

**Cabrera, Rodrigo**

*La donación de gametos en las técnicas de reproducción asistida*  
*Breve comentario sobre la responsabilidad de los donantes*

**Documento inédito**

**Cátedra Ley Natural y Persona Humana - “Bioderecho”, Proyecto de investigación**

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Cabrera, R. (2014). *La donación de gametos en las técnicas de reproducción asistida : breve comentario sobre la responsabilidad de los donantes* [en línea] Documento inédito. Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Disponible en:  
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/donacion-gametos-tecnicas.pdf>[Fecha de consulta: ....]

## **La donación de gametos en las técnicas de reproducción asistida**

### **Breve comentario sobre la responsabilidad de los donantes**

Por Rodrigo Cabrera<sup>1</sup>

#### **Introducción**

El fenómeno científico pareciera ser imparable y el Derecho, como ciencia social que es, no puede ser ajeno a esta realidad. La ciencia abarca, cada vez con mayor amplitud, diversos aspectos en la vida del hombre, lo cual hace algunos años, e incluso siglos atrás, era considerado totalmente improbable.

Entre dichos aspectos, nos resulta de interés el avance científico en lo relativo a las técnicas de reproducción asistida, que si bien en los hechos no resultaba ya una novedad, sí lo ha sido tal en el campo del Derecho argentino que recientemente le ha otorgado a este fenómeno un status jurídico del cual antes carecía. En efecto, el Congreso Nacional estableció mediante la ley 26.862 el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, sancionada el 5 de junio de este año.

Sin embargo, este aval legislativo no deja de presentar ciertos interrogantes que la misma legislación aún no se ha encargado de aclarar, y dada su reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, si bien han sido muchos los doctrinarios que han discutido el tema, la realidad es que ningún tribunal de nuestro país ha tenido aún la posibilidad de pronunciarse al respecto.

Más allá de las controversias éticas que puede llegar a presentar para algunos la realización de este tipo de tratamientos médicos<sup>2</sup>, nuestro enfoque no se centrará en temas tales como la crio preservación de embriones o su posterior implantación. Tampoco será la finalidad de este artículo entrar a considerar el tema del derecho a la identidad de las personas concebidas por medio de estas técnicas, cuestión que puede llegar a presentar inquietudes en los casos de donación de embriones. Se hará hincapié, en el marco de la denominada “fecundación heteróloga” en aquellas personas que permiten que estos tratamientos se lleven a cabo; nos referiremos, en efecto, a aquellos individuos que, con la donación de sus gametos (femeninos o masculinos) hacen posible la fecundación intra o extracopórea.

#### **Los gametos y su naturaleza jurídica ¿Podemos considerarlos “cosas”?**

---

<sup>1</sup> Trabajo de investigación realizado en el ámbito del proyecto sobre Bioderecho bajo la dirección del Dr. Jorge Nicolás Lafferriere.

<sup>2</sup> Ver al respecto: Dr. Jorge Nicolás Lafferriere “Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico, publicado en Vida y ética, Revista del Instituto de Bioética de la UCA, junio de 2010, Año 11, nro. 1.

El primer problema que se nos presenta es el vacío legislativo que presenta nuestro ordenamiento a la hora de dar un concepto del término “gameto”; ni la ley 26.862 ni su decreto reglamentario 956/2013 dan una definición del mismo, algo también obviado por la legislación previa. El Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), traducido y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en 2010 y revisado a su vez por la Organización Mundial de la Salud (OMS) tampoco prevé esta cuestión, aunque nos da una definición de “donación de embriones”, considerándola como la *“transferencia de embriones resultantes de gametos (espermatozoides y ovocitos) que no se originaron de la receptora y su pareja”*.<sup>3</sup> Es decir, sólo hace mención a los gametos mencionando como tales a los espermatozoides y ovocitos, pero sin dar un concepto claro del término.

A partir de esta falta de definición, resulta necesario plantearse lo siguiente: ¿pueden los gametos ser considerados cosas? El interrogante no deja de presentar determinadas cuestiones.

En efecto, actualmente podemos encontrar dos posturas claramente diferenciadas en lo que a esta cuestión se refiere:

- En primer lugar están quienes incluyen a los gametos (y a las partes del cuerpo) como derecho personales. Consideran que el cuerpo en su integridad constituye el soporte de la persona humana, y que dado su carácter de bienes de la personalidad serían “portadores de rasgos físicos y psíquicos de la persona”. En este caso, no podríamos considerarlos cosas, y no caerían dentro del comercio, dado que al permanecer unidos a la persona “integran su sustrato físico y participan de su naturaleza”.<sup>4</sup>
- La segunda postura considera que los gametos, mientras se encuentren en el cuerpo humano, son considerados como parte de la persona; pero su tratamiento sería diferente una vez que los mismos se encuentran fuera del cuerpo humano, separados de él. Para esta concepción, las partes separadas del cuerpo o sus productos se convierten en una cosa, siendo por lo tanto susceptibles de generar derechos patrimoniales reales.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), traducido y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en 2010. Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS).

<sup>4</sup> Marrama, Silvia “Fecundación in vitro y Derecho: nuevos desafíos jurídicos”. Editorial: Dictum Edición: 1a. ed. Año: 2012.

<sup>5</sup> Para mayor información, ver: Mazen, N. “Reflexionsjuridiques sur le material génétique de l’homme”, en DRAL, M.- HARICHAUX, Bioéthique et Droit, Puf, Paris, 1998, p. 204 / Jiménez, P. “La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal”, Comares, Granada 2006, p. 343. / Edelman, Bernardo “Ni chose ni personne: le corps humain en question”, Hermann Philosophie, Paris, 2009, p. 57, al comentar el caso “Moore” resuelto por la Corte de California. Todos ellos citados por Bergel, Salvador Darío en su artículo ““Aportes para un estatuto de las partes separadas del cuerpo”, publicado en La Ley 2011- D, 844-DFyP 13/07/2011

Consideramos viable la segunda tesis. Darle a los gametos la naturaleza jurídica de “cosas” pareciera ser lo más razonable para el caso que los mismos se encuentren ya separados del cuerpo de la persona de la cual provienen, dado que si los mismos aún no se han desprendido de él, serían considerados sin lugar a dudas como derechos de la personalidad. No es este el caso de los donantes de espermatozoides y óvulos para los procesos de reproducción asistida: en efecto, en este contexto en particular, los gametos ya han dejado de formar parte del cuerpo del donante, aunque el mismo aún se reserva un derecho de propiedad sobre ellos.

Resulta necesario aclarar que el donante extrae estas “partes” de su cuerpo por su propia voluntad y mediante un consentimiento informado previo, no siendo forzado a hacerlo bajo ningún punto de vista. Al respecto, debemos tener en cuenta la definición que en su art. 2 nos da la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, que define al consentimiento informado previo como el “*permiso específico, informado y expreso que una persona da libremente para que sus datos genéticos sean recolectados, tratados, utilizados y conservados*”, agregando el art. 8 “*sin tratar de interferir en su decisión mediante incentivos económicos u otros beneficios personales*”. Esto no puede llegar a suceder en todos los casos; no podemos dejar de tener en cuenta la posibilidad de que exista una extracción de gametos forzada, o bien sin el consentimiento del titular de los gametos. El decreto 956/2013, más allá de los vacíos que presenta la legislación, tiene en cuenta este punto al sostener en el art. 8 (antepenúltimo párrafo) que “*Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el **consentimiento debidamente prestado por el donante***”.

Pilar Jiménez, a su vez, considera que las partes del cuerpo separadas del mismo constituyen cosas, pero las mismas no son de dominio público porque no pertenecen al Estado, ni a las Provincias ni a los pueblos, deduciéndose por ende que son *res nullius* o *res derelictae*, o sea de propiedad privada.<sup>6</sup> Podríamos considerar también la situación inversa: ¿cuál es el status jurídico de una cosa externa al cuerpo humano que se incorpora al mismo y pasa a formar parte de él (por ejemplo, piernas o brazos ortopédicos, *stents*, entre otros)? ¿Continúa siendo una cosa? La cuestión no deja de presentar opiniones divergentes entre aquellos que las consideran cosas que no pueden ser embargadas por la acción de los acreedores al ser de uso indispensable para quien las posee<sup>7</sup>, y entre los que sostienen que estas cosas devienen cuerpo humano por destino.<sup>8</sup>

El Código Civil, en su Libro Tercero Título I, sostiene en su art. 2311 que “*se llaman ‘cosas’ en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor*”.

Ello no deja de ser menor, por ejemplo, a la hora de contratar. En efecto, la donación de gametos constituiría desde este punto de vista un contrato legalmente válido, ya que según el art. 1169 del Código Civil “*la prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación*

---

<sup>6</sup> Pilar Jiménez, ob. cit. P.343

<sup>7</sup> Orgaz, Alfredo “Personas individuales”, 2da edición, Assandri, Córdoba; p. 130, nota 17.

<sup>8</sup> Cfr. Con interesantes matices: Cifuentes, Santos “Derechos personalísimos” p. 400; y las reflexiones de Bueres, Alberto J. “Responsabilidad civil de los médicos”, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p.236, nota 165.

*pecuniaria*". Como vemos, nuestro Código hace hincapié en este valor pecuniario que deben tener las cosas para ser consideradas tales.

Ahora bien, aunque como se ha dicho con anterioridad que los gametos pueden ser encuadrados dentro de la categoría de cosas, entendemos que dada su especial naturaleza y finalidad, como así también por el mero hecho de provenir de una persona humana, deben ser dispensados de un trato especial acorde a su dignidad, y a la de la persona en sí. Haciendo un análisis apresurado podría llegarse a la conclusión de que, al ser cosas y por ende sujetas al derecho de propiedad de la persona de quien provienen, el sujeto podría en principio ejercer sobre ellas todas las atribuciones del propietario sobre las cosas que le son propias (por ejemplo, hacerlos objeto de contratos). Sin embargo, dada la especial dignidad que esta tipo de cosas representa por el solo hecho de provenir de un ser humano y por su finalidad en sí, las hacen merecedoras de un trato especial, que en definitiva podría traducirse en limitaciones impuestas por el Estado (a través de la figura del legislador) a una disponibilidad amplia o excesiva, lo cual sería incompatible en función de su origen humano.<sup>9</sup>

El Código Civil, por su parte, también contempla la posibilidad de una restricción a partir de la cual algunas cosas podrían quedar excluidas del comercio. El art. 2336 establece que *"Están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública"*. El Código va más lejos aún al establecer, en su art. 2337, una distinción entre una inenajenabilidad relativa y una inenajenabilidad absoluta, referida ésta última a *"las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibida por la ley"* (inc.1). ¿Es este el caso de los gametos?

Creemos ver esta limitación en la exigencia de gratuidad establecida por el legislador en lo referido a la gratuidad de la donación de gametos, tema que será tratado más adelante.

Es decir, aún el supuesto de sostener que los gametos son cosas, son igualmente merecedores de una especial consideración y respeto por el sólo hecho de provenir de un ser humano y por su potencial posibilidad de generar una nueva persona, por lo que sería éticamente inaceptable que sirvieran a fines meramente comerciales.

La postura de considerar a los gametos como meros "productos mercantiles", llevada a un comercialismo extremo, podría terminar presentando consecuencias negativas. Un ejemplo de ellos es la responsabilidad solidaria que establece la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, que en su art. 40 establece que *"el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena"*. En el caso de la donación de gametos, si aplicáramos esta concepción extremista de considerarlos cosas con valor pecuniario, en el caso de una daño en el cuerpo de la persona receptora de los

---

<sup>9</sup> Ver en este sentido Pilar Jiménez, ob. cit. P.343, mencionada en el artículo de Bergel, Salvador Darío "Aportes para un estatuto de las partes separadas del cuerpo", publicado en La Ley 2011- D, 844-DFyP 13/07/2011

mismos en un proceso de reproducción asistida, podríamos tener como consecuencia desfavorable la extensión de la responsabilidad a todos aquellos partícipes del proceso, desde los donadores de los gametos utilizados, hasta los bancos receptores de los mismo, y del equipo médico interviniente.

Esta extensión de responsabilidad también ha sido contemplada por ciertos autores para el caso de la imposibilidad de determinar la filiación paterna para el caso de que el donante de espermatozoides sea anónimo, a partir de lo cual se permitiría hacer responsable al director del equipo profesional que interviene en las técnicas, o bien hacer responsable a cualquier actuante en las técnicas, a elección del demandante.<sup>10</sup> Desde ya, nos permitimos disentir con esta postura doctrinaria resulta así como con la eventual aplicación de la ley de defensa del consumidor para estos casos.

El decreto reglamentario 956/2013, regulador de la ley 26.862, nos da una solución al respecto. En efecto, en su art. 8, anteúltimo párrafo, dispone que *“la donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial”*. A partir de este articulado, no nos quedan dudas de la postura que ha tomado nuestro ordenamiento jurídico respecto de la gratuidad del acto. De ellos se deriva su propio nombre, al considerar al acto de otorgar gametos para estos procedimientos como una donación.

A nuestro entender, pareciera ser que efectivamente son cosas; aunque el hecho de que sean susceptibles de apreciación pecuniaria, no quiere decir que finalmente terminen siéndolo. Es decir, esta posibilidad que deben tener las cosas de que se les dé un valor económico debe seguir subsistiendo en los hechos para que las mismas sean consideradas tales, aunque para determinados casos la legislación lo restrinja. Esta restricción queda clara en la prohibición establecida por el legislador de comercializar o lucrar con este tipo de cosas en particular, estableciendo la gratuidad de la dación sin que el donante pueda percibir una retribución a cambio.

Las posturas que han tomado otros países acerca de la gratuidad han sido diversas.<sup>11</sup>

- Suecia: ley 11.409 sobre inseminación. Se infiere la gratuidad como elemento del contrato.
- Francia: se admite la donación de semen como un gesto solidario y bajo determinadas condiciones: los donantes permanecen en el anonimato y no reciben compensación pecuniaria alguna.
- España: La ley 14/2006 establece en su art. 5, inc. 3 que *“la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta”*.

---

<sup>10</sup> Artículo “¿Qué alcances tiene la responsabilidad civil que cabe a quienes realizan técnicas de fecundación artificial extracorpórea? Esbozo de una respuesta” por Marrama, Silvia [EDCrim, 245-1263].

<sup>11</sup> Artículo “Responsabilidad civil por la transmisión de enfermedades congénitas, genéticas, hereditarias, derivadas de las técnicas de reproducción asistida heteróloga” por López, Daniel Ricardo – Mortara, Silvia L. – Ricardone, María I.A.A. [ED 183-1392].

- Gran Bretaña: la compra venta de gametos o embriones humanos debe constituir un delito. La venta o compra de embriones y gametos humanos puede llevarse a cabo previa autorización del organismo para la concesión de licencias, y sujeto a sus condiciones.
- En el caso de Noruega, por ejemplo, la gratuidad no ha quedado establecida.

Como vemos, la mayoría de las legislaciones en el derecho comparado se muestran en consonancia con nuestro ordenamiento al sostener que el acto de otorgar gametos propios para la realización de un proceso de fertilización asistida debe ser hecho gratuitamente, sin percibir una retribución económica por dicha prestación. A nuestro entender, ello podría estar fundado en las siguientes cuestiones:

- a) El gameto (espermatozoide u óvulo) es un potencial generador de vida. En virtud del fin al que está supeditado, el hecho de otorgarle un valor económico a este acto redundaría en un materialismo a todas luces incompatible con su finalidad.
- b) Relacionado al punto anterior, no podemos dejar de destacar el fin altruista de quien dona sus gametos para estos procesos. La solidaridad que tiene presente el donante lo lleva, en la mayoría de los casos, a no querer exigir que se le otorgue nada a cambio.

Es necesario destacar que en otros países puede no ser así. En Estados Unidos, por ejemplo, la donación de espermatozoides y óvulos es netamente comercial y los fines con los que se realiza pueden ser varios, pero no necesariamente altruistas (tal es el caso, por ejemplo, de los estudiantes universitarios que se vuelven donantes para financiar de esta manera sus estudios). La American Society for Reproductive Medicine establece en sus lineamientos un tope de u\$s 5.000 por cada donación; sin embargo, en un artículo publicado en el *Hastings Center Report* en 2010 se pone en evidencia una violación a este tope, debido a la existencia de avisos universitarios en los cuales se ha llegado a ofrecer la cifra de u\$s 50.000 por óvulos dados para fecundación heteróloga. También se señala que el precio variaba según el nivel intelectual de los estudiantes destinatarios de los avisos, e incluso en algunos casos se ponían condiciones vinculadas con la apariencia y la etnia de las potenciales dadoras.<sup>12</sup>

### **¿Son responsables los donantes por los daños ocasionados a las personas concebidas? El caso de la transmisión de enfermedades**

Una vez analizadas estas cuestiones previas, se nos presenta un problema no menos relevante. Puede suceder que, en una donación de gametos, los espermatozoides u óvulos donados presenten ciertos defectos, como ser que su donador posea enfermedades genéticas o de otro tipo que puedan ser transmitidas al futuro embrión. En este caso, la pregunta que cabría hacer

---

<sup>12</sup> Ver al respecto: LEVINE, Aaron D., "Self-Regulation, Compensation, and the Ethical Recruitment of Oocyte Donors", *Hastings Center Report* 40, n. 2, (2010), pp. 25-36 [en línea], disponible en: <<http://www.thehastingscenter.org/Publications/HCR/Detail.aspx?id=4549>> [consulta: 9-05-10]. Artículo citado por Jorge Nicolás Lafferriere "Las técnicas de procreación artificial heterólogas...", art. cit.

es la siguiente: los donadores de gametos ¿tienen algún tipo de responsabilidad civil por la donación hecha? Y a partir de ellos, cabría también preguntarnos ¿podemos considerar responsable a alguien que solidariamente realizó un aporte sin obtener nada a cambio? ¿Y en el caso que hubiese obtenido alguna remuneración?

Nuestro ordenamiento jurídico vigente no contempla la responsabilidad que cabría imputarles a los padres y a los terceros intervinientes en la realización de técnicas de reproducción asistida, dado lo cual resulta necesario analizar el tema a la luz de los lineamientos generales de la responsabilidad civil.

Puede presentarse el caso, como se dijo con anterioridad, que el gameto provenga de una persona que posee una enfermedad genética transmisible, existiendo el peligro de que la misma sea transferida al eventual embrión. Hablaríamos en ese caso de un defecto oculto de la cosa, similar al régimen de vicios redhibitorios establecido por nuestro Código Civil. Pero no debemos olvidar que, como ya dijimos, el acto quedaría encuadrado como una donación en virtud de su gratuidad, por lo que el tratamiento respecto de los vicios ocultos que da nuestro Código sería el siguiente:

*Artículo 2164: Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que al haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella.*

*Artículo 2165: Las acciones que en este título se dan por los vicios redhibitorios de las cosas adquiridas, no comprenden a los adquirentes por título gratuito.*

Pareciera ser que no cabría entonces la posibilidad que el donatario (de gametos en este caso) pueda interponer acción alguna contra el donante por el vicio de la cosa donada en la medida en que, al tratarse de una donación, prima el concepto de “gratuidad” y se trata de una adquisición a título gratuito. Es decir, si el problema es enfocado desde este punto de vista e interpretando exegéticamente la cuestión, no habría posibilidad de reclamar a quien, teniendo una patología de este tipo donó sus gametos para concebir un embrión.

Es necesario, a nuestro entender, considerar si el donante tenía conocimiento de su enfermedad e igualmente decidió hacer la donación, o si por el contrario, desconocía estas circunstancias. Si el donante hubiere donado a sabiendas de su enfermedad, podría imputársele un obrar evidentemente doloso junto con el reclamo indemnizatorio de daños correspondiente<sup>13</sup>. En ese caso, será necesario probar que efectivamente la persona tenía conocimiento de su situación mediante amplios medios de prueba como, por ejemplo, accediendo a la historia clínica del donante.

Por el contrario, no parecería muy justo imputarle responsabilidad alguna a quien no sabía de su patología. Contrariamente a nuestra opinión, están quienes argumentan que, aún cuando el donante no conociera la enfermedad que transmitió, el hecho de donar semen para que se

---

<sup>13</sup> En coincidencia en este punto con la doctrina expuesta por Marrama, Silvia “¿Qué alcances tiene la responsabilidad civil...” art.cit.



practique con él una actividad riesgosa, lo estaría incluyendo también en la órbita de una responsabilidad objetiva (art. 1113 del Código Civil).<sup>14</sup>

Pero en el caso de ser portador de una enfermedad de este tipo, la persona concebida por medio de estas técnicas ¿tiene posibilidad de hacer algún tipo de reclamo por daños? Y en ese caso, ¿a quién?

La respuesta pareciera estar en los bancos almacenadores de gametos y en los equipos médicos que llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida. Es evidente que estos sujetos, intervinientes en los procesos de reproducción, deberían contar con los medios tecnológicos y científicos necesarios para determinar qué gametos son aptos para ser utilizados en las técnicas, y cuáles no lo son. Es indudable que la responsabilidad del equipo médico frente al nacido con este tipo de enfermedades. Tal como ha sido sostenido, el médico asume una obligación contractual generadora de responsabilidad frente al paciente en casos de mala praxis (arts. 502, 512, 902 y 909 del Código Civil), responsabilidad que no es ajena a los tratamientos de fertilización asistida, más aún cuando la misma es heteróloga. La exigencia de cumplir con el deber de informar, diagnosticar, y asesorar sobre los riesgos genéticos transmisibles alcanza una exigencia mayor, ya que el médico participa activamente en la procreación y, dato no menor, lo hace como experto.<sup>15</sup>

La responsabilidad de los médicos intervinientes no es sólo contractual (respecto de los pacientes, en este caso los padres, que acceden a este tipo de técnicas), sino también extracontractual en relación a la persona concebida a partir de este procedimiento. Creemos estar en estos casos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva, contemplada en el art. 1113 del Código Civil, que establece que:

*“La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.”* En efecto, la responsabilidad del médico radicaría en los daños que causaren las cosas de que se sirve (en este caso, los gametos), por sus riesgos o vicios.

Creemos también extensible la responsabilidad objetiva a los centros médicos y sanitarios de los cuales el equipo médico interviniente forma parte, con fundamento en lo contemplado en el art. 1113 (1er. Párrafo) del Código Civil respecto de la responsabilidad del principal por los hechos realizados por sus dependientes.

---

<sup>14</sup> López, Daniel Ricardo – Mortara, Silvia L. – Ricardone, María I.A.A., “Responsabilidad civil por la transmisión de enfermedades congénitas...” art.cit

<sup>15</sup> López, Daniel Ricardo – Mortara, Silvia L. – Ricardone, María I.A.A., “Responsabilidad civil por la transmisión de enfermedades congénitas...” art.cit. Ver también la referencia hecha allí mismo a lo establecido por las “II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil Y Seguros” (1992), donde se sostuvo la responsabilidad de los agentes biomédicos y los establecimientos sanitarios de responder frente a los padres del niño nacido con deficiencias por la utilización de gametos defectuosos.

Por ello, y con el fin de evitar ser responsables de un eventual daño a la persona concebida, es que deberían realizar las comprobaciones necesarias tendientes a asegurar que el donante de gametos no posee enfermedades genéticas transmisibles hereditariamente. En este punto, es necesario hacer una importante aclaración: tal como sostiene Zannoni, no se trata de seleccionar dadores con una finalidad eugenésica o racial (algo contrario a los principios de la ética) sino que lo que se buscaría en este caso sería evitar la utilización de gametos que, previsiblemente, podrán afectar la salud del nacido.<sup>16</sup>

La realización de exámenes previos sobre la persona del paciente como así también sobre los gametos extraídos, pareciera ser la vía ideal no sólo por el fin de evitar eventuales perjuicios para las personas concebidas mediante estos tratamientos, sino también para que las clínicas y bancos queden cubiertos frente a posibles reclamos posteriores de este tipo. Citando a George Marton: *“La prevención es el primer principio, no solamente de la represión penal, sino también de la represión civil”*.<sup>17</sup>

Por ejemplo, ante la posibilidad de contagio de SIDA a partir del semen donado, en Estados Unidos la American Fertility Society ha determinado que todas las muestras de semen congelado sean puestas en “cuarentena” durante 180 días y que el donante sea analizado para confirmar la ausencia de enfermedad en forma previa a la entrega de la muestra para su utilización.<sup>18</sup> Tal es el caso también de España, que autoriza la donación de gametos previo sometimiento a un examen psicofísico del que resulte la falta de padecimiento de enfermedades hereditarias, infecciosas o genéticas transmisibles, y el de Noruega, que admite la donación de espermatozoides solamente con examen físico previo.<sup>19</sup>

Como ejemplo ilustrativo, podemos mencionar el caso de la donación de sangre (muy común y apreciable a diario), que si bien guarda diferencias con la donación de gametos, no deja de ser parte del cuerpo, sumándole a ello la posibilidad de transmitir virus a los pacientes mediante las transfusiones sanguíneas realizadas a partir de su donación. Al respecto, ha sido sostenido determinada jurisprudencia que, una vez que la misma ha sido extraída del cuerpo humano, es encuadrada en la categoría de “cosa”<sup>20</sup> (en consonancia con la postura adoptada con anterioridad). Como consecuencia de ello, y frente a eventuales daños, el establecimiento que la recibe y distribuya respondería por el hecho de las cosas, ya sea por aplicación del art. 1113 del Código Civil<sup>21</sup>, o por la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor.<sup>22</sup>

---

<sup>16</sup>Zannoni, Eduardo A. “Derecho Civil – Derecho de Familia” Tomo 2, 3ra edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 515.

<sup>17</sup> Frase de George Marton, citado por Marcelo López Mesa en “Tratado de la Responsabilidad Civil” Tomo I, Ed. La Ley, 2004.

<sup>18</sup> Ver al respecto “Responsabilidad civil por la transmisión de enfermedades congénitas...” por López, Daniel Ricardo – Mortara, Silvia L. – Ricardone, María I.A.A. art.cit.

<sup>19</sup> López, Daniel Ricardo – Mortara, Silvia L. – Ricardone, María I.A.A., “Responsabilidad civil por la transmisión de enfermedades congénitas...” art.cit.

<sup>20</sup>CNCiv, Sala A “in re” “T.A. c/ Hospital General de Agudos s/ interrupción de prescripción” N° de sentencia 016987. Magistrados: Borda – Fermé – Ojea Quintana (en disidencal), 10/08/1999.

<sup>21</sup>CNCom, Sala B, 28/06/2002 La Ley, 2002-F, 563.

<sup>22</sup> SC Mendoza, Sala I, 11/10/2005, “R.O. y otros c/ Hospital Central y otros” LL Gran Cuyo 2006 (febrero), 64.

La exigencia de reparación de daños por transmisión de enfermedades cuenta con un tratamiento doctrinario amplio, pero comúnmente adaptado al marco de la relación hijo-padres, a partir de los reclamos indemnizatorios que podrían llegar a hacer los primeros. En este punto es necesario aclarar que en la concepción a partir de técnicas de reproducción asistida, no sólo hay una relación entre padres e hijos (como si sucedería en los casos de concepción natural), sino que en el proceso es necesaria la intervención de otros sujetos, como los donantes, los bancos receptoras y las clínicas y equipos médicos encargados de su realización. Respecto de los donantes, ha sido y continúa siendo muy discutido el hecho de poder imputarles algún tipo de responsabilidad filiatoria por el hecho de que su gameto ha sido el que ha dado vida al embrión, tema que es ajeno al fin de nuestro trabajo.

No podemos, sin embargo, dejar de mencionar cierta doctrina en la cual esta cuestión es analizada (aunque, como dijimos con anterioridad, en ella se haga referencia a la responsabilidad proveniente de la relación “padres-hijo”).

Tal como sostiene Makianich de Basset *“las tareas hereditarias deben quedar al margen de la responsabilidad civil de los padres, en tanto la ciencia no ponga a su disposición la posibilidad de poder eludir la transmisión por herencia de las malformaciones o disfunciones, sin necesidad de abortar o abstenerse de procrear”*. Guillermina Sosa<sup>23</sup>, por su parte, adhiere a la postura tomado por doctrinarios como Sambrizzi, Zannoni y Tobías, afirmando que sostener la procedencia de una reparación en estos casos supone restringir el derecho inalienable del hombre a formar una familia, reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros Pactos y Tratados de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994<sup>24</sup> Por el contrario, no podemos dejar de mencionar, a la vez, la existencia de aquella postura doctrinaria que sostiene que cuando los progenitores, sabiendo que que padecen una enfermedad grave conciben hijos transmitiéndosela (lo que deriva en taras o olencias severas) serían responsables frente a ellos.<sup>25</sup>

Las citas anteriores hacen referencia específicamente a la responsabilidad de los padres respecto de las enfermedades transmitidas a sus hijos.

¿Podríamos extender estos conceptos a los donadores de gametos? En este caso, si bien no podemos decir que los donantes son propiamente de “padres” (el tema es susceptible de un desarrollo más amplio, ajeno a la finalidad de este artículo), son sujetos cuyo aporte es necesario para llevar a cabo el proceso, debiendo por ende quedar encuadrados dentro de este concepto.

---

<sup>23</sup> Sosa, Guillermina L. “Derecho de familia y responsabilidad civil. Novedades nacionales y extranjeras y una difícil compatibilización de principios”. Publicado por La Ley Thomson Reuters, Suplemento Actualidad, 06/12/2011.

<sup>24</sup> Ver también el art. 23. Inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Políticos, que no condiciona el derecho a fundar una familia al hecho de descartar cualquier posibilidad de tara hereditaria.

<sup>25</sup> López, Daniel Ricardo – Mortara, Silvia L. – Ricardone, María I.A.A., “Responsabilidad civil por la transmisión de enfermedades congénitas...” art.cit., que a su vez indican necesario remitirse al despacho que resultó mayoritario en la Comisión Nro. 2 de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil

En definitiva, lo que deberíamos ponderar es el derecho a la vida. Como sostiene Sosa<sup>26</sup>, ***“sin la posibilidad de haber nacido, no habría nada que reparar”***.

---

<sup>26</sup> Sosa, Guillermina. Art.cit.