

## Capítulo II

## Comienzo de la personalidad de las personas físicas

SUMARIO. 1. Nociones previas. 2. Postura compleja. 3. El nacimiento determina el comienzo de la personalidad. 4. La concepción determina la personalidad del ser humano. 5. Conclusión. 6. Estatuto jurídico del concebido. 7. La adquisición hereditaria del concebido. 8. Los daños y perjuicios causados al concebido.

### 1. Nociones previas

En el C.C.U. existe un solo artículo que permite concretar el momento en que se adquiere la calidad de persona por parte de los seres humanos. Ese precepto es el art. 21 que dispone concisamente en su inc. 1º: «son personas todos los individuos de la especie humana». La cuestión se traslada, por ende, a determinar quiénes son individuos de la especie. Y a mi juicio, no puede dudarse que esa condición se alcanza en el mismo momento de la concepción, en razón de que desde ese instante se es individuo de la aludida especie.

Sin embargo, como se verá, la cuestión no ha sido de fácil resolución en la doctrina uruguaya, dado que se han sostenido al menos tres posturas, que sitúan el comienzo de la personalidad en la concepción, en el nacimiento o cuando se ha nacido viable y/o vivido veinticuatro horas.

El tema en análisis apoya su trascendencia principalmente en la protección del concebido, en especial en sus aspectos personales, dado que en lo patrimonial el C.C.U. regula, aunque no todas, las principales cuestiones susceptibles de emerger: su aptitud para heredar y ser donatario.

Asimismo, esta materia se ha emparentado frecuentemente con la problemática del aborto; sin embargo, estimo que hay una razón textual que le quita trascendencia al tema cuando se produce esa vinculación, y es que ese proceder, mal o bien, se encuentra tipificado como delito en el Código Penal patrio (arts. 325-328). En verdad, la causa por la cual el comienzo de la personalidad es tema de indubitable vigencia hoy en día se deriva de la posibilidad latente de agresiones contra el embrión, que se producen

primordialmente por la aplicación de nuevas técnicas de reproducción asistida y en materia genética, en especial.

Como se dijo (supra Cap. I, n.º 3), la personalidad es un atributo estatuido por cada ordenamiento jurídico, por ende, también es facultativo para él determinar desde cuándo se disfruta de ella. Por esa razón, para la dilucidación del tema, en general son poco utilizables las fuentes extranjeras de las que normalmente se ase el doctrinario.

A mi modo de ver, existe un elemento axiomático en las cuestiones que analizo: desde la concepción intra o extruterina existe vida humana; sin embargo, es palmario que ella no define la presencia de un sujeto de derecho, pues esa atribución depende de cada ordenamiento jurídico concreto. Así como existen legislaciones que de modo explícito han consagrado como momento del inicio de la personalidad aquel en que acontece el nacimiento (v. gr. arts. 1º del C.C. italiano y 29 del español), otros se han inclinado en situarlo cuando se produce la concepción (art. 70 del C.C. argentino)<sup>47</sup>.

La cuestión del comienzo de la personalidad ha sido estudiada, como es lógico, por todos aquellos autores patrios que analizan el tema de las personas en general, por lo que como se dirá son variadas las posturas que se reciben.

## 2. Postura compleja

GATTI apuntó que en el C.C.U. no existe una disposición expresa que indique cuándo comienza la personalidad; en cambio, determinados artículos se refieren incidentalmente a ello. Sostuvo que combinando los arts. 835, ord. 1º y 216, ord. 3º (hoy sin existencia), es posible advertir que en el Derecho positivo uruguayo se exigen para el reconocimiento de la personalidad los siguientes requisitos: 1º) nacimiento; 2º) viabilidad; y 3º) vida por 24 horas naturales.

Para el autor, la expresión «viabilidad» se deriva de *vitae habilis*, es decir que es viable aquel que es capaz de vivir fuera del claustro materno, y considera que hay dos clases de viabilidad:

- a) la propia, que tiene que ver con la madurez del feto y la vida intrauterina por un tiempo mínimo que la legislación uruguaya, basada en datos biológicos, fija en 180 días; y
- b) la impropia, que dice relación con la inexistencia de defectos o vicios congénitos u orgánicos que impidan el desarrollo normal de los órganos y que lo inhabiliten para una vida extruterina<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Incluso existieron antiguos ordenamientos que no concedían la condición de persona a los que llevaban varios días de nacidos. En este sentido en el Fuero Juzgo se exigía para adquirir personalidad que el nacido hubiera vivido diez días y que fuera bautizado (cfr. LANZIANO, *Derechos humanos*, Mdeo., 1998, pág. 177).

<sup>48</sup> La viabilidad es una determinación médica que se supeedita a la evolución de las ciencias biológicas, por lo que si bien para decidirla en la época de sanción del C.C.U. podía ser pertinente recurrir a los conceptos de viabilidad propia e impropia que señala GATTI, parece razonable admitir

Proclama que, como desde el punto de vista práctico existen grandes dificultades para determinar en qué consiste la viabilidad y muchas veces se presentan dudas acerca de si una criatura falleció por falta de viabilidad o por otra circunstancia, es que se exige que haya vivido 24 horas naturales. Este plazo, que es una confirmación de la viabilidad, tiene carácter automático, por lo que si se viven 24 horas naturales se adquiere personalidad<sup>49</sup>.

Para el citado autor la exigencia de que para ser persona es menester nacer viable y haber vivido 24 horas naturales no se contradice con el art. 21, que no se ocupa de determinar cuando comienza la personalidad, sino que sólo tiene por finalidad determinar que hay dos especies de sujetos de derecho, pero no se pronuncia acerca de los requisitos necesarios para ser persona individual o jurídica<sup>50</sup>.

CESTAU se sumó a la postura expuesta reclamando los tres requisitos referidos para que comience la personalidad<sup>51</sup>. El autor indicaba que «Narvaja reclamó las 24 horas por las siguientes razones: a) porque la cuestión de la capacidad para heredar no debía pender de un solo instante de vida, y b) porque era conveniente fijar reglas ciertas para la viabilidad a fin de evitar el dejar a las herencia en la incertidumbre. Nuestra ley viene a admitir que el que no vivió veinticuatro horas naturales es porque nació con tales vicios de conformación que permite estimarlo abortivo en su esencia. El plazo de 24 horas importa una consolidación del requisito de la viabilidad». No obstante ello, el autor se afilió a la postura de que viabilidad y 24 horas son condiciones diversas al expresar que «no se puede reputar nacido de vida, ni al fallecido antes de las 24 horas, aunque fuera viable, ni tampoco al que vivió más de 24 horas, sin ser viable»<sup>52</sup>.

### 3. El nacimiento determina el comienzo de la personalidad

En la doctrina uruguaya adhirió a esta posición DEL CAMPO, basándose en que:

1º) el art. 21 del C.C.U. señala que «el hecho de nacer con vida, de haber vivido separado del seno materno, nos pone frente a un nuevo ser humano y, por lo tanto, a una nueva persona de derecho».

---

que en la actualidad el concepto al cual debe atenderse es el de viabilidad improbia, en virtud de que los adelantos científicos actuales permiten conservar la vida de quien tuvo un periodo de gestación menor a los 180 días.

La distinción entre viabilidad propia e improbia también la recibe la doctrina extranjera; v. en ese rumbo, en la dogmática española: ROGEL VIDE, Derecho de la persona, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1998, pág. 31; DIEZ PICAZO y GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, vol. I, 8ª ed., Madrid, Editorial Tecnos S.A, 1994, pág. 226.

<sup>49</sup> GATTI, Personas, T. I, Mdeo., Acalí Editora, 1977, págs. 36-39.

<sup>50</sup> GATTI, op. cit, pág. 42.

<sup>51</sup> CESTAU, Personas, vol. I, F.C.U., 1978, pág. 22.

<sup>52</sup> CESTAU, op. cit, págs. 23-24.

2<sup>o</sup>) De admitirse las exigencias de la viabilidad y las 24 horas con carácter general, la personalidad jurídica no es adquirida hasta cumplido ese plazo, por lo que el ya separado del seno materno sería individuo de la especie humana, pero no existiría para el Derecho.

3<sup>o</sup>) Los arts. 835, ord. 1<sup>o</sup>, y 1617 relativos a capacidad para adquirir por herencia y por donación rigen para y exclusivamente para la determinación de la capacidad para heredar y recibir por donación. A través de esos preceptos, se trató de extender el reconocimiento de personalidad a favor de los concebidos no nacidos en el momento en que el derecho exige su existencia para adquirir la calidad de heredero o donatario.

Concluye en que «comienza la personalidad con la vida independiente del nuevo ser y se extiende este reconocimiento a favor del que sólo tiene vida intrauterina en los casos excepcionales que el legislador ha determinado expresamente: capacidad para heredar, capacidad para recibir por donación, posibilidad de reclamarse su filiación natural desde el quinto mes de gravedad, como lo admite el Código del Niño en su artículo 174 (hoy abrogado)»<sup>51</sup>.

#### 4. La concepción determina la personalidad del ser humano

A las construcciones referidas que sustentan que la personalidad del ser humano comienza con el nacimiento, o bien con éste más la viabilidad y la vida por 24 horas, se ha opuesto últimamente la postura de que la concepción es la que determina la calidad de persona o de sujeto de derecho.

ORDOQUI ha sido uno de los autores que se ha pronunciado por este sistema, encontrando apoyo en diversas disposiciones del ordenamiento vernalculo<sup>52</sup>:

a) el art. 21 del C.C.U. El autor considera que para entender el término «individuo» se debe recurrir a las ciencias naturales, que enseñan que «una vez fecundado el óvulo por un espermatozoide estamos en todo caso, en presencia de un nuevo ser humano, con vida actual y no potencial que se caracteriza por su 'individualidad', dado que está probado que cuando se unen los 23 cromosomas del espermatozoide con los 23 del óvulo surge lo que se denomina 'cigoto', o sea, un ser única original, con un código genético totalmente propio e irrepetible que se mueve a partir de aquí hacia su destino».

b) el art. 23 del Código del Niño –hoy derogado–, según el cual, «la protección prenatal comprende la protección del niño antes de su nacimiento entendida en la forma más amplia moderna y científica». El autor recurre a que en la exposición de motivos del Código del Niño de 1934 se sostuvo que «el niño comienza a existir desde el día en que se engendró. Para que lo pueda hacer en las mejores condiciones y para que su gestación se

<sup>51</sup> DEL CAMPO, *Personas*, vol. I, F.C.U., 1987, págs. 14-15.

<sup>52</sup> ORDOQUI, «Protección de los derechos del concebido. Prevalencia sobre los derechos de la madre», en *R.U.D.F.*, n.º 5, sec. Doctr., págs. 137-140.

produzca normalmente, la preocupación por el debe de existir desde antes de su nacimiento»<sup>53</sup>.

c) la ~~Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)~~, ratificada por el Estado uruguayo por la ley n.º 15.737, de 8 de marzo de 1985, en sus arts. 1 y 5, que disciplinan los derechos a la vida y a la integridad física:

d) la ley n.º 15.977, de 6 de septiembre de 1988, creadora del Instituto Nacional del Menor, que estableció en el art. 2º, literal A), como uno de sus cometidos: «asistir y proteger a los menores moral y materialmente abandonados, desde la concepción hasta la mayoría de edad»;

e) el decreto ley n.º 15.084, de 28 de noviembre de 1980, en materia de asignación familiares, que establece este beneficio desde la comprobación del embarazo y dispone que su beneficiario es el hijo menor<sup>54</sup>.

A ello cabe agregar que el decreto 258/92, de 9 de junio de 1992, que prevé reglas sobre conducta médica, de aplicación tanto a las instituciones médicas públicas como privadas, en virtud del decreto 204/01, de 21 de mayo de 2001, dispone en su art. 2º que «el médico debe defender los derechos humanos relacionados con el ejercicio profesional, y especialmente el derecho a la vida a partir del momento de la concepción» y que «en salvaguarda de los derechos y dignidad de la persona humana debe negarse permanentemente a participar directa o indirectamente, a favorecer o siquiera admitir con su sola presencia toda violación de tales derechos, cualquiera fuera su modalidad o circunstancia».

AREZO PIRIZ transita una senda análoga y estima que el problema del comienzo de la personalidad fue objeto de un reformulamiento radical a partir de la sanción de la ley n.º 15.737, de 8 de marzo de 1985, que incorporó en su texto la ratificación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conocida comúnmente como «Pacto de San José de Costa Rica». El autor se apoya en el art. 4º que tiene por norma «Derecho a la vida» y en su inc. 1º expresa que «toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente»<sup>55</sup>. Entiende que, según el Pacto, la vida humana está protegida desde el momento de la concepción: «A partir de la concepción, en que comienza el derecho a la protección a la vida, tenemos como sujeto de derecho activo ~~de esa etapa~~ al concebido. A su vez, si el 'concebido' (el 'nascente' del derecho romano), es sujeto de derecho es, a la vez, persona, ya que ambos son conceptos inescindibles. Este desarrollo nos lleva a la ineluctable conclusión (de) que el concebido es

<sup>53</sup> ORDOQUI, «Derechos del concebido no nacido», *Derecho de Familia y Genética*, Mideo, F.C.U., 1990, págs. 97-98.

<sup>54</sup> El fundamento mencionado en último lugar lo cita: LANZIANO, op. cit., pág. 180.

<sup>55</sup> AREZO PIRIZ, *El comienzo de la personalidad en el Derecho positivo uruguayo*, Mideo, Revista Jurídica Estudiantil, 1993, pág. 85. Y esta postura es seguida por LANZIANO, op. cit., pág. 182.

persona y por consiguiente, en nuestro actual sistema, la personalidad comienza con la concepción del ser humano...<sup>58</sup>.

El autor añade a su postura el art. 1º de la Convención Universal de los Derechos del Niño, que fue ratificada por la ley n.º 16.137, de 28 de setiembre de 1990, y que dispone: «para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad». Apunta que el concepto temporal de niño se extiende desde que hay ser humano y termina cuando ese ser humano llega a los 18 años, o antes, si la legislación aplicable así lo dispone. «El ser humano comienza a existir como vida autónoma desde que el material genético procedente del padre y de la madre, en el momento de la concepción –que es el instante cuando el óvulo materno y el espermatozoide paterno constituyen una sola célula –se unen para convertirse en embrión, huevo o cigoto. Este ser vivo, enteramente independiente, lleva el material genético propio no sólo de la especie humana sino, también, el de ese ser individual durante el resto de su vida. Es decir, no hay un momento en que un no nacido exista como individuo pero aún no pertenezca a la especie humana»<sup>59</sup>.

## 5. Conclusión

Como ya señalé, en el C.C.U. sólo hay un precepto destinado a precisar el momento en que se adquiere la calidad de persona por parte de los seres humanos: el art. 21 que dispone que «son personas todos los individuos de la especie humana». Y también especifica que a mi parecer ese atributo se formaliza cuando acontece la concepción, en virtud de que desde ese instante se es individuo de la especie humana.

Ahora bien, este corolario se encuentra robustecido por otras disposiciones que se encuentran incorporadas al ordenamiento patrio. De estos preceptos, si bien no surge expresamente que la personalidad es atribuida desde la concepción, resulta que al concebido se le conceden una pluralidad de derechos, lo cual torna ineludible que se lo considere sujeto de derecho y por ende, persona.

Ya me pronuncie, asimismo, sobre la naturaleza jurídica de la condición de persona, concepto que es coincidente con el de sujeto de derecho (*supra* Cap. I). El concebido al tener proporcionados diversos derechos por el ordenamiento jurídico es por consiguiente sujeto de derechos. Y esa consecuencia, a pesar de no surgir expresamente de un precepto en concreto, es dable vislumbrarlo del contexto regulatorio de su *status iuris*.

Por ejemplo, del art. 1º de la Convención Universal de los Derechos del Niño, en gran medida recogido por el art. 1º del C.N.A., resulta diáfaramente que, en cuanto sea posible, atendiendo a la situación de hecho en que se encuentra, al concebido le son aplicables los beneficios que el tratado proclama. Y lo mismo acontece con la Convención Americana de

<sup>58</sup> AREZO PIRIZ, *op. cit.*, pág. 87.

<sup>59</sup> AREZO PIRIZ, *op. cit.*, pág. 102 y 104.

Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), aun cuando a mi entender, su art. 4º no es decisivo para la determinación del comienzo de la personalidad, como pregona AREZO PÍRIZ. En efecto, a pesar de que el mencionado por el autor puede constituir un elemento coadyuvante con otros preceptos legales para admitir que se es persona desde el momento de la concepción, lo considero insuficiente por sí solo. La razón de ello radica en la redacción textual de la disposición, según la cual el derecho a la vida «estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción». La expresión «en general» probablemente fue incluida en aras de lograr una mayor aceptación del Pacto, en cuanto, en diversos ordenamientos el derecho a la vida no se protege desde el momento de la concepción, sino desde el nacimiento; v. gr. es lo que acontece con los Estados que admiten como legítimas las prácticas abortivas.

YGLESIAS estima que «la personalidad no se presenta como una cuestión que tenga que ver con el número y composición de los cromosomas presentes en el núcleo de una célula, sino que es la manifestación jurídica de la naturaleza social de los individuos; es algo que está en la naturaleza humana, porque el ser gregarios, forma parte de esa naturaleza»<sup>60</sup>. Y estimo compartible que la cuestión de la personalidad no es un problema biológico, pero no me quedan dudas acerca de que la dignidad debida al ser humano, en tanto integrante de la sociedad, requiere la consideración de que existe una persona desde el propio momento en el cual comienza su desarrollo.

En la doctrina española, MARTÍNEZ DE AGUIRRE analizando el art. 29 del C.C. que preceptúa que el nacimiento determina la personalidad, expresa que «la vida social del concebido no es propia y autónoma, sino que transcurre a través de la madre; hay, en efecto, relaciones interpersonales (en primer lugar, y con una intensidad muy específica, con la propia madre), pero no directas y autónomas, sino mediatizadas por el hecho de la gestación. A partir de ahí se puede fácilmente justificar que el concebido carezca como regla de derechos y obligaciones, en la medida en que carece de vida social autónoma; ahora bien, en cuanto es ser humano –y si no lo es durante la gestación, difícilmente lo sería al nacer–, y en cuanto tiene relaciones con otros seres humanos (su madre, y eventualmente otras personas a través de ella), es evidentemente titular de los derechos naturales primarios frente a ellos, y por tanto sujeto de esos mismos derechos». Agrega que «antes del nacimiento, su personalidad está limitada a la titularidad actual de esos derechos naturales primarios de que vengo hablando. El Ordenamiento español, a través del art. 29 del C.C., impide al ser humano no nacido tomar parte autónomamente, y con plenitud, en la vida jurídica (lo cual tiene el razonable fundamento de que tampoco toma parte autónomamente en la vida social). Antes del nacimiento su personalidad está, pues, restringida (y aquí sí se podría hablar de una verdadera restricción de la personalidad)»<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> YGLESIAS PEROLO, «Sobre la personalidad, su inicio y su fin», *R.U.D.F.* n.º 10, sec. Doct., pág. 86.

<sup>61</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *¿El nacimiento determina la personalidad? (Reflexiones sobre el concepto jurídico de persona, con un epílogo sobre la situación jurídica del concebido)*, *Rev. Actualidad Civil*, n.º 31, 27 de agosto al 2 de septiembre de 2001, en [www.laley.net](http://www.laley.net). Sin embargo, esta postura no es monolítica en la doctrina española: así, se expone que «la titularidad de los derechos fundamentales no existe antes del nacimiento; en consecuencia, la calidad de persona

Y si bien no comparto su afirmación final en el sentido de que el concebido tiene una personalidad restringida, pues entiendo que la personalidad es una unidad indivisible (supra Cap. I, n.º 2), no pueden existir dudas acerca de que disfruta de los que denomina derechos naturales primarios y que aquí llamamos derechos de la personalidad. Es la atribución de esos derechos subjetivos por parte del Derecho objetivo lo que conduce a que no pueda negársele en los tiempos que vivimos la condición de sujeto de derecho.

Otro prestigioso autor español afirma que «los llamados 'derechos del niño' son los derechos del hombre cuando todavía se encuentra en edad temprana»<sup>62</sup>. Y creo que no es incorrecto ir más allá y expresar que los derechos del concebido son los del hombre en edad aun más temprana.

Hace algunos años referí que es menester reconocerle al embrión los siguientes derechos: 1.º derecho a la vida, que emerge del art. 4.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, además del art. 1.º de la Convención Universal de los Derechos del Niño; 2.º derecho a la integridad física, psíquica y moral, consistente en el derecho a heredar un patrimonio genético no manipulado, que resulta del art. 5.º de la antedicha Convención; y 3.º derecho al nacimiento en una familia integral, que surge de los arts. 40 a 42 de la Constitución Nacional<sup>63</sup>. Esos derechos no pueden conducir como se ha referido a otra idea que la de que se es persona desde el momento de la concepción.

Siguiendo a CRUZ PONCE, es posible afirmar que el concebido no es simplemente «un individuo humano en potencia, sino un ser humano que momento a momento va conformándose, siguiendo un diseño biológico estrictamente programado con extraordinaria precisión por la naturaleza. En consecuencia, el fundamento biológico del derecho a la vida debe contarse desde el instante mismo en que se inicia este proceso, que es la concepción»<sup>64</sup>.

Como refirió AREZO PIRIZ, «el nacimiento, no es la humanización del ser humano en gestación ('feto'); no es el pasaje de la animalidad a la humanidad, sino una transformación de los mecanismos vitales, el comienzo de una vida autónoma, con respiración propia, en un medio abierto... el nacimiento es la continuación en el ciclo integral de una misma existencia, iniciada en la concepción y que concluye con la muerte»<sup>65</sup>.

desde este punto de vista, no se ostenta antes de que ocurra este hecho físico. El art. 29 del C.C. no atribuye, por tanto, derechos al concebido, sino que ~~se afirma a declarar en suspenso determinados~~ atribuciones de derechos a la espera de que el nacimiento se produzca: en este momento, los derechos se adquirirán pero con efectos retroactivos al momento de la concepción. Se trata de una ficción. (ROCA TRIAS, «Metodología para un enfoque constitucional del Derecho de la persona», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 1993, págs. 1902-1903).

<sup>62</sup> DIEZ PICAZO, *Familia y derecho*, Madrid, Editorial Civitas, 1984, pág. 172.

<sup>63</sup> HOWARD, *Análisis jurídico de la reproducción asistida*, F.C.U., 1997, págs. 22-23.

<sup>64</sup> CRUZ PONCE, «El nasciturus», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXIII, n.º 67, enero-abril de 1980, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 35.

<sup>65</sup> AREZO PIRIZ, *op. cit.*, págs. 102-103.

El enfoque expuesto conduce a admitir que el concebido debe ser reputado persona, en tanto, si ello no se admitiera se caería en alguna de las siguientes conclusiones: a) el concebido es una entranja de la madre, con lo cual se retrocede hasta las épocas del Derecho romano antiguo: o bien, b) el concebido es una cosa. Estas derivaciones deben reputarse inadmisibles en el estado actual de las ciencias jurídicas, en razón de la dignidad de que el ser humano se ha hecho merecedor.

Y la postura que vengo sustentando ha sido recibida por los tribunales. En este rumbo, en la sent. del T.A.F. 1.º T., de 28 de julio de 1999, se estima respecto a la interpretación de la palabra «individuo», que el sentido natural y obvio de ella, que surge de la acepción que le confiere el Diccionario de la Real Academia Española, significa, en primer lugar, que no puede ser dividido, y, en segundo lugar, cada ser organizado, ser animal o vegetal, respecto de la especie a que pertenece. La nota fundamental o distinta que se desprende de tales acepciones, no resulta ser la de ser autónomo o independiente, sino la de ser indivisible con características propias dentro de los de su especie. Es esta última acepción de la palabra individuo la única correcta a juicio del Tribunal. Por ende, en el fallo se expone que «parece claro que desde la concepción existe un ser humano organizado, con características propias dentro de los de su especie y, por ende, un individuo de la especie humana al que el art. 21 del C.C. le otorga la calidad de persona»<sup>66</sup>.

La doctrina uruguaya ha efectuado diversas críticas a la postura de que la calidad de persona es atribuida desde la concepción, que rondan por los siguientes andamiajes: a) confunde el hecho de comenzar a vivir con el comienzo de la personalidad jurídica; b) asimila vida humana con persona humana; c) es poco menos que imposible, en la práctica, determinar el instante preciso de la concepción<sup>67</sup>. Empero, estimo que esas críticas son desechables. Por cierto, me parece indudable de que en el estado actual del Derecho la vida humana y la persona humana están indisolublemente entrelazadas, en tanto se protege aquélla (no como una expectativa, sino como vida en sí misma), atribuyendo esa condición al propio embrión. Y como no puede ser de otra manera, los derechos no pueden hallar su cimiento en aquellos que no tienen atribuida la calidad de personas.

Por otro lado, el reparo basado en la imposibilidad de individualizar el instante preciso de la concepción, no es determinante en la cuestión en examen. Precisamente, esa cuestión incide, en todo caso, en la dificultad probatoria acerca de la existencia de la personalidad, pero no en cuanto a su misma existencia.

Para YGLESIAS cuando la ley habla de «concebido» se está refiriendo al individuo en proceso de desarrollo en el vientre de su madre; «no podemos entender que un óvulo fecundado fuera del seno materno tenga la misma relevancia jurídica que un embrión en

<sup>66</sup> L.J.U., caso 13.821. En el caso se confirma sent. de primera instancia, en la cual se había estimado que la pérdida de la patria potestad por la causal prevista en el ord. 6.º del art. 285 del C.C.U. es procedente por el conato de aborto de la madre, dado que los malos tratamientos y abandono de deberes que comprometen la salud del hijo, son conductas que pueden ser llevadas a cabo tanto cuando éste ha nacido, como durante la gestación.

<sup>67</sup> CESTAU, *op. cit.*, pág. 17.

proceso de desarrollo en el vientre de la madre porque la eventualidad de su integración a la comunidad como individuo ya formado, es más distante que la que puede atribuirse al concebido y fundamentalmente, porque su desarrollo y ulterior nacimiento, depende de actos de terceros (acto médico de implantación, recepción por la mujer en cuyo vientro se implanta, etc.). La necesidad de estos actos, en el proceso de formación de este nuevo individuo agregan un nuevo aien a su existencia que hace impensable su asimilación al caso de los concebidos de que habla la ley.<sup>68</sup> Y analogía es, la postura de LANZIANO, quien escribe que el concebido que está vivo y alojado en el cláustro materno es un ser humano, sin embargo, el cigoto gestado *in vitro*, haya o no alcanzado calidad embrionaria, si no se ha implantado en útero de una mujer, no debe ser considerado ser humano, y menos, aun persona, -puesto que la simple producción de células que debían su existencia a causa de inseminaciones artificiales, no obstante estar dotadas de vida, no se trata de los concebidos a que se ha referido el derecho.<sup>69</sup>

Sin embargo, no comparto que se trate de una cuestión de diferente relevancia jurídica entre el embrión implantado en el seno materno y el concebido extrauteramente, sino de consideración por la dignidad humana. A mi juicio, en la vinculación entre reproducción asistida y comienzo de la personalidad no se trata de vedar la primera, sino que se debe evitar en que los adelantos científicos se transformen en un medio de agresión incontrolado e ilimitado contra el fruto que las mismas pretenden, es decir, el embrión. Estas técnicas, como suele ocurrir, provocan el encuentro de intereses protegidos por el ordenamiento. Así, existe un interés en la investigación científica, que no es posible coartar de raíz, por otra parte, un interés de quien se ve impedido de procrear naturalmente de lograr establecer un vínculo paterno-filial a través de la asistencia médica, que tampoco puede ser desconocido; y por otro lado, existe un derecho a la vida del embrión, el que se halla presente cualquiera sea su forma de concepción y su alojamiento posterior. Reconocer el derecho a la vida del embrión es una de las vías, entiendo que la más apta, para evitar los excesos en la investigación genética, pero principalmente, para guiar de manera acertada cualquier intento regulatorio de la reproducción asistida.

## 6. Estatuto jurídico del concebido

En el Derecho romano al concebido se le tuvo por nacido para todo aquello que le fuera favorable, en aplicación de los brocardos *infans conceptus pro nato habetur quous de commodis ejus agitur y nasciturus pro iam nato habetur quanto di eius comodo agitur*<sup>70</sup>. Pero la protección derivada de ellos no lo emplató en la condición de persona, que por cierto era muy acotada en ese ordenamiento, sino que simplemente se trató de

<sup>68</sup> YGLESIAS PERLOU, op. cit. págs. 87-88.  
<sup>69</sup> LANZIANO, op. cit. pág. 180.

<sup>70</sup> Como señala ROGEL VIDE, cuando la ley se refiere a que al concebido se le tiene como nacido para todos los efectos que le sean favorables no significa que haya que separar en cada situación la parte favorable de la desfavorable, sino de darle al concebido la oportunidad, en sí favorable, de adquirir derechos, como la herencia, aun cuando la misma tenga -siempre que no sea dañosas- cargas y gravámenes impuestos por el testador (cf. op. cit. pág. 35).

salvaguardar sus intereses, para cuando ocurriera su nacimiento (*propter sperm nascenti*). En ese momento histórico no era considerado un sujeto de derecho, sino simplemente una viscera en el cuerpo de su madre (*pars viscerum matris*). Y la de idea de que al concebido se le tiene como nacido en todo lo que le sea beneficioso se mantiene en diversas legislaciones contemporáneas (v. gr. el art. 29 del C.C. español). Incluso existen autores que sostienen que la criatura humana tiene, desde su concepción, una personalidad condicional, puesto que no existe más que si nace vivo y viable<sup>71</sup>.

En el ordenamiento patrio, como he destacado, la atribución de personalidad a los seres humanos se efectúa con la concepción, por ende, desde que el nasciturus es sujeto de derecho goza de todas las atribuciones de que disfruta un individuo de la especie humana ya nacido. Con todo, en tanto el concebido se encuentra en una situación de hecho especial, es que los distintos ordenamientos, reconocen ciertas prerrogativas o estatutos especiales para su condición. Empero, a mi entender, esas reglas particulares, en modo alguno significan colocar al concebido fuera del ordenamiento general, salvo en aquellos supuestos en que la ley expresamente lo ha separado de él o cuando la situación especial en que se halla impide el ejercicio o el reconocimiento de un derecho.

Lo expuesto sugiere que debe reconocerse que el concebido es titular de los diversos derechos de la personalidad que su condición de tal permite (vida, integridad física, honor, etc.). ROGEL VIDE, analizando un sistema como el español, cuyo art. 29 del C.C. prevé que el nacimiento es el que determina la personalidad, afirma que con poca fortuna se ha llegado a defender la consideración de persona para el ser humano desde el momento de la concepción, pero añade -cosa más atinada es el reconocimiento que el embrión merece como vida humana. La vida humana... es un devenir, un proceso que empieza con la gestación, una realidad desde el inicio de ésta. Por ello, la vida del nasciturus ha de tratarse -a decir del mismísimo Tribunal Constitucional español como un bien jurídicamente protegido -por mucho que éste no pueda decirse titular de un derecho sobre aquella, lo cual conlleva, por regla muy general, la obligación de no obstaculizar el proceso natural de gestación, amén de la de proteger éste. Por ello el aborto es siempre un mal, por mucho que haya sido despenalizado en ocasiones tasadas y para evitar males que -con más o menos razón- se juzgan mayores. Despenalizar, con todo, no es aplaudir, es, por el contrario y tan solo, no punir.<sup>72</sup>

Ahora bien, como consecuencia de esa situación peculiar en que se encuentra físicamente el concebido, el C.C.U. ha previsto diversas reglas que tienden a su propia conservación y al amparo de los terceros que pueden verse afectados en sus intereses.

En este sentido, el art. 274, en sede de patria potestad, prevé que ante el fallecimiento del padre durante la gestación de la criatura, la madre va a administrar los bienes que van a corresponder a éste, para el caso de que nazca viable. Se trata de una función tutelar de los intereses del concebido que en el Derecho uruguayo se concede a la

<sup>71</sup> MAZEAUD, MAZEAUD y MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte primera, vol. II, Los sujetos de derecho, Las personas, traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Bs. As., EDEA, 1959, pág. 10.

<sup>72</sup> ROGEL VIDE, op. cit. págs. 131-132.

madre, a diferencia de otros ordenamientos que para la hipótesis han recibido la figura de un curador ad ventrem<sup>73</sup>.

El art. 223 preceptúa una medida de protección para los terceros a los cuales puede perjudicar hereditariamente el concebido: la mujer que muere el marido se creyese embarazada debe denunciarlo a quienes serían herederos de aquel en caso de que no existiera el hijo postumo. Y en tal caso, los interesados pueden solicitar todas las medidas que fuesen necesarias para asegurarse que el parto es efectivo y tiene lugar dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio<sup>74</sup>.

Pero esa salvaguarda es imperfecta, en razón de que la ley no impone plazos para la denuncia del embarazo. Por otro lado, el precepto se sitúa en la órbita de la filiación legítima y de su redacción se infiere que solo es aplicable al caso en que el fallecido es el padre legítimo del concebido: por ende, se trata de un supuesto inextensible, por su especificidad, para la filiación natural. A pesar de la inaplicabilidad del texto a la filiación extramatrimonial, ello no significa que los parientes o herederos del fallecido queden desprotegidos ante la conducta fraudulenta de la madre de la criatura, dado que cuentan en su arsenal con la posibilidad de defenderse, mediante la solicitud de realización de las oportunas pruebas biológicas genéticas, ante el intento de aquella de promover un juicio de investigación de paternidad al amparo de los arts. 197 y siguientes del C.N.A.

En el Código del Niño de 1934 aparecía otro derecho atribuido al simplemente concebido, consistente en el derecho a saber quienes son sus padres (art. 173) y la posibilidad para ello de accionar por parte de la madre desde el quinto mes de gravidez (art. 174) contra el presunto padre natural a efectos de obtener una pensión alimenticia y la identificación de la criatura con el apellido de aquel. Actualmente, el C.N.A., que ha derogado el mencionado cuerpo legal, varió la protección haciéndola más vigorosa, y de conformidad al ord. 2º del art. 198 se admite que la acción de investigación de filiación pueda ser promovida por el padre o la madre desde que se constata la gravedad hasta que el hijo cumpla dieciocho años.

Como otra medida de salvaguarda, en la doctrina uruguaya se admite que, cuando durante el embarazo se comprueba que la gestante es drogadicta o alcohólica y con ello puede causar daños al concebido, se le priva de la libertad a efectos de proteger la vida de este<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Así, el art. 393 del C.C. francés, hoy abrogado, preveía que a la muerte del marido, si la mujer está encinta, «se nombrará un curador del vientre». Según la doctrina, este personaje de nombre burlesco, pero bien expresivo, tenía por función vigilar el embarazo de la madre para impedir supresiones o supresiones de parto y velar por los intereses del concebido (cfr. MAZEAUD, et al., /D/).

<sup>74</sup> En el Derecho romano y en las Partidas, atendiendo a la finalidad de evitar fraudes, la mujer estaba obligada a reiterar su denuncia de embarazo a los parientes del marido en forma periódica y quedaba sometida a la vigilancia de estos; en su habitación debía haber permanentemente luz y cuando menos arder tres bujías (cfr. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino, Parte general*, T. I, Bs. As. Ed. La Ley, 1947, pág. 213).

<sup>75</sup> Cfr. LANZIANO, op. cit., págs. 184-185.

Al concebido, además, se le reconocen derechos sucesorios (arts. 835 y 1012) y la aptitud para ser donatario (art. 1617). Empero, como se verá, para adquirir por sucesión, sea testada o intestada, se requiere estar concebido al momento de abrirse legalmente la sucesión (esto es, a la muerte del causante), pero además que se disfrute de viabilidad. E igualmente, para adquirir los bienes que le sean donados durante el período de gestación es menester que cumpla con esas condiciones.

Con todo no me parece que pueda afirmarse, como se hace en algún fallo judicial, que «el Derecho positivo uruguayo consagra la tesis de que, a partir de la concepción existe al menos un reconocimiento parcial de la personalidad desde el momento en que existe un individuo titular de derechos de la personalidad (vida, integridad física, etc.), aun cuando no pueda serlo de derechos patrimoniales sino a partir del nacimiento siempre que nazca viable...» o que existe «una persona, un sujeto de derecho desde la concepción, aunque con una personalidad parcialmente reconocida»<sup>76</sup>. En efecto, como ya expuse (*supra* n.º 2, Cap. I), citando valde la doctrina, si bien la capacidad puede ser susceptible de medirse por grados, y por tanto se puede ser más o menos capaz, no se puede ser más o menos persona. En el caso del concebido no está en juego su condición de persona, la cual aparece reafirmada en el ordenamiento jurídico uruguayo con la atribución de los diversos derechos de tono extrapatrimonial que se les reconoce, sino que más bien la cuestión aparece enmarcada en las restricciones a su capacidad jurídica que se prevén, particularmente en cuanto a la posibilidad de asumir la calidad de heredero, legatario o donatario.

## 7. La adquisición hereditaria del concebido

Ya se denotó que GATTI y CESTAU estimaron, en base a los arts. 835, ord. 1º y 216, ord. 3º, que en el Derecho positivo uruguayo para el reconocimiento de la personalidad en el ser humano se exigían los requisitos de nacimiento, viabilidad y vida por 24 horas naturales.

Sin embargo, esos condicionamientos como se dijo no influyen, ni influyen en determinar la calidad de persona, dado que en modo alguno consagran reglas generales, sino que solo eran exigencias que el C.C.U. preceptuaba (y con variaciones todavía reclama) para casos puntuales: la imposibilidad de proceder al desconocimiento de la paternidad legítima en el art. 216 y la incapacidad para heredar (arts. 835 y 1012) y para ser donatario (art. 1617). Pero nada conducía, ni conduce a que fuera posible extrapolarnos desde esas órbitas para la atribución de la personalidad.

En el capítulo referido a los hijos legítimos (arts. 213 y ss.), el C.C.U. recibe una presunción que se remonta al Derecho romano y que se expresa en la máxima *pater is est quem nuptiae demonstrant*, es decir que la ley considera al marido, padre de la criatura concebida durante el matrimonio. El legislador uruguayo proveyó esa presunción ~~con~~ absoluta (art. 1604), pero hoy, por obra de las modificaciones llevadas a cabo por el art. 29

<sup>76</sup> L.J.U., caso 13.821.

del C.N.A., es relativa, y rige siempre que los cónyuges vivan de consuno al producirse la concepción art. 214).

La criatura se entiende concebida durante el matrimonio -de contornidad con el art. 215- cuando nace luego de los 180 días de celebrado o dentro de los 300 días de su disolución. Verificado el nacimiento en esos plazos, sólo puede desconocerse la paternidad en los plazos previstos por el art. 218 del C.C.U., en la redacción dada por el art. 29 del C.N.A., por los legitimados activamente para ello.

Ahora bien, para el caso en que el nacimiento se produzca antes de los 180 días, el art. 216 del C.C.U. (hoy modificado) estableció tres supuestos en que no era posible el desconocimiento. En ese ámbito, el ord. 3º del último precepto prevalece que no procede el desconocimiento: «3º si la criatura no ha nacido viable, esto es, de vida y que haya vivido veinticuatro horas naturales».

En materia de capacidad para adquirir por testamento (y también para adquirir por sucesión *ab intestato*, según el art. 1012 y por donación, conforme el art. 1617), el ord. 1º del art. 835 dispone que son incapaces: «1º) El que no estuviere concebido al tiempo de abrirse la sucesión, o, aunque concebido, no naciere viable, conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 216».

Empero, como suele ocurrir en diversas oportunidades, el legislador vernáculo al sancionar el C.N.A. incurre en esta ocasión en otro de sus errores infantiles, dado que cuando abrogó el ord. 3º del art. 216 del C.C.U., mantuvo inexplicablemente la redacción del ord. 1º del art. 835, con lo cual éste efectúa una remisión al vacío.

No obstante, es imprescindible la interpretación del aludido ordinal a efectos de determinar cuándo, quien está concebido al fallecimiento de una persona a la cual está llamado a heredar, disfruta de las condiciones para hacerlo. Y la cuestión no es sencilla, pues el art. 845 -cuya redacción también se mantuvo inólume- continúa sustentando un criterio cronológico para verificar la viabilidad<sup>77</sup>.

Sin embargo, a pesar de valederas opiniones formuladas con anterioridad a la vigencia del C.N.A., juzgo que en la actualidad sólo cabe requerir la presencia del nacimiento con viabilidad en el concebido llamado a heredar<sup>78</sup>, entendiendo por tal la aptitud para seguir viviendo por estar dotado de los órganos indispensables para ello y por haber tenido el desarrollo intrauterino que según la evolución científica le permita un

<sup>77</sup> VAZ FERREIRA, si bien admite que el texto es ambiguo, se inclinó por admitir que cuando el ord. 3º del art. 216 decía «de vida», quería decir simplemente vivo y que la viabilidad ha sido definida con un criterio puramente cronológico, considerando que es viable la criatura que vive 24 horas. Apoyó su postura en el art. 845, inc. final, según el cual no transmite derecho alguno a sus herederos, el heredero o legatario que muere «antes de la época de la viabilidad», de modo que entendió que la palabra época estaba indicando claramente que sobre la viabilidad hay que decidir atendiendo únicamente al tiempo y no por ejemplo a la conformación de los órganos o a las posibilidades de supervivencia (cfr. VAZ FERREIRA, *Tratado de las sucesiones*, T. I, Mdeo., 1967, pág. 351). Y también adhirió a ello: RIVERO DE ARHANCET, *Lecciones de Derecho sucesorio*, F.C.U., 2001, pág. 29.

<sup>78</sup> Así también se pronuncia: YGLESIAS, «Persona», op. cit., págs. 719-720.

desenvolvimiento dotado de cierta normalidad fuera del seno materno. Advirtátese, en este sentido, que ya ni siquiera es dable requerir la presencia de la viabilidad propia, que los autores antiguos situaban en un mínimo de ciento ochenta días de gestación, puesto que los adelantos en materia médica permiten la sobrevivencia de criaturas nacidas con plazos de preñez de la madre sustancialmente menores.

Con todo, como es fácilmente perceptible, los preceptos identificados con los números 216 y 835, tanto antes, como luego del C.N.A., disfrutaban de una extensión limitada a los casos concretos que regulan o disciplinaban, pero para nada inciden en la determinación del comienzo de la personalidad.

## 8. Los daños y perjuicios causados al concebido

Se ha admitido que en caso de que el concebido sufra lesiones en virtud de un hecho ilícito perpetrado sobre la madre, puede una vez nacido incoar una acción para ser indemnizado por los daños que se le ocasionaron en el seno materno. E igual derecho tienen los padres en caso de muerte de la criatura en gestación<sup>79</sup>. Y no me quedan dudas de que ello es así, pero estimo que nada impide que una reclamación en tal sentido igualmente sea susceptible de que se produzca antes del nacimiento.

Ante los tribunales uruguayos se presentó un caso en que la madre natural de un menor de edad accionó en ejercicio de la patria potestad y en su representación, reclamando daños y perjuicios contra una compañía de ómnibus en virtud de que, en un accidente ocurrido en la ruta, una de las unidades embistió un vehículo en el cual, junto con otras personas, se transportaba el padre extramatrimonial del actor, cuando éste se hallaba concebido, habiendo aquel fallecido como consecuencia de ese hecho.

En el fallo de instancia, si bien el juez interviniente admite la culpabilidad del conductor del ómnibus y que se le debe pagar al menor una pensión de aproximadamente medio salario mínimo nacional hasta que cumpla veintiún años de edad, no recibe la reclamación por daño moral. Entre las razones aducidas en el fallo se estima por parte del juzgador que el hijo no nacido a la fecha del accidente fatal de su padre no pudo padecer daño moral alguno, dado que no era capaz para ello. Asimismo se expone que «si en el futuro ese sujeto de personalidad condicionada ha de sufrir o no por la falta de un padre que no conoció, es un hecho jurídicamente indiferente y que no puede ser objeto de estimación reparatoria, pues lo real es que el niño no nacido no padeció daño moral con consecuencia inmediata y directa de la muerte de su padre biológico». Empero, el tribuna revocó en este aspecto el fallo de primera instancia y admitió la procedencia de la reparación del daño moral a favor del hijo, en virtud principalmente de que se estima que «el concebido siempre que nazca viable, es sujeto de derecho»<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> SANTOS BRIZ Y PEREZ DE TORRES, cit. por CRUZ PONCE, op. cit., págs. 49-51.

<sup>80</sup> Sents. del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Tercer Turno, de 20 de febrero de 1984, y del T.A.C. 3º T., de 8 de marzo de 1982, publ. en L.J.U., T. XCV, 1982, caso 9.815. También publ. en ORDOQUI, *Daños y perjuicios causados al concebido aun no nacido* (en la *Jurisprudencia*), Mdeo., Acafé Editorial, 1984.

Fuera de ello, es preciso admitir que el reconocimiento del derecho a la vida del concebido aparece como consecuencia necesaria el derecho a nacer. Y esta afirmación debe ser correctamente entendida. Con ella lejos me encuentro de significar, como se ha criticado en la doctrina patria, «que debe darse preferencia al derecho a la vida del embrión sobre todos los demás derechos que pueden versele enfrentados»<sup>81</sup>, porque la cuestión del modo que la he venido planteando no puede ser decidida dando supremacía a unas personas –aun cuando sean los simplemente concebidos– respecto o en perjuicio de otras, como los nacidos. Por cierto, cuando se analizan los denominados derechos de la personalidad (infra Cap. IV), es perceptible que con frecuencia acaecen conflictos entre ellos, a cuyo respecto en ocasiones la ley da preeminencia a uno sobre otros, pero mayoritariamente los textos no se pronuncian sobre primacías, lo cual conduce a que los jueces deban resolverlos mediante el empleo de criterios valorativos. En ese contexto, emerge como indiscutible que el derecho a la vida, por ser ineludiblemente el derecho-base a partir del cual se desarrollan los demás, tiene una protección absoluta, como consecuencia de lo cual inadmite toda especie de renuncia o cesión. Por el contrario, los demás derechos –como la integridad física o la intimidad– en mayor o menor grado pueden ser dispuestos por su titular. Ahora bien, en el caso de los concebidos lo que vengo exponiendo admite total aplicación, de manera que, frente a su derecho a la vida queda subordinado el derecho de la madre a disponer de su propio cuerpo. Del mismo modo, el derecho a la integridad física de aquél está subordinado al derecho a la vida de la madre, y por esa razón, es plausible que se sitúe en situación de riesgo aquel derecho para proteger éste. De ahí, incluso, que el legislador penal uruguayo haya eximido de pena al denominado «aborto terapéutico» en el art. 3º del art. 328 del Código Penal. La cuestión, entonces, no se resuelve otorgando supremacía a unas personas sobre otras, sino más bien en la protección de derechos que deben ser reputados prioritarios respecto a los de sus congéneres.

Los daños que puede sufrir una persona durante su gestación pueden ser de la más variada índole y tener infinidad de causas. A vía de ejemplo, cuando la madre es víctima de un accidente en virtud del ilícito perpetrado por otra persona, que le ocasiona daños al concebido, éstos son indemnizables, sea en el plano patrimonial (v. gr. imposibilidad futura de desarrollar determinadas actividades laborales o mayores gastos en el cuidado de la salud), sea en el terreno moral. Del mismo modo, el error médico que provoca la transmisión o contagio de una enfermedad en el no nacido conduce a que los perjuicios que se le ocasionan a éste sean reparables.

Claro está, que como se afirma en la sent. del T.A.C. 6º T., de 19 de setiembre de 2001, para que sea admisible el daño sufrido por el simplemente concebido, es necesario probar un daño diferenciado al que sufrió la madre cuando se produjo el hecho ilícito; por lo que, si no se comprueban daños al no nacido en el momento del accidente, ni luego de acaecido, no debe ser recibida la reclamación en ese sentido, pues esos daños no tienen carácter «in re ipsa»<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Vid. GALESIAS, op. cit., pág. 722.

<sup>82</sup> Sent. pub. en L.J.U., T. 124, 2001, suma 124079.

9

La cuestión en examen asume particular magnitud cuando es preciso decidir si las lesiones que sufra el embrión y que ocasionan su muerte permiten reclamar una indemnización a sus padres, no por los perjuicios que ellos personalmente experimentan, sino *iure hereditatis* como sucesores de aquél, esto es, por los daños físicos y/o morales padecidos por el propio concebido como consecuencia de un ilícito que le acarrió la muerte. En la idea de personalidad se encuentra contenida la de patrimonio, entendido éste como la aptitud para ser destinatario de efectos jurídicos de contenido económico. Cuando se le ocasionan daños indemnizables al concebido, es sabido que ingresa en su patrimonio, como cuando los daños se ocasionan a cualquier sujeto de derecho, un derecho de crédito, que se visualiza a través de la posibilidad de incoar una acción judicial para ser reparado por los perjuicios sufridos. Y ese derecho, como otros que eventualmente pudiera detentar, se transmite a sus herederos.

Por otro lado, una cuestión no exenta de dificultades y con variadas ramificaciones se presenta cuando se analizan ciertas situaciones en las cuales se verifica el nacimiento de una criatura con gravísimos problemas de salud, y en las que los médicos han omitido, por las razones que sean, informar a los padres, en especial a la gestante, de esas enfermedades o de los riesgos de que el concebido las padeciera. El tema ha sido analizado por diversos autores, tanto nacionales<sup>83</sup>, como extranjeros<sup>84</sup>, y dio lugar a discutidos fallos judiciales en ordenamientos foráneos. Compendiadamente el tema a analizar se resume en la siguiente interrogante: ¿existe un derecho a no nacer?

En la materia, las acciones de responsabilidad civil que pueden ser ejercidas son las que, recurriendo a su denominación anglosajona, se conocen como «wrongful actions», que tienen en común que el hecho causante de la responsabilidad es una infracción a la «lex artis ad hoc», ya por mala praxis médica o impericia profesional, por incumplimiento de deberes básicos de prudencia, o ya por una infracción del deber básico de información al paciente. Al respecto cabe distinguir las siguientes acciones:

a) «wrongful conception» o «wrongful pregnancy», que tiene lugar en los casos en que nace una persona cuando no se esperaba su nacimiento; por ejemplo, porque han fallado los métodos anticonceptivos a los que había recurrido una pareja: vasectomías y ligaduras de trompas fallidas, colocación de dispositivos intrauterinos defectuosos o ineficaces. De un fallo del T.A.C. 7º T., de 26 de mayo de 2006, resulta de modo claro la admisibilidad de las reparaciones en estas hipótesis como derivaciones de una inadecuada actuación profesional. No obstante, en el caso concreto, se revocó la sentencia de primera instancia y se denegó el reclamo indemnizatorio con base en que,

<sup>83</sup> VENTURINI, Beatriz; TABAKIAN, Marcela, «¿Existe el derecho a no nacer?», A.D.C.U., T. XXXVI, sec. Doct., Mdeo., F.C.U., 2006, págs. 699-709.

<sup>84</sup> LESAUVAGE, «¿Existe un derecho a no nacer? Una relectura de la jurisprudencia de la "Cour de cassation" en el asunto Perruche», traducción de Juan Miguel Azcárraga, pub. en *Revista Actualidad Administrativa*, n.º 41, semana del 4 al 10 de noviembre de 2002, sec. Doct., obtenido en [www.laley.net](http://www.laley.net); VIOLA, «Non esiste un "diritto a non nacere" o a "non nacere se non sano"», 11 settembre 2006, obtenido en [Altalex](http://Altalex); CULTRERA, Stefano, «Colpa medica e diritto a non nacere se non sano del concepito. Cassazione civile, sez. III, sentenza 29.07.2004 n.º 14488», obtenido en [Altalex](http://Altalex).

de conformidad a las pruebas agregadas. «no resulta acreditado en forma fehaciente o aún en grado de probabilidad o verosimilitud razonable, que efectivamente el proceso de esterilización hubiera sido realizado, obviamente con resultado fallido, habida cuenta del nuevo embarazo...»<sup>85</sup>;

b) «wrongful birth», que es procedente cuando nace una criatura con malformaciones no conocidas o esperadas;

y c) «wrongful life», que procede con base en tener que vivir con esas malformaciones.

Las dos últimas acciones refieren a las reclamaciones interpuestas por los padres en nombre propio o a las formuladas por los padres en nombre de su hijo con motivo de los daños producidos por el nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades congénitas que se asocian por lo general, no a un error médico en sentido estricto, sino a la negligencia omisiva del facultativo por no realizar las pruebas que hubieran podido detectar en fase prenatal las malformaciones y/o por una incorrecta valoración de los resultados de esas pruebas si llegaron a practicarse y/o por la omisión del deber de información sobre la anomalía o malformación que conlleva la privación de la facultad u opción de abortar en plazo legal en aquellos ordenamientos jurídicos en que ello es lícito. Cuando los padres reclaman en su propio nombre el daño moral y patrimonial padecido por ellos mismos con motivo del nacimiento de un hijo con malformaciones, es procedente la «wrongful birth actions» o «acción por nacimiento injusto», mientras que si reclaman en nombre del hijo el daño moral y patrimonial que sufrirá éste durante su vida por causa de haber nacido con esas malformaciones, procede la «wrongful life actions» o «acción por vida injusta»<sup>86</sup>.

La diferencia entre ambas acciones la constituye el dato de que la primera de ellas es formulada por los padres contra el facultativo o institución médica, mientras que en la segunda quien la ejercita es el propio hijo. En la primera –acción de *wrongful birth*–, se aduce, como fundamento de la pretensión articulada por los progenitores demandantes, que la falta de detección o, en su caso, de información sobre la eventualidad de una concepción o nacimiento de su hijo con una enfermedad congénita les despojó de la opción de tomar una decisión informada y, por ello, libre sobre la posible interrupción o no del embarazo en curso. En la segunda –acción de *wrongful life*–, el hijo actor arguye que no habría nacido soportando los padecimientos propios de su patología, si no hubiera habido, con conexión causal, un dictamen médico desaconsejador<sup>87</sup>.

Cuando se produce el nacimiento de una criatura con severas discapacidades es indispensable distinguir, por un lado, aquellos supuestos en los que el padecimiento

<sup>85</sup> Cfr. A.D.C.U.L. T. XXXVII, f. 760, págs. 354-355.

<sup>86</sup> Sent. de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 29 de noviembre de 2006, en Poder Judicial español, Id. Cendoj: 37274370012006100747. Vid. en la doctrina uruguaya: VENTURINI Y TABAKIAN, op. cit., págs. 699-700.

<sup>87</sup> Sent. de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 25 de enero de 2005, pub. en Poder Judicial español: Id Cendoj: 35016370052005100052.

encuentra su raíz en un comportamiento profesionalmente inadecuado del equipo médico interviniente en la gestación, incluso cuando no se atenuó, corrigió o eliminó la patología, lo que podría haberse hecho con una terapia prenatal, y por otro, cuando la discapacidad no es causada en todo o en parte por un comportamiento comensivo u omisivo del profesional o su equipo<sup>88</sup>. En el primer caso, la responsabilidad médica es indudable y por ende, surge la posibilidad de instaurar una pretensión reparatoria de los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados. Entretanto, en el segundo supuesto, la actuación médica no fue la causante del daño, por lo que, nada hay para indemnizar.

Empero, el aspecto que más dubitaciones ha planteado es el de la posibilidad del hijo nacido con graves discapacidades de reclamar contra los médicos por no haber alertado correctamente a sus padres acerca de la posibilidad de un nacimiento en esas condiciones, de forma que pudieran haber interrumpido el embarazo. En otras palabras, la cuestión a dilucidar transcurre por determinar si el hijo está legitimado activamente para reclamar por su nacimiento, cuando sus padres de haber conocido las anomalías que padecía, lo cual fue irrealizable por una inadecuada actuación médica, hubieran evitado ese nacimiento.

En el ordenamiento francés el caso más emblemático es el conocido como asunto «Perruche», que estuvo signado por los hechos que a continuación menciono. Durante su embarazo, la señora Perruche creyó haber contraído rubéola, por contagio de una hija que padecía la enfermedad, de modo que se sometió a la realización de ciertos análisis clínicos. No obstante, en virtud de los errores cometidos por su médico y por el laboratorio de biología médica, el riesgo de contagio fue equivocadamente descartado por lo que nació su hijo Nicolás, el que padecía graves anomalías. La Cour d'appel de París, en sentencia de 17 de diciembre 1993, consideró que tanto el médico como el laboratorio habían cometido errores contractuales en la búsqueda de anticuerpos de rubéola de la demandante y que el perjuicio causado a esta última, cuyo hijo estaba aquejado de graves secuelas derivadas de la transmisión a través del útero de la enfermedad de la madre, debía ser reparado, puesto que habría podido interrumpir voluntariamente el embarazo, lo que no hizo porque la información suministrada la hizo creer de forma errónea que estaba inmunizada. Sin embargo, dicho tribunal estimó que el daño sufrido por el niño no guardaba relación de causalidad con los errores cometidos por el médico y el laboratorio. La Cour de Cassation revocó el pronunciamiento de dicha sentencia en lo relativo a los perjuicios causados al niño, pero en su nueva decisión el tribunal inferior se negó a ceder en este punto y juzgó que «el niño Nicolás no sufre ningún perjuicio indemnizable en relación con los errores cometidos». Esta sentencia fue a su vez revocada por el pleno de la Cour de Cassation, quien consideró que «... los errores cometidos por el médico en el cumplimiento de la relación contractual con la señora Perruche habían impedido a ésta poder elegir la opción de interrumpir el embarazo con el fin de evitar el nacimiento de un niño afectado por una discapacidad,

<sup>88</sup> Cfr. CULTREBA, ib.

Walter Howard

(por lo que) este último puede pedir la reparación de los daños resultantes de su discapacidad, causados por los errores alegados.<sup>89</sup>

En el caso, la actividad equivocada del médico interviniente, como del laboratorio estaban fuera de todo debate posible, por lo que aparece como incontrovertible la responsabilidad de aquellos frente a los padres, los cuales de conocer el diagnóstico de la condición de su hijo podrían haber optado por continuar el embarazo o interrumpirlo, en virtud de la licitud del aborto en el régimen francés. Como se expresa en la doctrina francesa, «el médico está obligado a suministrar a la madre todos los datos necesarios para orientarla en su decisión de abortar, puesto que esta información es precisamente una condición para el ejercicio de su libertad de elección. En el caso de que la información no sea transmitida, se derivará necesariamente un perjuicio. La madre ve, en efecto, hurtada su facultad de abortar legalmente reconocida y, por ello, sufre un perjuicio consistente en haber sido privada de su libertad de interrumpir el embarazo debido al error del médico. El perjuicio se deriva, por tanto, de la violación de su derecho a la información, que la impidió llevar a cabo una interrupción del embarazo que estaba legalmente reconocida»<sup>90</sup>.

Sin embargo, no me parece adecuado admitir la responsabilidad médica frente al hijo, dado que sus discapacidades no tienen su fuente en la actividad errónea del médico, sino en el desgraciado contagio de la rubéola que sufrió su madre durante la gestación.

Como consecuencia de este caso, el legislador francés dictó la ley de 4 de marzo de 2002, según la cual «nadie puede prevalecerse de un perjuicio por el solo hecho de su nacimiento. La persona nacida con un handicap debido a una culpa médica puede obtener la reparación del perjuicio cuando la culpa médica ha provocado directamente el handicap o lo ha agravado, o no ha permitido tomar las medidas susceptibles para atenuarlo. Cuando la responsabilidad de un profesional o de un establecimiento sanitario está comprometida frente a los padres de un niño nacido con un handicap no sospechado durante el embarazo, como consecuencia de una falta caracterizada, los padres pueden demandar una indemnización a título de su exclusivo perjuicio...»<sup>91</sup>.

En el ordenamiento español, se presentó un caso en que se reclamó por parte de los padres una indemnización por los daños morales y patrimoniales derivados del nacimiento de una niña con focomelia por ausencia de ambas manos y dos terceras partes de los antebrazos, en virtud de la que se produjo un error de diagnóstico por parte del profesional interviniente. El yerro consistió en que no fueron detectadas ni visualizadas las malformaciones congénitas en las ecografías morfológicas que deben practicarse en fechas próximas a la vigésima semana de embarazo con la finalidad de que la madre pueda, una vez informada sobre la existencia o posible existencia de malformaciones congénitas, adoptar la decisión que considere oportuna sobre la

<sup>89</sup> Cfr. LESAUVAGE, *ib.*

<sup>90</sup> Cfr. LESAUVAGE, *ib.*

<sup>91</sup> Cit. por VENTURINI y TABAKIÁN, *op. cit.*, págs. 705-706.

posibilidad de practicar un aborto eugenésico antes de que transcurra el plazo legal límite de las veintidós semanas de embarazo. Ello obligó a los progenitores, una vez nacida la niña con las malformaciones, a soportar un padecimiento injusto. En el fallo se estima que, reconocida legalmente en el ordenamiento español la posibilidad de abortar en determinadas condiciones materiales, entre las que cuenta el aborto eugenésico, y temporales, que se realice dentro de las veintidós semanas de gestación, la doctrina científica y jurisprudencial ha encontrado argumentos suficientes para imputar responsabilidad a los facultativos que obrasen de manera culposa o negligente en el desarrollo de su actividad profesional, impidiendo a los padres decidir y ejercer libremente la opción de abortar de haber conocido puntualmente la existencia de un feto con malformaciones congénitas. Asimismo, se juzga que dada la despenalización del aborto eugenésico, se resolvió el conflicto entre el supuesto derecho a la vida del con malformaciones congénitas. Asimismo, se juzga que dada la despenalización del aborto eugenésico, se resolvió el conflicto entre el supuesto derecho a la vida del *nasciturus*, que encuentra su base en el art. 15 de la Constitución española y el derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la madre, privilegiando éste último, entendiéndose que la madre podrá optar por abortar libremente si el nacimiento es exigible a la madre y al conjunto de la familia. De manera que el hecho de no agotar las posibles vías de detección de malformaciones ofrecidas por la técnica y la praxis médica y/o el no informar a la madre en el momento oportuno (antes de la vigésima segunda semana de gestación) de la posible existencia de malformaciones o, incluso, de cualesquiera dudas que el facultativo pudiera tener sobre la existencia o no de malformaciones que hicieran recomendable una exploración adicional más detallada, puede apreciarse como un acto culposo o negligente que causa un daño consistente en privar a la madre de la decisión de abortar o no<sup>92</sup>.

En una senda afín, la Sala Primera del Tribunal Supremo español, en una sentencia de 7 de junio de 2002, juzgó que existe una conducta negligente o culposa en el médico demandado cuando no informa a la paciente de las pruebas existentes para determinar la existencia de malformaciones en el feto, privándose a aquella de la facultad de optar por acudir a la interrupción del embarazo dentro del plazo legal permitido<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> Sent. de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 29 de noviembre de 2006, en Poder Judicial español. Id. Cendoj: 37274370012006100747. No obstante, el tribunal estima que no es procedente una indemnización basada en la acción «wrongful life» o por «vida injusta», puesto que la posibilidad de abortar se otorga a los progenitores para proteger sus propios intereses como padres, con base en el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, en el que debe entenderse incluida su planificación familiar, y no para proteger los intereses del futuro ser, ya que el derecho constitucional a la vida no contempla ningún conflicto entre el derecho a la vida del feto y un supuesto derecho a no nacer con graves malformaciones, «pues de lo contrario se llegaría a situaciones rocambolescas como la de admitir eventuales demandas interpuestas por un hijo nacido con malformaciones contra la madre que, conociendo la existencia de esas malformaciones, decidió libremente no interrumpir el embarazo a pesar de tener la posibilidad de hacerlo».

<sup>93</sup> Poder Judicial de España: Id Cendoj: 28079110002002100930. Sin embargo, en el referido caso no se hizo lugar a la responsabilidad médica, en razón de que aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética

En una sent. uruguaya del T.A.C. 4ª T., de 8 de abril de 1996, se resuelve un caso en que los padres de una criatura reclamaron contra una mutualista y un médico con base en que la madre se había realizado un examen para detectar anomalías de su hijo durante el embarazo y de él había emergido que iba a nacer una criatura del sexo femenino y sana, cuando en verdad nació un varón que padecía el síndrome de Down. De conformidad al fallo, el daño moral resarcible es el "dolor sufrido por la brusca frustración de la certeza que durante casi cuatro meses tuvieron los demandantes de tener una hija sana, ante la realidad del nacimiento de un varón con síndrome Down"; empero, para su monto no puede dejarse en cuenta que la anomalía que padece el hijo no puede imputarse a los demandados y que, el embarazo no podía ser interrumpido porque el Derecho uruguayo castiga como delito al aborto<sup>94</sup>.

En el ordenamiento uruguayo la solución de las cuestiones planteadas debe ser investigada partiendo de la base de la interdicción de las prácticas abortivas. De modo que, para el caso de que exista una inadecuada intervención profesional que omite prevenir a los padres sobre la posible presencia de ciertas anomalías en los hijos, el único daño indemnizable podrá consistir en la lesión de la esperanza de aquellos de disfrutar de hijos sin discapacidades, pero no como consecuencia de una falta de información que hubiera permitido interrumpir la gestación a través de un aborto<sup>95</sup>. Mientras que, respecto al hijo, no es posible admitir que existe un perjuicio por el hecho de haber nacido, por lo que esa incorrecta actuación profesional no le produce perjuicios. Como se afirma en la doctrina argentina, la mayoría de los Estados no admiten la acción por vida no querida o equivocada (*wrongful life*), esto es derivada de la angustia de haber nacido deforme o con una enfermedad congénita, dado que la condición en que se halla el así engendrado no se debe a la presencia de una inadecuada actuación médica que hubiera hecho desaparecer la alteración o la hubiera disminuido<sup>96</sup>.

actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante.

<sup>94</sup> Sent. parcialmente transcrita por SZAFIR y VENTURINI, «La responsabilidad civil en la no detección de anomalías cromosómicas. Análisis de un caso jurisprudencial», pub. en A.D.C.U., T. XXVIII, sec. Jurisprudencia anotada, Médo., F.C.U., 1998, pág. 761. Las mencionadas autoras estiman que resulta dudosa la configuración y resarcibilidad del daño moral en la medida en que el resultado erróneo generó en los padres un estado de tranquilidad por espacio de casi cuatro meses, y de haberse dado el resultado correcto, la única consecuencia hubiera sido la de adelantar la angustia con relación a la realidad; en especial, cuando no existía la opción de recurrir al aborto, en virtud de que éste al momento de los hechos estaba tipificado como delito. Asimismo expresan que el único daño resarcible es la violación al derecho de la madre a prepararse para dar a luz a un niño con una anomalía de origen genético, pero es un daño de poca entidad y que aparece parcialmente compensado con la tranquilidad que tuvo la madre durante su embarazo (cfr. loc. cit., págs. 764-765).

<sup>95</sup> No obstante, como señalan VENTURINI y TABAKIÁN, para el caso de que sea aprobado algún proyecto de ley que despenaliza el aborto, la cuestión variará y serán admisibles algunas de las soluciones que brinda el Derecho comparado (cfr. op. cit., pág. 709).

<sup>96</sup> HIGHTON, «La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona», *Revista de Derecho Privado y Comunitario* n.º 1, Daño a la persona, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 1990, pág. 193.

A mi modo de ver, en estas cuestiones es acertado lo sustentado en la doctrina italiana en el sentido de que «no existe un derecho a nacer sano (rechazo un derecho a no nacer si no es sano), de forma que no puede existir un derecho al resarcimiento del no nacer si no es sano, cuando ello no es imputable al médico<sup>97</sup>. «La vida y la muerte están por encima de toda decisión del ser humano<sup>98</sup>. Y lo expuesto resulta con constancia de la inexistencia de disposiciones en el Derecho positivo uruguayo que prevea el derecho a no nacer, ni el puede ser en modo alguno extraído del art. 72 de la Constitución como uno de los derechos inherentes a la persona humana. Por ende, no puede admitirse una tutela del concebido que le garantice no ser dejado nacer cuando tiene graves anomalías genéticas<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> Cfr. VIOLA, op. cit.

<sup>98</sup> VENTURINI y TABAKIÁN, op. cit., pág. 709.

<sup>99</sup> Cfr. CULTREIRA, ib.