

REVISTA DE REVISTAS

Derecho civil **188**

Pero hay aún más, se toca también, a propósito de la dignidad de la persona, un punto toral en la discusión de la eficacia de los derechos humanos: la cultura jurídica de tal tipo de derechos, indispensable para crear conciencia de qué son y cómo se protegen tales derechos "el cambio del *medium* social debe llevarse al cabo como consabido crecimiento cultural de los individuos que lo componen".

El cuarto punto de interés que aborda la autora, y al cual le pondría objeción, es el relativo a la creación de lo que ella denomina "catálogo de los derechos derivados", construcción que realiza a partir de una clasificación, quiero entender de propio cuño, entre derechos "que provienen del derecho natural" (sic) y los "creados o constituidos por el ordenamiento jurídico-positivo y que son derivaciones de los primeros pudiéndoseles llamar 'derechos humanos derivados'...", quizá y no obstante el buen desarrollo de las construcciones y el argumento que vierte hasta este punto, la categorización entre derechos humanos y derechos fundamentales ya completamente aceptada por la doctrina constitucionalista (Gomes Canothilo, Peces-Barba, y la doctrina germana principalmente) no fue considerada por la autora, sin embargo, no deja de ser loable esa propuesta que, a mi ver, más que de derechos por ella llamados derivados, debe tratar de los humanos fundamentales, los cuales están obligados a cumplir en su contenido esencial los operadores jurídicos.

En el mismo sentido, es plausible la propuesta de crear un "manual del ciudadano", básico para poder dar puntual cumplimiento a la labor de crear una cultura jurídica de los derechos humanos.

María del Pilar HERNÁNDEZ MARTÍNEZ

DERECHO CIVIL

BANCHIO, Enrique Carlos, "Estatus jurídico del *nasciturus* en la procreación asistida", *Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba, Argentina, t. XXIX, 1990, pp. 431-454.

Opina el autor de este comentario que el prodigioso avance logrado por la biomedicina, la ingeniería genética y demás ramas afines, han alterado sustancialmente los principios tradicionales de la legislación familiar, especialmente la institución jurídica de la filiación.

El derecho civil ante esta nueva fenomenología se ha demostrado como el área menos dinámica del conocimiento jurídico afrontando el

peligro de quedar retrasado en su readaptación futura como un simple instrumento desactualizado. Ello traería consigo el inevitable vacío legislativo.

En varios países se encuentran trabajando comisiones especiales creadas con el fin de analizar las nuevas figuras jurídicas generadas por el incontenible avance de la ciencia. Estas comisiones deberán proponer las medidas que consideren más adecuadas para estos fines específicos.

Opina el autor que los esquemas legislativos que resulten aconsejables*deben considerar especialmente los valores éticos que permitan asegurar plenamente la dignidad humana.

Las nuevas técnicas han originado situaciones legales muy conflictivas, en especial en los casos de inseminación heteróloga por los conflictos de paternidad que pueden generarse; que serán mayores aun en la inseminación *in vitro* cuando hay una mujer que aporta el óvulo y otra que se encarga de gestarlo.

Los códigos civiles, en general, protegen la vida del que está por nacer. Cita el autor, al respecto, el artículo 63 del código civil argentino que define al *nasciturus* como "aquel que no habiendo nacido se encuentra concebido en el seno materno", de lo cual deduce, que queda excluido de la protección legal el óvulo fecundado *in vitro* por encontrarse privado "del natural albergue del seno materno" exponiéndole hasta con el desconocimiento de su derecho a nacer. Para evitarlo propone efectuar cuanto antes un prolijo y serio estudio sobre el "estatus biológico del *nasciturus*".

Según las enseñanzas de la biogenética, dice el autor, el origen vital del ser humano se inicia en una sola célula (cigoto) que en su fusión con la célula germinal (gameto) da lugar a la formación del individuo. Y, cabe preguntarse, agrega: ¿cuándo empieza la vida humana y cuándo la vida que empieza es humana?

La vida humana comenzaría dice, en el momento de la fecundación. Si se trata de fecundación *in vitro* ¿cuándo se le puede considerar humana?

Citando estudios realizados por la Comunidad de Naciones Europeas en 1986, se habría llegado a la siguiente conclusión: para determinar el estatus biológico embrionario en la fecundación *in vitro* debe considerarse que el proceso de implantación del óvulo dura catorce días. En consecuencia, el proceso finalizaría al término de dicho lapso.

Antes del término de catorce días sería un "preembrión" transformándose en "embrión" después de ese lapso.

El embrión propiamente dicho, continuando la fase anterior de catorce días, va dando origen a la "organogénesis" o formación de los órganos humanos, proceso que demora aproximadamente dos meses y medio contados desde la implantación del óvulo.

Después de este lapso la biología reserva el nombre de "feto" a la fase posterior y más avanzada del desarrollo del *nasciturus*.

Tribunales europeos, como el Constitucional de la República Federal Alemana han resuelto que la vida humana existe desde el decimocuarto día, siguiente a la fecundación (sentencia de 25 de febrero de 1975).

El Tribunal Constitucional de España el 11 de abril de 1985 resolvió que la vida del *nasciturus* es un bien jurídico protegido por el artículo 15 de la Constitución española. Sin embargo dispuso que esta protección no puede revestir un carácter absoluto frente al derecho de "intimidad" de la madre, por lo cual considera al aborto un derecho subjetivo de ella.

En Estados Unidos de América el Tribunal Supremo Federal el 21 de enero de 1973 resolvió que el derecho a la intimidad es suficientemente amplio y permite a la mujer dar fin, si lo desea, a su estado de embarazo, independientemente de que sea casada o soltera.

Conforme a estas decisiones anota el autor, los tribunales privilegian el derecho de intimidad de la madre sobre el derecho a la vida del *nasciturus* dentro de los primeros tres meses de embarazo. Pasado este lapso y hasta el sexto mes debe intervenir la autoridad sanitaria. A partir de esta última etapa la decisión queda entregada a las autoridades.

Apunta el autor que Reagan en sus declaraciones en contra del aborto, después de conocer estas sentencias, opinaba que el lugar donde más peligraba la vida humana es en el claustro materno.

Del estudio comparado de la jurisprudencia, concluye el autor, para determinar desde cuándo comienza el estatus de la vida humana habría que aceptar que lo es "desde la concepción" por ser esa la conclusión a que ha llegado la genética moderna. La vida es un proceso continuo dentro del cual es *nasciturus* debe recorrer diversos estadios de su propia evolución, termina diciendo el autor.

Se pregunta si puede considerarse al *nasciturus* como parte integrante del organismo materno. El autor opina que no constituye una identidad biológica con la madre y lo prueba, dice, la fecundación *in vitro*, donde el ser puede desarrollarse fuera del seno materno.

Cita el autor varias legislaciones que consideran la concepción como principio de la vida humana. El Código Civil peruano de 1984

dispone que la vida humana comienza con la concepción. Norma análoga establece el artículo 28 del Código Civil paraguayo de 1986, de lo cual se desprendería, según el autor, que entre el *nasciturus* y la persona ya nacida existiría una verdadera paridad ontológica. Sería el mismo ser en dos momentos distintos de su continuo devenir, se iniciaría con la concepción y terminaría con la muerte.

Dispone el artículo 70 del Código Civil argentino que la existencia de la criatura por nacer comienza desde la concepción en el seno materno. Otras legislaciones lo ubican dentro de la teoría de la ficción de Savigny, que lo finge nacido para los efectos de reservarle determinados derechos bajo condición suspensiva, a la espera de su nacimiento.

El Código Civil argentino consideraría al *nasciturus* como sujeto actual de derechos al disponer que su existencia comienza desde la concepción. Sin embargo estas disposiciones “no encajarían” en los actuales sistemas como ocurre con la fecundación *in vitro* donde la existencia empieza fuera del seno materno. No coincide su personalidad con la concepción. Ésta sólo se iniciaría desde la implantación en el seno materno, del embrión fecundado.

Reafirmarían esta tesis, entre otros, los siguientes precedentes: el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que el derecho a la vida debe protegerse desde el momento de la concepción; la Ley de Filiación y Patria Potestad argentina dispone que el comienzo de la Patria Potestad se produce desde la concepción, sin considerar si la criatura ha sido engendrada dentro o fuera del seno materno; en la Constitución de la Provincia argentina de Córdoba se establece que: “La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de las personas son inviolables, su respeto y protección es deber de la comunidad y en especial de los poderes públicos”.

El autor resume su trabajo en las siguientes conclusiones: El hombre tiene hoy en sus manos el poder de control sobre la evolución genética al trasladar su reproducción del hogar al laboratorio.

Los derechos inalienables del concebido, reclaman un reconocimiento y una efectiva protección que lo resguarden de un pragmatismo inspirado en una concepción deshumanizada de la ciencia, que ha inducido a prácticas denigrantes, tales como producir embriones humanos destinados a ser utilizados como material biológico disponible y descartable; tentativas de hibridación a través del cruzamiento con gametos de animales; gestación de embriones humanos con animales; clonación, partenogénesis, intervención sobre el patrimonio cromosómico o genético con

el fin de obtener seres humanos seleccionados, según sexo y otras calidades, crioconservación de embriones con miras a futuras implantaciones, etcétera.

Termina diciendo que:

Se requiere, para evitar indeseables consecuencias, la intervención del legislador dentro de un régimen de libertad, que deberá inspirarse en los principios fundantes de la naturaleza del hombre, debiendo exaltarse la dignidad de la persona humana, por tratarse ésta de un fin y no de un medio.

Lisandro CRUZ PONCE

MONTES, Ángel Cristóbal, "El daño moral contractual", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, núm. 1, enero de 1990, pp. 2-12.

Inicialmente la jurisprudencia y la legislación, en forma casi unánime limitaban el pago de indemnizaciones por responsabilidad aquiliana, a la simple reparación de los daños y perjuicios materiales ocasionados a los afectados.

Posteriormente se fue extendiendo tímidamente el ámbito de las indemnizaciones en materia extracontractual a la reparación del daño moral que el autor califica:

como el que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etcétera) es decir el que implica quebranto, privación, o vulneración de esa categoría de bienes incorpóreales cuya tutela cobijamos bajo la categoría jurídica de derechos de la personalidad.

La característica esencial del daño moral es su sustancia no patrimonial, que no permite, según sus impugnadores, hacer una estimación en dinero de los daños y perjuicios que ocasione a la víctima o a terceros, por ser invaluable los bienes materiales. El autor opina, en cambio, que también debe indemnizarse el daño moral que ocasione el deudor contractual que incumple las obligaciones convenidas. Argumenta que si se acepta el pago de esta indemnización en la culpa aquilina, no vé la razón por la cual deba excluirse al que infringe una relación previamente convenida. El incumplimiento, agrega, le obligaría al pago de las indemnizaciones tanto patrimonia-

les como las que se causen en violación de los denominados derechos de la personalidad.

En apoyo de su tesis, cita el autor la opinión de Álvarez Vigaray ("Responsabilidad por daño moral", *Anuario de derecho civil*, 1966) quien opina que no son acertadas las afirmaciones que hacen los que sostienen que las obligaciones sólo deben tener por objeto una prestación de naturaleza material y su incumplimiento sólo puede producir daños patrimoniales, dejando fuera de la relación jurídica los intereses y bienes morales.

Las opiniones en contra de esta pretensión son numerosas, y el autor, entre ellas, cita la de Scognamiglio ("Il danno morale" *Rivista de diritto civil*, 1957) quien afirma que el daño moral sólo es el dolor ocasionado por el quebranto de un bien de la personalidad y por esta razón, no pueden existir daños morales contractuales. "El incumplimiento de una obligación, no es un acontecimiento idóneo para provocar en el acreedor, dice Scognamiglio, situaciones de dolor y aflicción".

En respuesta a estas opiniones negativas, el autor da los siguientes ejemplos: a) Mandatario que incumple el encargo de renovar el arrendamiento de un nicho y da lugar a que los restos de un difunto sean lanzados a la fosa común; b) Cirujano que ocasiona lesiones y cicatrices que podían haberse evitado mediante la utilización de técnicas adecuadas, o que olvida en el cuerpo del paciente un objeto del instrumental empleado, y provoca una nueva operación; c) Transportista que por conducir imprudentemente causa un accidente que ocasiona lesiones o incluso la muerte del viajero; d) Comerciante que sufre quebranto en su buen nombre profesional al no recibir los objetos que había asegurado entregar a un cliente; e) Enfermo que ve agravada su dolencia porque en forma negligente se pierden unos medicamentos escasos y de muy difícil obtención; f) Causar dolor o sufrimiento a los parientes de la víctima ante el incumplimiento de las obligaciones profesionales contraídas por un cirujano, o daños semejantes ocasionados por el incumplimiento de un constructor, un educador o un transportista.

Dice el autor:

sirva al respecto el socorrido ejemplo que desde Windscheid se viene utilizando, del arrendador que se hace prometer del inquilino que no tocará el piano. La prestación es patrimonial (el no tocar el piano permitirá exigir mayor renta a los demás inquilinos) por lo que su violación

ocasionará un daño patrimonial contractual que deberá ser resarcido, pero además la prestación de no hacer del arrendatario, puede haber sido contemplada como deseable por el arrendador por el interés no patrimonial de éste a no ser molestado, a estar tranquilo, a no ver alterados sus nervios (la prestación negativa del inquilino dice gráficamente de Cupis es también apta para hacer surgir en la persona del acreedor un estado de bienestar neuropsíquico) y en consecuencia su violación originará un daño moral en cuanto se vulnera un interés no patrimonial del acreedor tomando en cuenta que deberá ser también objeto de resarcimiento.

Según el autor, el Tribunal Supremo ha sido reacio a dar entrada al resarcimiento del daño moral contractual. No obstante, cree ver un cambio de criterio sobre esta materia. En sentencia del 9 de mayo de 1984 condenó a la compañía telefónica a resarcir el daño causado a un abogado, en su nombradía profesional, fama y prestigio al no insertar su nombre en la guía del servicio telefónico.

La verdad es que si ha sido difícil considerar el daño moral en la culpa aquiliana más difícil será aceptarla en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, cuando el hecho del incumplimiento sea imputable al deudor.

El fallo del Tribunal Supremo, termina diciendo el autor, es interesante porque acoge la indemnización del daño moral contractual mediante la plena equiparación que hace entre éste y el daño moral extracontractual. Es un reconocimiento jurisprudencial a la procedencia de la indemnización del daño moral en la realización de un hecho ilícito que proviene del incumplimiento de una obligación contractualmente convenida:

Limitativamente la legislación mexicana considera un caso especial sobre la materia. La ley sanciona el incumplimiento de un contrato especial obligando al infractor a pagar al otro los daños materiales y morales ocasionados con motivo de su retractación.

Nos referimos al contrato de esponsales, que consignan los artículos 139 a 145 del Código Civil del Distrito Federal, que condenan al contratante que incumple su compromiso, por las causas que allí se señalan, a indemnizar al otro los daños patrimoniales y morales que le hubiere causado por su incumplimiento. Dispone el artículo 143:

El que sin causa grave a juicio del juez rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso, una indemnización a título de reparación moral cuando la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente.

La indemnización será prudentemente fijada en cada caso por el juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente.

Puede considerarse, hasta cierto punto, que en Canadá los tribunales han acordado indemnizaciones por daño moral contractual, en sentencias dictadas en contra de médicos que han efectuado actuaciones desafortunadas en el ejercicio de su profesión. En sentencia dictada por la Suprema Corte el 20 de mayo de 1936, se resolvió que el régimen jurídico de los médicos descansa en el contrato médico que se forma entre el profesional y el cliente, de modo que la violación aún involuntaria de las obligaciones contractuales deben sancionarse con las normas existentes sobre responsabilidades de la misma naturaleza, o sea igualmente contractuales. Desestimó en esta oportunidad el Tribunal Supremo la opinión que sustentaban sobre esta materia lo autores franceses Aubry et Rau que fundamentaban la responsabilidad de los médicos, en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil Francés, ubicados en el capítulo de la Responsabilidad Civil, o sea de los delitos y cuasi delitos. (Gerard Memeteaud, *La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois*, Montreal, 1990, pp. 12 y 13.)

El magistrado canadiense Rene Latarte en las páginas 59 a 61 de la *Revue Generale de Droit*, Ottawa 1987, vol. 18, núm. 1, reconoce que los tribunales han acordado indemnizaciones por daños materiales y morales, al pago de sumas muy elevadas, algunas superiores a seis millones de dólares.

Lisandro CRUZ PONCE