

ESTATUTO JURÍDICO DEL CONCEBIDO*

Francesco Zappalá*

RESUMEN

El tema medular de la protección jurídica del concebido es la determinación del momento desde cuando se entiende empieza o existe vida. Los sistemas jurídicos del *common law* y del *civil law* tienen divergentes modelos normativos, jurisprudenciales y doctrinales que imponen soluciones distintas a las controversias sobre las varias hipótesis de fecundación médicamente asistida y de la consecuente responsabilidad médica y en específico por los daños *wrongful birth* y *wrongful life*. En esta última categoría, el individuo puede hacer valer un derecho invocando la reparación del daño a su salud provocado durante la concepción, en el ejercicio del derecho a no nacer.

Palabras Clave: Derechos del concebido, dignidad, autodeterminación, estado embrional, responsabilidad civil en fecundación médicamente asistida.

ABSTRACT

The main issue with regard to the legal protection of fetuses is determining when life is understood to begin or exist. Common law and civil law systems have different statutory, case law, and doctrinal approaches to this problem. Such disparities lead to different solutions to the controversies brought about by the diverse hypotheses of artificial insemination and by the resulting medical responsibility, particularly through the causes of action called wrongful birth and wrongful life. In the legal action known as wrongful life, a person can exercise his or her rights by demanding compensation for damages to his health caused during conception, as part of the right not to be born.

Keywords: *Fetal rights, dignity, self-determination, embryonic state, tort claims in artificial insemination.*

* Estudio fruto de las ilustres lecciones del profesor maestro Giuseppe Cricenti del *Master in Diritto Privato Europeo dell'Università degli Studi La Sapienza* de Roma Italia.

** Abogado consultor y docente. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho Privado Europeo de la *Università degli Studi La Sapienza* de Roma Italia. Docente de la Pontificia Universidad Javeriana.

1. SISTEMAS CULTURALES Y BIODERECHO

No existen modelos normativos, ni jurisprudenciales ni, tanto menos, doctrinales que sean ciertos e incuestionables sobre el régimen jurídico del concebido, entendiéndose este término como el entero ciclo existencial que inicia con la fecundación y termina con el nacimiento. En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, las cuestiones que gravitan alrededor de este tema vienen enfrentadas recurriendo a principios generales y a valores reconocidos como dominantes en el ordenamiento jurídico, en donde son asumidas las decisiones.

No obstante que el cuadro de valores y de principios sea muy amplio, se pueden individuar dos concepciones de bioderecho que se contraponen: una es aquella que instruye el sistema norteamericano, en la cual están incluidos Canadá y parcialmente al Reino Unido, y el otro criterio de pensamiento es el europeo que caracteriza el cuadro cultural de Europa continental.

El acercamiento norteamericano a este tipo de problemática, es bajo cierto punto de vista, demasiado sencillo por cuanto en éste prevalece un único principio que es el derecho del individuo a la autodeterminación. En el sistema norteamericano las cuestiones de bioética son resueltas casi exclusivamente haciendo referencia al criterio de la libertad individual de autodeterminación, principio con fundamento constitucional enmarcado en la cuarta *amendment* de la Constitución Política de Estados Unidos de América que prevé el denominado derecho a la *privacy* que es entendido en este sistema en un sentido muy sencillo respecto a como es entendido en Europa. En Norteamérica y en el Reino Unido el derecho a la privacidad es una libertad negativa, entendida como el derecho o facultad del individuo a no sufrir interferencias externas en las prerrogativas personales y en específico por parte del Estado, al igual que por parte de terceros, en los atributos concernientes a la persona y a su vida, sobre los cuales la decisión es exclusiva del interesado, su voluntad es soberana.

Recordando dos situaciones fácticas casi idénticas acontecidas en los dos continentes, es posible distinguir las dos distintas tendencias de pensamiento. Es fácil recordar el caso de Terry Schiavo¹, mujer norteamericana reducida a un estado de coma por una enfermedad terminal, a quien le fue interrumpido el tratamiento que la mantenía en vida sobre la base de que esa era su voluntad;

¹ FLORIDA SECOND DISTRICT COURT OF APPEAL, case number 2D00-1269, 2D01-1836 and 2D01-3626.

confrontando este caso con el acontecido recientemente en Italia, se deduce la dimensión de la distancia entre los dos sistemas en términos culturales, en donde el señor Piergiorgio Welfy², quien expresamente exhortó judicialmente la interrupción de su vida a causa de una grave e incurable enfermedad, alegando por parte del mismo interesado el derecho de autodeterminarse y de decidir sobre su propia vida. Esta voluntad fue negada por el Tribunal de Roma.

En el sistema europeo, a diferencia del norteamericano en donde sencillamente domina el criterio de la autodeterminación, el cuadro de referencia es mucho más complejo y articulado, las cuestiones de bioética correspondientes a la prerrogativa sobre la propia vida no se remiten a la exclusiva voluntad del interesado, sino, que la misma voluntad es acompañada y algunas veces subordinada, a una serie de principios entre los cuales está el de solidaridad, pero, sobre todo, el de dignidad humana que en Europa es el principio cardinal en materia de bioética.

El principio sobre el cual oscilan los dos sistemas es el de dignidad humana. Al sistema norteamericano que se fundamenta en la libertad de autodeterminación se contraponen el sistema europeo que asienta en segundo plano la voluntad del individuo de autodeterminarse y considera prioritario el criterio del respeto de la dignidad humana. El criterio europeo de este principio, parece menos claro que el norteamericano en donde es muy sencillo entender la primacía de la libertad del individuo para autodeterminarse, por cuanto en las prerrogativas de bioética, incluida la propia vida y la existencia de los embriones, es necesario, en primer lugar, respetar el criterio de la dignidad humana, sin que esto signifique que sea desconocido en el sistema norteamericano. Todo lo contrario, acontece que en aquel sistema la propia dignidad es entendida en un sentido puramente subjetivo, es decir, el significado de la dignidad depende, en homenaje a la autoridad de la libertad, exclusivamente del individuo, quien decide lo que es digno o no, representándose la dignidad como un auténtico derecho, por cuanto el individuo puede llegar a considerar que es más digno morir, en lugar de permanecer en un estado de coma, de alimentación forzada o de sufrimiento sin esperanza. La dignidad de morir se convierte en un derecho en un sistema jurídico-cultural muy lineal, aunque muy discutible.

Por el contrario, en el sistema europeo la dignidad humana termina siendo un deber, una obligación del individuo y no precisamente un derecho, es orientadora de un comportamiento, que en nombre de la misma dignidad, es impuesto al sujeto

² TRIBUNALE DI ROMA SEZIONE I CIVILE, ordinanza udienza 12 dicembre 2006 nel procedimento cautelare numero N.R.G. 78596/2006.

interesado, que no puede efectuar ciertas conductas propiamente en nombre de su dignidad, mientras que en el sistema norteamericano el individuo, siendo la dignidad un derecho, pudiendo inclusive tener el derecho de abortar, el derecho de morir, el derecho de rechazar tratamientos médicos, en el entendido de que esto es más digno para él, por cuanto nadie decide qué es digno o menos que digno para él. En el sistema europeo acontece lo contrario, en nombre de la dignidad no vienen reconocidos derechos, sino, que son impuestos deberes, vale decir que, en nombre de la dignidad, no se puede disponer de la propia vida.

Para entender la diferencia entre los dos sistemas se recurre a un ejemplo gracioso surgido en la jurisprudencia administrativa francesa de los años 90 y que irónicamente ha dictado una moda muy difundida actualmente en Inglaterra, denominada el ‘lanzamiento de los enanos’ surgido originariamente en Francia. Consistía en el disparo en un circo de unos enanos desde un cañón³, práctica prohibida por el prefecto del lugar, generando una controversia resuelta por el *Conseil d’Etat* francés, determinando que esta actividad es contraria a la dignidad humana del individuo lanzado, no obstante, el enano hubiese controvertido judicialmente la decisión alegando derechos fundamentales como el derecho a la libertad de autodeterminarse, el derecho al trabajo y otros más. Se evidencia que la dignidad humana funciona como obligación y no como derecho. El enano no tiene el derecho de hacerse disparar desde un cañón bajo compensación, sin importar que para él sea una profesión como cualquier otra. Esta actividad es permitida, y una similar es actualmente en boga en Inglaterra, país que por pertenecer al sistema que otorga preponderancia a la libertad de autodeterminarse, existe el ‘*bowling* con los enanos’, diversión nocturna e incluso cibernética⁴, donde en lugar de la bola se usan enanos lanzados por los usuarios para derribar los bolos. Esta disgustosa actividad es plenamente consentida en los países sujetos a la extrema libertad de autodeterminarse, por cuanto el enano considera que es un trabajo digno para sí mismo, no tiene el deber de abstenerse, sino, que tiene el derecho de desempeñar esta actividad en nombre de la misma dignidad humana, por ser un concepto subjetivo con el cual cada uno considera aquello que es digno. Para ‘el enano inglés’ no es indigno hacerse lanzar contra objetos, mientras que para el ‘enano francés’ sí, incluso a pesar de su voluntad de hacerse lanzar, no le es permitido hacerlo.

Trazada la diferencia entre los dos sistemas culturales del mundo occidental, con indiscutibles repercusiones jurídicas sobre cuestiones de bioética, resulta

³ MORENO, Violeta. *Anales de derecho*, N° 19, 2001, p. 249-258.

⁴ <http://www.soloenanos.com/juegobowling.htm>

interesante advertir el acercamiento de estos dos sistemas, y, en especial, sobre el sistema continental europeo, a la protección de los embriones y en general de los derechos del concebido.

El tema de la protección jurídica del concebido se ha dado a conocer en declaraciones y directrices internacionales como la *Universal Declaration on Human Genome and Human Rights* de 1997, en la *Raccomandazione Europea* número 1046 del 24 de septiembre de 1986 y en la *Convenzione Europea sulla Biomedicina*.

2. INCAPACIDAD JURÍDICA DEL CONCEBIDO

El problema más complejo radica en establecer si el concebido es persona o es menos persona y en consecuencia de qué derechos es titular.

Las referencias legales de los ordenamientos civiles europeos prevén universalmente que el concebido tiene determinada capacidad jurídica de adquirir derechos patrimoniales y en específico de donación y sucesión, con la premisa de que estos derechos se subordinan al nacimiento por cuando el concebido debe nacer vivo, aunque sea por un breve instante, para que pueda adquirir los derechos dispuestos a su favor antes del nacimiento.

Normatividad que, erróneamente interpretada, atribuye al concebido una cierta capacidad jurídica, considerada como aptitud para ser titular de derechos, sosteniéndose descuidadamente que como el concebido puede recibir derechos a título de donación o sucesión, aunque sea subordinadamente al nacimiento, es como si tuviese una limitada capacidad jurídica, concluyéndose que por esto es sujeto de derechos, por cuanto la subjetividad jurídica es entendida como la titularidad de derechos y deberes y, si es sujeto jurídico, es persona con la prerrogativa de gozar de derechos fundamentales entre los cuales el derecho a la vida con la consecuencia de no poder ser suprimido. Pero, la mayor parte, sino la totalidad de los sistemas jurídicos occidentales, por vía legal o jurisprudencial, despejan la posibilidad, vaciando la eficacia constitucional de la protección de la vida desde su inicio, para permitir la supresión del concebido; es decir, el aborto, cuando exista un grave y serio peligro para la salud de la mujer. Entonces, por un lado, parece fundamental proteger la vida desde su inicio, pero, por otro, se permite el sacrificio de una vida cuando su prolongación conlleva peligro para su madre, resultando la proclamación de la protección a la vida como una afirmación de principio que no tiene algún valor operativo al concebir lícito el aborto aunque sea en limitados casos, como la salvaguardia de otra vida.

3. INICIO DEL ESTADO EMBRIONAL

Para abordar el tema medular de la protección jurídica del concebido, se debe enfrentar primero uno de los puntos más controvertidos en el tema correspondiente a establecer desde cuándo empieza o se entiende que existe vida.

Una solución al interrogante anterior es la establecida en el Reporte *Wornok*⁵, que toma su nombre de la parlamentaria inglesa *Wornok*, a quien le fue confiada la tarea de encontrar una solución legislativa al problema de la protección del embrión, cuya teoría señala que durante el estadio prenatal se distingue entre fase embrional y preembrional, que es actualmente adoptada en Gran Bretaña, en España y en otros países escandinavos. Según el Reporte *Wornok* la fase embrional empezaría al décimo quinto día contado desde la fecundación del óvulo, y en los primeros 14 días existiría una fase denominada preembrional, distinción basada sobre el hecho científico de que sólo desde el décimo quinto día se forma la denominada ‘estría’ o núcleo neurológico del embrión. Vale decir, lo que se podría considerar un principio de cerebro o de sistema neurálgico. Antes de esta fase prenatal, el embrión es un conjunto de células que no disponen aún del sistema neurológico característico e inconfundible del ser humano. Según este criterio antes del día 15 de la gestación el embrión no se consideraría ser humano, no podría decirse que ha iniciado vida y de consecuencia puede ser admitida la experimentación sobre el embrión, puede suprimirse y pueden existir embriones supernumerarios con finalidad de investigación médico-científica, al igual que para favorecer la fecundación médicamente asistida. Existe una solución opuesta difundida en la mayor parte de Europa y en todo el continente centro y sur americano, cuya referencia legislativa más antigua se encuentra en Argentina, dado que fue afirmada por primera vez en el Código Civil argentino de 1871, según la cual la vida es un continuo biológico en el cual no se puede hablar de fase preembrional, por cuanto el estadio existencial de concebido es un recorrido único que no puede ser dividido en etapas, siendo el concebido persona desde su fecundación; esta solución obviamente prohíbe cualquier tipo de ofensa o lesión al embrión, incluyéndose la supresión, la duplicación o la creación de embriones en exceso con implicaciones adversas para la fecundación médicamente asistida y para la investigación científica sobre los embriones.

⁵ FERRAZ, Sergio. *Aspectos constitucionais na clonagem humana* en Conferência proferida no Seminário Internacional Clonagem Humana: Questões Jurídicas., Brasília, 2002, p. 64-84.

4. FECUNDACION MÉDICAMENTE ASISTIDA

Considerar la fase prenatal como un continuo sin etapas tiene fuertes implicaciones de censura en lo que respecta la fecundación médicamente asistida. Se deben distinguir dos especies: en semen heterólogo y en semen homólogo. La fecundación en semen heterólogo presupone la participación de un tercero a la pareja. Es decir, se práctica cuando uno de los dos es estéril e interviene un tercero en calidad de donante de semen o donante de útero, circunstancia que acontece frecuentemente en los países del *common law*, en donde se recurre a una tercera persona, por lo general una donante de útero, quien desarrolla las funciones de gestante. Se habla a tal propósito de contratos de maternidad subrogada, mediante los cuales una mujer se obliga a hacerse implantar en el propio útero el semen fecundado por la pareja, llevar adelante la gestación y entregar el nacido a la pareja. Práctica que en los países anglosajones es considerada lícita con la consecuencia de que cuando la mujer gestante subrogada, obligada a entregar el nacido decide irrespectar el pacto, puede exigírsele por vía judicial la entrega a los padres comitentes. En la mayor parte de los países de *civil law*, después de decisiones jurisprudenciales opuestas durante los años ochenta y noventa, la mayor parte de las legislaciones ha determinado prohibir los contratos de maternidad subrogada, declarando su nulidad por objeto ilícito, por cuanto se considera que el embrión o concebido no puede ser objeto de ningún contrato. La sanción de nulidad en este caso es consecuencia de considerar el embrión o concebido una persona que no puede ser objeto de intercambio contractual sin importar que su estipulación sea a título oneroso o gratuito.

Desde el punto de vista de la protección del concebido, resulta más compleja la fecundación en semen homólogo o comúnmente conocida inseminación artificial, pues, la ayuda a la pareja que no logra procrear naturalmente es de carácter artificial gracias a la ciencia médica, sin requerir la intervención de un tercero. La legislación de los países de derecho civil-romanístico permite, dentro de ciertos límites, la fecundación en semen homólogo o también conocida como fecundación en probeta, pero prohíbe la creación de embriones supernumerarios. Por necesidades científicas, generalmente cuando se efectúa una fecundación médicamente asistida se produce un número mayor de embriones respecto de los cuales normalmente servirían para lograr la fecundación, con la consecuencia de que si la intervención médica es lograda, algunos embriones resultan en exceso siendo éstos criopreservados; es decir, bajo congelación, puestos a disposición de la investigación científica o para una ulterior intervención, surgiendo, sin embargo, el inconveniente legal sobre la creación de embriones supernumerarios, puesto que sería como crear seres humanos en exceso y congelarlos, en neta contravía

con el criterio de la dignidad que prohíbe la creación de un ser humano y de someterlo a investigación científica o a conservación criogenizada o en general de ponerlo a disposición de cualquier actividad.

Esta conclusión surgida por la rígida visión inspirada por la convicción de que el embrión sea ser humano desde su fecundación y que como tal debe ser tratado como persona, es obstáculo para la fecundación médicamente asistida o artificial. Sobre este asunto ha dictado cátedra la interesante y clamorosa decisión del *Tribunale di Catania*, Sicilia Italia, de 2004⁶ en donde se profundiza el estudio concerniente el diagnóstico preventivo a la intervención de este tipo de fecundación. Cuando se realiza un procedimiento de fecundación médicamente asistida, los embriones antes de ser implantados en el útero de la mujer, son visitados médicamente para establecer si son afectados de alguna enfermedad, dado que si el embrión tiene alguna enfermedad es muy probable que el nacido la tenga; en el supuesto de que el embrión resulte afectado con alguna enfermedad en los países donde opera el sistema *Wornok*, el embrión, antes de la implantación en el útero materno, viene destruido o utilizado para otros fines científicos, evitando que nazca un niño enfermo; mientras que en los países donde opera la severa visión de que la fase prenatal es un continuo y el embrión desde su fecundación un ser humano, la gestación debe completarse, no obstante el embrión no haya sido implantado en el seno materno, incluso que este tenga una grave enfermedad, ni siquiera en caso de graves incapacidades físicas o mentales, debe forzosamente nacer, o al menos llevarse a cabo la gestación, en consideración de que el embrión aunque enfermo, es ser humano. Por tanto, en la mayor parte de las legislaciones especializadas en donde no opera el sistema *Wornok*, no es permitido el diagnóstico preventivo a la fecundación médicamente asistida, y si es realizado y se descubre enfermedad, la gestación debe ser llevada a cabo, convirtiéndose en obligación que recae sobre el médico, cuyo incumplimiento genera responsabilidad penal por omisión.

En el 2004 una mujer de Catania, Italia, se sometió a un procedimiento de fecundación médicamente asistida, generándose un embrión afectado por la enfermedad *betatalassemia*. Obtenida la noticia, la mujer revocó el consentimiento a la fecundación médicamente asistida, pero el médico, sabiendo que era su obligación efectuar el procedimiento, sometió el asunto a conocimiento del *Tribunale di Catania* para dirimir el conflicto entre la mujer que aspiraba poder revocar su consentimiento a la fecundación y el médico que por disposición legal estaba obligado a efectuar el procedimiento. El tribunal, finalmente, determinó

⁶ TRIBUNALE DI CATANIA SEZIONE I CIVILE, ordinanza 3 maggio 2004.

que la mujer no tenía el derecho de rechazar o revocar el consentimiento a la fecundación asistida una vez que el embrión había sido creado porque éste, según los países que no acogen el Reporte *Wornok*, ya era vida y ser humano, y por tanto no podía ser desechado por estar enfermo.

5. RESPONSABILIDAD CIVIL

El caso judicial resuelto por el *Tribunale di Catania* introdujo al tema de la eugenesia y la responsabilidad civil en la problemática sobre la legitimación por parte del embrión para exigir el resarcimiento de un daño. Es claro que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos acompañados por su doctrina y jurisprudencia despejan la vía para reconocer los daños por nacimientos no deseados y por perjuicio a la salud del concebido, conocidos respectivamente como *wrongful birth*, cuando el concebido nace pero no debía nacer y *wrongful life*⁷, cuando el concebido nace enfermo debiendo haber nacido sano⁸. Muchos autores asumen faliblemente que por el hecho de que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos permitan evocar daños en la vida prenatal, sosteniéndose que cuando ésta es viable, significa que el embrión o el concebido tienen un derecho a la salud y por tenerlo, es un sujeto de derecho y como tal tiene que ser considerado.

En lo que respecta al *wrongful birth* se pueden verificar dos casos en los cuales los padres actúan para hacer valer un derecho propio; es decir, son los padres que actúan judicialmente para lamentar un daño propio, situación en la cual los progenitores no deseaban ser padres o habían planificado que el propio hijo no naciese, y que por un error del médico se convierten en padres⁹.

La primera posibilidad, la más frecuente, ocurre cuando uno de los dos padres o ambos deciden someterse a una intervención de esterilidad para evitar en el futuro procrear, por cuanto la pareja ha programado no concebir un hijo, y la intervención de esterilización no se logra, generándose una concepción no deseada¹⁰. En los países europeos, numerosas sentencias han reconocido un daño a la pareja por

⁷ PELLIGRA, Massimo. “Il diritto alla vita tra Costituzione e giurisprudenza”, publicado en la página web de la *Rivista dell’economia, dei trasporti e dell’ambiente* III/2005.

⁸ D’ANGELO. *Wrongful birth e wrongful life negli ordinamenti inglese ed australiano*, p. 155 y ss.

⁹ CRISCUOLI. *Il problema del risarcimento del danno da procreazione “non programmata”*: le risposte della giurisprudenza di common law, en *Diritto civile*, 1987, pag. 442-464.

¹⁰ BILOTTA. *La nascita non programmata di un figlio e il conseguente danno esistenziale*, en *Responsabilità civile*, 2002, pag. 446 y ss.

considerarse legítima la reparación a favor de los padres y a cargo del médico que se ha equivocado, siendo perfectamente factible pretender daños por responsabilidad civil como consecuencia del nacimiento de un hijo no deseado; sobre el asunto, recientemente la doctrina italiana¹¹ ha acogido jurisprudencialmente esta solución de condena al profesional médico, en atención a que se considera lesionado el derecho a la libertad de autodeterminación en el ámbito familiar o la denominada libertad de planificación familiar, siendo evidente que viene lesionado un programa familiar, un proyecto de vida que se concretiza en no tener más hijos, y que es arruinado por la desacertada intervención del médico que ha determinado el hijo no deseado.

La otra posibilidad, de moda en la jurisprudencia alemana¹², es la que se centra alrededor del denominado daño por mantenimiento; es decir, el daño sufrido por la pareja derivado de los gastos necesarios para sostener un hijo que no se deseaba y que si el médico no se hubiera equivocado, no hubiese nacido, generándose una negativa repercusión en el patrimonio de la pareja. El compuesto presupuesto para obtener la reparación por daño por mantenimiento radica en demostrar la voluntad de no procrear por razones económicas de forma expresa y manifiesta; en los ordenamientos jurídicos francés¹³ e italiano¹⁴ no es necesario demostrar expresamente haber declarado no desear procrear por razones económicas, sino, que es suficiente invocar el hecho de que el nacido conlleva nuevos gastos, con el reparo de que según la jurisprudencia italiana¹⁵ es necesario que se presenten los presupuestos para la interrupción voluntaria de la gestación.

Las dos últimas hipótesis en las cuales los padres actúan en causa propia son circunstanciales al tema de la protección del embrión, concurriendo en su estudio al eje central del estatuto jurídico de éste en el cual los padres actúan en representación del interesado, concebido o nacido, para hacer valer daños durante la vida prenatal, cuya hipótesis universal se verifica cuando el ser humano nace enfermo por una causa verificada durante el estadio de su vida prenatal. Al margen, es posible citar un caso muy particular que ha quedado aislado en la jurisprudencia mundial acontecido en Estados Unidos de América en los años 50 conocido como el caso Zepeta contra Zepeta¹⁶, en el cual un niño actuaba judicialmente contra el padre por haberlo concebido en una relación extramatrimonial, en un Estado

¹¹ BONA. *Filiazione indesiderata e risarcimento del "danno da bambino non voluto"*, en *Danno e responsabilità*, 1999, p. 1, 82 y ss.

¹² BUNDESGERICHTSHOF B.G.H., 8 luglio 1994.

¹³ CONSEIL D'ETAT, 2 luglio 1982.

¹⁴ TRIBUNALE DI CATANIA SEZIONE V CIVILE, 27 marzo 2006 sentenza numero 1037.

¹⁵ CORTE DI CASSAZIONE CIVILE, 1 dicembre 1998 sentenza numero 12195.

¹⁶ APPELLATE COURT OF ILLINOIS, april 3 1963.

norteamericano extremadamente moralista de esa década, donde el demandante a causa de ser insultado y censurado como bastardo, con todas las consecuencias de ser tildado hijo ilegítimo, creándole indiscutibles y serios sufrimientos, reclamó judicialmente daños en contra del propio padre por haber lesionado su reputación, pues en ese período y lugar ser hijo ilegítimo era un hecho desagradable y doloroso, cuyas pretensiones fueron acogidas por la Corte norteamericana.

Se cita este caso que no tiene pertinencia con los daños y la consecuente protección del embrión, dada su similitud en los perfiles argumentativos a las hipótesis de daño pretendido por el nacido durante la fase prenatal y por ser importante evidenciar que la alternativa para el menor Zepeta, que ya había nacido, hubiese sido la de no nacer. Sobre el contenido de invocar el derecho a no nacer, existen en Europa algunos antecedentes.

6. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS AL CONCEBIDO

En la categoría *wrongful life* es el menor quien por intermedio de sus representantes legales o por sí mismo, alcanzada la plena capacidad de actuar en juicio, hacer valer un derecho propio invocando la reparación por daño a su salud provocado durante la concepción cuando era feto o embrión; en este caso pueden acontecer varias hipótesis.

La hipótesis sobre la cual la jurisprudencia occidental es pacífica, se refiere al hecho de que el daño a la salud del nacido o el origen de una malformación sea provocada por el médico durante la fase embrional o prenatal, caso en el cual es indiscutible obtener la reparación de los daños por parte del médico¹⁷.

La segunda es más complicada, y acontece cuando el daño al menor es causado por la conducta de los padres, por lo general por el comportamiento de la madre; hipótesis que admite tres posibilidades.

La primera, ocurre cuando durante la concepción la madre consume alcohol o estupefacientes, o los padres son conscientes de tener una enfermedad que transmitirán al hijo¹⁸, generando al concebido consecuencias funestas para la salud del nacido o cuando con su comportamiento determinan malformación al ser humano. La segunda, sobreviene cuando uno de los padres, o ambos, tienen una edad avanzada y a sabiendas del riesgo, llevan a cabo la procreación con el

¹⁷ CORTE DI APPELLO DI CAGLIARI, sentenza 12 novembre 1998.

¹⁸ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. *La responsabilità per procreazione*, en *Giurisprudenza italiana*, 1986, p. 113 y ss.

resultado de que el menor nazca con enfermedad o malformación. La última de las tres posibilidades, se verifica cuando la madre durante la maternidad rechaza ciertos medicamentos o determinada terapia que podrían favorecer la salud del feto o embrión con el fin de evitarle enfermedades o malformaciones. En las dos primeras suposiciones es pacífico que el menor pueda solicitar, dependiendo de los supuestos de derecho de cada ordenamiento jurídico, la reparación por los daños al médico, a la madre o a ambos padres, porque con su conducta irresponsable y culpable se provoca una enfermedad o malformación que el ser humano soportará por toda su vida, responsabilizándolos patrimonialmente por los daños ocasionados y exigiéndoles el resarcimiento, por cuanto nacer enfermo y vivir toda la vida enfermo, es un hecho generado por una conducta irresponsable y culpable.

Situación controversial y contradictoria se presenta en el tercer supuesto en el cual la madre rechaza los medicamentos o terapia a favor del concebido, siendo menester señalar que en Europa sobre el tema no existen decisiones judiciales, situación contraria en Estados Unidos de América en donde las providencias judiciales son válidamente criticables y opuestas a aquellas que podrían dictarse en Europa, pues conforme al principio norteamericano según el cual todo individuo es libre de autodeterminarse y que inadecuadamente la dignidad representa una prerrogativa egoísta, personalista y anárquica, la mujer es libre de rechazar cualquier medicamento o terapia que se le prescriba a favor de la salud del concebido, y en consecuencia no puede imputársele cargo alguno del daño generado. Esta misma situación en Europa seguramente y justamente tendría una solución opuesta en armonía con el principio de dignidad-deber, porque en este caso la asunción de los medicamentos o seguimiento de las terapias, por ser relativas a un tratamiento dirigido a favor del embrión o feto y no de la mujer, no pueden ser rechazados, brotando del sentido común la prohibición de admitir una libertad de la mujer, porque no dispone de un interés jurídico propio sino de un interés jurídico ajeno, propiamente del hijo en trascendencia del principio de la dignidad contemplada como deber, como compromiso con los demás.

7. DERECHO A NO NACER

La cuestión sobre el impropriamente denominado derecho a no nacer estalla en Europa a causa de una sentencia francesa de finales de la década de los 90 conocida como *affaire Perruche*¹⁹, apellido de un menor nacido con malformación

¹⁹ COUR DE CASSATION, 1 fevrier 2005 case 01-13742.

debido a que la madre durante el embarazo contrajo rubéola, generando una grave malformación al concebido. Es preciso revelar que durante el embarazo la madre, preocupada por el contagio de la enfermedad, se dirigió a su médico de confianza para practicarse una ecografía y los análisis de rigor con el fin de establecer si el concebido había sido objeto de algún daño a causa de la enfermedad sufrida; en realidad el feto estaba enfermo y había generado malformación. Pero, el médico, equivocando el diagnóstico, aseguró a la madre sobre el hecho de que su hijo nacería sano, con el efecto directo de que la madre, asegurada por el diagnóstico equivocado del médico, llevó a cabo el embarazo con la fatalidad de una malformación del nacido. Este supuesto fáctico es distinto a una de las hipótesis anteriormente analizadas en la cual la malformación es provocada por el médico durante la fase embrional o prenatal; es un supuesto distinto porque la enfermedad o malformación no es provocada al concebido por un error humano, sino, que es originada por causas naturales, no es el caso en el cual el médico por una terapia, intervención o maniobra equivocada provoca al concebido la malformación o enfermedad.

A estricto, aunque equivocado rigor legal el concebido no puede actuar en contra del médico, y tanto menos en contra de la madre, afirmando que la enfermedad fue causada por ellos, dado que es generada de forma natural; la auténtica pretensión del menor, adelantada gracias a la representación legal de que son titulares los padres, tiene como foco la contingencia de que si el médico hubiese correctamente diagnosticado la enfermedad, los padres hubieran seguramente interrumpido el embarazo y en consecuencia el menor enfermo no hubiera nacido²⁰.

El asunto escandalizó la opinión pública europea, porque se afirmó que el menor, por intermedio de sus padres, estaba invocando un derecho a no nacer, floreciendo la inquietud sobre la viabilidad jurídica de reconocerlo, extendiéndose al campo filosófico con la pregunta de si es mejor nacer enfermo que morir, bajo la noción de la eugenesia ya presente como primicia en el texto *La República* de Platón. Algunas cortes anglosajonas han censurado el derecho a no nacer con argumentaciones morales, porque aceptar la existencia de un derecho a no nacer, equivaldría a un incalificable e insultante rechazo de sí mismo²¹.

Desde el punto de vista jurídico y en específico de la institución de la responsabilidad civil, es importante establecer que naciendo enfermo o con malformación el menor

²⁰ BALDINI y CASSANO. *Persona, biotecnologie e procreazione*, Milan, 2002, p. 59 y ss.

²¹ PELLIGRA, Massimo. "Il diritto alla vita tra Costituzione e giurisprudenza", publicado en la pagina web de la *Rivista dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente* III/2005.

sufrió un daño; es inevitable, para la configuración del daño, establecer si la situación del menor, es preferible o peor, en relación con la situación deseable, no nacer. Para ser posible la configuración de la responsabilidad civil, el daño tiene como requisito de fondo universalmente conocido, la confrontación entre la situación provocada por la conducta culposa o dolosa y la situación preferible o aquella que se hubiera creado, si no hubiese existido el comportamiento lamentado. Es más ilustrativo un ejemplo que la noción: el daño a un vehículo en un accidente de tránsito es representado por la diferencia que existe entre el vehículo destruido o en general afectado y el vehículo indemne. Es decir, entre el después y el antes del accidente, entre la situación creada con el daño y aquella que hubiere permanecido si el daño no se hubiese verificado.

Aplicado este racionamiento al *affaire Perruche* para evaluar el daño del menor, es necesario establecer si su situación de haber nacido enfermo, es preferible o peor en relación con no nacer, por cuanto la alternativa al nacer es no nacer, al igual que la alternativa al vehículo destruido, es el vehículo indemne, concretizada en la aseveración de los padres, quienes expresaron la certeza de haber interrumpido el embarazo en la eventualidad de que el médico hubiese diagnosticado la enfermedad, absteniéndose de manifestar que la enfermedad fue causada por una terapia, intervención o maniobra equivocada del médico. Es decir, estaba por fuera del alcance del médico que el concebido naciera sano, la enfermedad no podía ser evitada por ser de origen natural, lo que se podía evitar era fundamentalmente el nacimiento, ya que el menor exigió procesalmente que el médico debió haber diagnosticado la enfermedad para permitir a los padres tomar la decisión de abortar y concretar el derecho a escoger la propia vida²², en vista de que la única posibilidad para evitar la enfermedad o malformación era interrumpir el embarazo y no hacer nacer al concebido.

Entre las problemáticas del fallo, favorable a la familia *Perruche*, se debe evidenciar la ausencia de nexo causal entre la culpa del médico²³, consistente en no haber diagnosticado la enfermedad que él no provocó por ser de origen natural, y el daño sufrido por el concebido al haber nacido con malformación o enfermedad. Se observa que si el médico hubiese diagnosticado la enfermedad el menor hubiera nacido igualmente con la enfermedad o malformación.

²² CAYLA, Oliver y THOMAS, Yan. *Il diritto di non nascere*, Milan, Giuffrè Editore, 2004, p. 8 y ss.

²³ CACACE. *L'omissione del médico e il rispetto della presunzione di innocenza nell'accertamento del nesso causale*, en *Danno e responsabilità*, p. 195-205.

En la posición de legitimación por activa existieron dos demandas coexistentes en contra del médico, dos contextuales posiciones compensatorias, una de los padres por su afección psicológica y gastos, la otra del menor, por intermedio de sus padres, por la lesión a su salud y psique. Ambas acciones fueron interpuestas en contra del médico quien argumentó que los daños provienen de una enfermedad, la rubéola, contraída por el concebido de forma natural, y no por su conducta profesional negligente, manifestando que hubiera sido plausible la responsabilidad civil a su cargo si la enfermedad del concebido y posterior malformación del menor, hubiese acontecido por equivocada terapia, perjudicial intervención o errada prescripción de fármacos por parte del médico, por cuanto si para los demandantes el daño es la enfermedad, la causa de la enfermedad o malformación no es imputable al médico, quien en su estrategia procesal reconoce su impericia en el diagnóstico, expresando que el menor hubiera nacido de todas formas con la malformación aunque se hubiese detectado correctamente la rubéola, verdadera y única natural causante de la enfermedad o malformación. El médico siempre sostuvo ser culpable pero no haber provocado el daño, por inexistencia de nexo causal.

La expuesta defensa del médico es un sofisma de distracción, visto que si hubiese diagnosticado cabalmente la enfermedad, hubiera permitido a los padres tomar la decisión de interrumpir la gestación del concebido enfermo y evitar los daños al menor y a sí mismos²⁴, que son propiamente sobre los cuales se pretende su reparación judicial²⁵.

La eficacia de la defensa técnica, frente a la pretensión del menor y no de los padres, debió haberse centrado en la imposibilidad, por parte del menor, de alegar un derecho a no nacer, considerando que un derecho similar no existe, es inconcebible, y más que el aborto es una prerrogativa reconocida legalmente o jurisprudencialmente a la madre y no al menor. Suponer que al menor le ha sido negado el derecho a no nacer, actuado por la madre con el aborto, significa que se le reconoce al menor el derecho a que la madre aborte en consideración de su malformación o enfermedad, derecho que no es reconocido, es inexistente, es inusitado lógico y filosóficamente.

Otro argumento a favor del médico fue la contingencia sobre la cual se fundamentaron las demandas de reparación, radicada en la posibilidad de que los

²⁴ CORTE DI CASSASSIONE CIVILE, 1 dicembre 1998 sentenza 12195.

²⁵ PONZANELLI. *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale nel diritto italiano*, en *Danno e responsabilità*, 1998, p. 729.

padres, no obstante teniendo conocimiento de la enfermedad, hubiesen decidido llevar a cabo el embarazo, no obstante la madre hubiese manifestado al momento de tener conocimiento de haber adquirido la rubéola su voluntad de ser sometida a diagnósticos para conocer el futuro del hijo, es decir, no existe certeza de que la madre hubiese interrumpido el embarazo en caso de habersele diagnosticado la enfermedad al concebido o malformación al nacido²⁶.

Tercera tesis a favor de la defensa del médico, para atacar la mera pretensión del menor, es la falta de interés jurídico del menor, sobre todo cuando invoca un derecho a no nacer, que no existe, pudiéndose elaborar un razonamiento de tipo lógico según el cual puede invocar un derecho a no nacer el sujeto que ha nacido por obvias razones sustanciales, pero cuando el sujeto ya ha nacido el derecho a no nacer ya no existe, por la sencilla razón de que invocar un derecho a no nacer es excluido cuando se nace.

En cuanto al punto delicado de la facultad de alegar un derecho a no nacer, la *Cour de Cassation* no ha motivado, no obstante haber reconocido el daño al menor y a los padres condenando al médico a la reparación patrimonial de los daños.

Es menester hacer reparos éticos a la decisión de la *Cour de Cassation* al tasarse la vida en sentido económico sobre la pretensión de reparación por el daño por mantenimiento del hijo. Este es un asunto ético que en el plano jurídico no viene considerado por ser comunes y reiteradas las sentencias por daño de mantenimiento por hijo no deseado²⁷.

Con respecto al *affaire Perruche* algunos autores²⁸ han concluido que el concebido al igual que cualquier persona tiene derechos subjetivos, pues, cuando el menor manifiesta que durante su gestación se le ha provocado un daño y en vida desea la reparación de ese daño, es la prueba de que el concebido tiene derecho²⁹ a la salud y que una vez nacido puede hacerlo valer con una demanda de responsabilidad civil para la reparación del daño, interpretando que en la fase

²⁶ PALMIERI. *Sulla responsabilità civile per infermità trasmesse alla prole mediante la generazione*, en *Justitia*, 1953, p. 26.

²⁷ AUTORES VARIOS. *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, de A. D'Angelo, Milan, 1999.

²⁸ ZATTI. *Diritti dell'embrione e capacità giuridica del nato*, en *Rivista diritto di famiglia*, 1997, p. 107.

²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Nuovo profilo dell'istituzione dei nascituri*, en *Foro italiano*, 1954, IV vol..

embrional o fetal tiene derechos, porque, de lo contrario, no se podría concebir una acción judicial similar puesto que el daño provocado fue a la salud del concebido y al igual que cualquier ser humano tiene derechos. Conclusión equivocada.

8. CONCLUSIÓN

Es necesario primero que todo, comprender en cuál estadio prenatal se verificó el daño por cuanto no se puede equiparar la célula embrional con un feto de poco menos de nueve meses; la enfermedad supone un cuerpo, y seguramente en el *affaire Perruche* la rubéola fue generada en la fase embrional cuando era un conjunto de meras células que no tienen un estado morfológico similar al ser humano por lo que resulta sugestivo el 'Reporte *Wornok*' que diferencia la fase preembrional de la fase embrional.

En el práctico y admirable derecho romano existió un aforismo: *infans conceptus pro nato*, según el cual el concebido se considera como nacido. Esta regla fundamentalmente aplicada en el *affaire Perruche*, significa que para los fines de la acción de reparación, el concebido se considera, sin serlo, un sujeto; su subjetividad retrocede, es retroactiva sustancialmente, es decir, el concebido no tiene acción alguna para solicitar la reparación de los daños, es el nacido quien la tiene cuando nace, pero la tiene retroactivamente por operar una ficción jurídica, su acción retrocede. En el derecho de las personas las ficciones jurídicas son frecuentes. Por ejemplo, desde el derecho romano hasta el derecho medieval, por no existir el curador de la herencia yacente o de todas maneras existir un complicado régimen de sucesión, se consideraba el muerto, vivo hasta tanto no se solucionase la partición, gracias a una ficción jurídica originaria del derecho romano según la cual el patrimonio del *de cuius* se consideraba todavía de propiedad del muerto. En este caso la ficción jurídica es idéntica pero de signo contrario, gracias a estas dos ficciones jurídicas el muerto se hace vivir después de su muerte al igual que el nacido se hace nacer antes de su nacimiento. Quien actúa es como si hubiese nacido antes; es decir, anticipa su subjetividad, el concebido no tiene un derecho en el momento de la gestación, y mucho menos un derecho a no nacer, sobre todo si se imagina que si *Perruche*, que se enfermó durante la gestación, no hubiese nacido, nadie hubiera podido reivindicar daños, el daño es reivindicado por el sujeto que nace, significando que el concebido no tiene subjetividad jurídica porque ésta es atribuida solamente a quien nace, pero en este caso la subjetividad retrocede, por obra de una ficción jurídica, para los fines de la acción de resarcimiento estudiada.

Lo que se concluye es que en los ordenamientos jurídicos, frente a la noble intención de proteger el concebido de los ataques de la biotecnología y en general de la conducta de las personas, buscan atribuir al concebido subjetividad jurídica. Este criterio se usa también para otras realidades, existe una apresurada tendencia del derecho moderno que consiste en atribuir subjetividad jurídica para proteger un ente que no tiene subjetividad jurídica, intentando transformar jurídicamente un ente en titular de derechos para convertirlo en inatacable por terceros, al punto de existir propuestas para evolucionar a sujeto jurídico ciertos entes que no lo son, como por ejemplo el medio ambiente, los animales, hasta por ciertos perfiles el patrimonio autónomo, etc., para así protegerlos de la acción lesiva de terceros.

La subjetividad es el éxito de la inclusión de un ente o individuo en el interior de la sociedad, de lo contrario no se puede atribuir a las cosas personalidad jurídica. Este superficial y fácil criterio de atribuir subjetividad jurídica a las cosas, ha estado siempre en contradicción con la historia del derecho por haberse siempre demostrado lo contrario. Pues, la mejor forma para proteger una entidad en lugar de reconocerla como sujeto jurídico es reconocerla como objeto jurídico; puede parecer paradójico pero siempre ha sido así, desde los tiempos del derecho romano, para proteger o para sustraer determinadas cosas, incluso personas, fueron consideradas *res sacre* o *res extra commercium*, es decir cosas, no sujetos, sustraídas de la disponibilidad de cualquiera.

Resulta obvio que existe un cierto rechazo en considerar el embrión como cosa porque tradicionalmente nuestra cultura occidental ha aspirado a proteger la vida desde su inicio, pero la misma cultura judío-cristiana occidental en sus primeras recopilaciones jurídico-religiosas encarnadas en las recopilaciones de finales del Imperio Romano, como el *Corpus Iuris Civilis Romanorum*, fueron alimentadas por las reglas de *Gaius* que en sus *Institutas*, dividen la entera realidad jurídica en personas y cosas, por exclusión aquellas entidades que no son cosas son personas y viceversa.

Indicar que el embrión es cosa equivale a decir que no es persona por ser excluyentes; sobre esta teoría jurídica del embrión pesa el prejuicio según el cual todo aquello que no es persona es cosa, y el embrión por cuanto perteneciente a la especie humana no puede ser considerado como cosa, siendo importante resaltar que en los ordenamientos jurídicos en donde esta tradición jurídico-moral de pensamiento no pesa, como son los ordenamientos jurídicos escandinavos y del *common law*, no se tiende a considerar el embrión sujeto, sin que esto signifique que el embrión no venga protegido, es decir, el embrión puede ser objeto de protección aunque no se le considere sujeto de derecho.