrid. 1987.
 - PARELLADA, Carlos A. “Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético” Ed.VVAA.
 - PIZARRO Y VALLESPINOS, “Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones”, Tomo II. Editorial Hammurabi.
 - TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J. “Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: Teoría y práctica”. Tomo I. Editorial La Ley, 1º edición. Bs. As., 2004.
 - ZANNONI, Eduardo; “Tutela de la persona por nacer y Responsabilidad Civil”. Editorial La Roca. Bs. As 1996.
 - ZANNONI, Eduardo “Inseminación artificial y Fecundación extrauterina”. Editorial Astrea. 1978
 - ZANNONI, Eduardo “La genética actual y el derecho de familia”. Editorial Tapia. 1987



Consultas de páginas Web:

- “LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES”. Disponible en: [ww.esperanzaunaf.com.ar/La%20Responsabilidad%20de%20los%20profesionales%20en%20Economicas](http://www.esperanzaunaf.com.ar/La%20Responsabilidad%20de%20los%20profesionales%20en%20Economicas)

- “INSEMINACION ARTIFICIAL”. Disponible en: <http://www.todoelderecho.com/Apuntes/index.htm?D1=2&search2=inseminacion+artificial>.

- <http://www.biotech.bioetica.org/vs7.htm>

- http://translate.google.com.ar/translate?hl=es&langpair=en|es&u=http://www.qrd.org/qrd/usa/legal/tennessee/campbell.v.sundquist&prev=/translate_s%3Fhl%3Des%26q%3DDavis%2BMary%2BSue%2B%252B%2Bfallo%2Bcompleto%26tq%3DMary%2BSue%2BDavis%2B%252B%2Bcomplete%2Bfailure%26sl%3Des%26tl%3Den.

- <http://law.jrank.org/pages/13326/kass-v-kass.html>



Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	DROVANDI, SILVINA DANIELA
E-mail:	sildrovandi@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	ABOGADA

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	“RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL MARCO DE LA REPRODUCCION ASISTIDA”
Título del TFG en inglés	“LIABILITY IN THE CONTEXT OF ASSISTED REPRODUCTION”
Integrantes de la CAE	CRISTINA GONZALEZ UNZUETA- ADRIANA WARDE
Fecha de último coloquio Con la CAE	16 DE ABRIL DEL 2010
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis (marcar con una cruz lo que corresponda)

Publicación electrónica:

Después de TRES mes(es)

Firma del alumno

