

CAPÍTULO VIII

RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR DAÑOS A LA SALUD DE LOS HIJOS EN LA PROCREACIÓN NATURAL

La jurisprudencia italiana, norteamericana y canadiense

por GRACIELA MEDINA e IRENE HOOFT

I. Planteo del problema	293
II. La antijuridicidad	303
III. El daño	308
IV. Transmisión de enfermedades: jurisprudencia	312
1. Italia	312
A) Fallo del Tribunal de Piacenza (1950).	312
a) Los hechos	312
b) La solución del tribunal	312
B) Fallo del Tribunal de Verona (1990)	313
2. Francia	315
3. La tesis que no admite la responsabilidad por el acto procreacional	315
4. La tesis que admite la responsabilidad por el acto procreacional	318
V. Jurisprudencia	320
1. Estados Unidos	321
A) Suprema Corte de Illinois, "Stallman vs. Youngquist" (1988)	321
a) Antecedentes	321
b) La decisión del tribunal	323
B) Suprema Corte de New Hampshire, "Bonte vs. Bonte" (1992)	324
C) Suprema Corte de Illinois, "Cates vs. Cates" (1993)	325
D) Corte de Apelación de Illinois, "Cullotta vs. Cullotta (administrator of the Estate of Shelley Cullotta, deceased)" (1997)	325
E) <i>Parental immunity doctrine</i>	327

2. Reino Unido.....	329
3. Canadá.....	329
A) Suprema Corte de Canadá, “Dobson (Litigation Guardian of) vs. Dobson” (1999)	329
a) Antecedentes.....	329
b) La decisión del tribunal	331
4. La opinión de Makianich de Basset.....	333
VI. Nuestra opinión.....	335
1. Clasificación de las enfermedades del embrión	335
2. Conclusión.....	344
VII. Opinión de jornadas y congresos	354
1. Jornadas de Derecho Civil. Familia y Sucesiones, en homenaje a la doctora Maria Josefa Méndez Costa (Santa Fe, 1990).....	354
2. XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1991).....	354
3. II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (1992).....	355

CAPÍTULO VIII

**RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES
POR DAÑOS A LA SALUD DE LOS HIJOS
EN LA PROCREACIÓN NATURAL**

**La jurisprudencia italiana,
norteamericana y canadiense**

por GRACIELA MEDINA e IRENE HOOFT

SUMARIO: I. Planteo del problema. II. La antijuridicidad. III. El daño. IV. Transmisión de enfermedades: jurisprudencia. 1. Italia. A) Fallo del Tribunal de Piacenza (1950). B) Fallo del Tribunal de Verona (1990). 2. Francia. 3. La tesis que no admite la responsabilidad por el acto procreacional. 4. La tesis que admite la responsabilidad por el acto procreacional. V. Jurisprudencia. 1. Estados Unidos. A) Suprema Corte de Illinois, "Stallman vs. Youngquist" (1988). B) Suprema Corte de New Hampshire, "Bonte vs. Bonte" (1992). C) Suprema Corte de Illinois, "Cates vs. Cates" (1993). D) Corte de Apelación de Illinois, "Cullotta vs. Cullotta (administrator of the Estate of Shelley Cullotta, deceased)" (1997). E) *Parental immunity doctrine*. 2. Reino Unido. 3. Canadá. A) Suprema Corte de Canadá, "Dobson (Litigation Guardian of) vs. Dobson" (1999). 4. La opinión de Makianich de Basset. VI. Nuestra opinión. 1. Clasificación de las enfermedades del embrión. 2. Conclusión. VII. Opinión de congresos y jornadas. 1. Jornadas de Derecho Civil. Familia y Sucesiones, en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa (Santa Fe, 1990). 2. XIII Jornadas de Derecho Civil (Buenos Aires, 1991). 3. II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (1992).

I. Planteo del problema

La temática a abordar en el presente gira en torno a la viabilidad del deber de resarcir de los progenitores por los daños a la salud del

hijo, en el marco de la concepción natural. Quedan comprendidos en ésta no sólo los supuestos de transmisión de enfermedades hereditarias o infecciosas sino también aquellos casos en los cuales el desarrollo de la enfermedad en el futuro hijo es originado por la conducta culposa o dolosa de sus padres.

Si bien la transmisión y/o causación de enfermedades constituye un problema tan antiguo como el hombre, en la actualidad se observa su novedosa y renovada consideración ante la eventual atribución de responsabilidad. Los años transcurridos desde el surgimiento de los primeros planteos e inquietudes al respecto no han evitado que continúe, aun hoy, siendo un ámbito harto conflictivo y discutido por los especialistas. No obstante, la gran explosión experimentada en la temática de la responsabilidad civil en general, a la cual no se han mantenido ajenos los supuestos mentados, ha de reconocerse que los estudios profundizados dedicados por la doctrina han sido escasos, en comparación a las demás hipótesis del denominado “Derecho de Daños”, a lo que se suma, en nuestro país, la ausencia de precedentes jurisprudenciales que se hayan pronunciado en uno u otro sentido.

Su análisis ha de intentar abarcar los diversos aspectos involucrados en la responsabilidad de padres frente a hijos, sin desconocer que su desarrollo exhaustivo excede el marco de este trabajo, y que muchas cuestiones habrán de ir surgiendo con el tiempo y el progreso de las discusiones.

El primer obstáculo a sortear está dado por los cuestionamientos planteados respecto de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia¹. Del estudio pormenorizado de las diversas posturas doctrinales y fallos dictados ante el reclamo impetrado por un miembro de una familia contra otro de sus integrantes, con motivo de la violación o insatisfacción de derechos-deberes familiares, se advierte la evolución operada en la materia.

Hoy en día, se entiende mayoritariamente que la negativa a toda posibilidad de aplicar los criterios propios de la responsabilidad civil

¹ Sobre el punto: ver ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Cuestiones de responsabilidad civil en el Derecho de Familia*, en L. L. 1991-A-950 y ss.; MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., *Familia y responsabilidad civil*, en E. D. 139-845 y ss.

dentro del ámbito familiar, que fuera sostenida en otros tiempos, evidentemente resiente la justicia y conduce no sólo a la impunidad del autor del daño sino a una inicua falta de tutela jurídica para el damnificado². Paulatinamente, los criterios de antaño se han ido modificando, llegándose a afirmar, incluso, que el daño ocasionado por un miembro de la familia a otro, lejos de merecer una situación privilegiada, debe constituir un agravante³.

Ya en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, celebradas en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa en Santa Fe, en el año 1990, la Comisión N° 1 sostuvo por mayoría, en opinión que compartimos, que “la responsabilidad civil en las relaciones de familia está sometida a las reglas generales del sistema”. Ello sin dejar de mencionar que “los criterios de aplicación deben tomar en cuenta las características del mismo, vinculándolas con los intereses superiores en la constitución de una familia y en su estabilidad, y con el sentimiento de justicia de la comunidad”⁴. En suma, sin desmedro de la exigencia de ponderar cuidadosamente las distintas situaciones que pudieren presentarse, se ha hecho hincapié en que la relación de familia no puede implicar un valladar inexorable para los reclamos indemnizatorios de quienes, antes bien que integrantes de ella, son personas⁵.

Sentado ello, hemos de abocarnos de lleno al tratamiento del tema propuesto, el cual podríamos denominar bajo el rótulo genérico de “daño procreacional”.

Vale remarcar aquí la indudable repercusión que ha generado la transformación producida en las ciencias médicas y la biología durante el transcurso del siglo pasado. Las ciencias biomédicas⁶ han ido am-

² MAKIANICH DE BASSET, ob. cit. en nota 1.

³ MOSSET ITURRASPE, *Los daños emergentes del divorcio* cit., N° 111.

⁴ Adhirieron a ello: Andorno, Giangreco, Velazco, Medina, Kemelmajer de Carlucci, Pérez de Morales, Deppeler, Brebbia, Duchowna, Palacio, Alterini, López Cabana, Lloveras de Resk, Saux, Mosset Iturraspe, Plovanich. Por la exclusión de la aplicación de los principios generales de responsabilidad en instituciones propias del Derecho de Familia (matrimonio, divorcio, filiación) se pronunciaron: Pettigiani, Di Lella y Borda.

⁵ ALTERINI y LÓPEZ CABANA, ob. cit. en nota 1, p. 955.

⁶ Denominación que, al decir de Carlos María Romeo Casabona, incluye la medicina, la biología y otras ciencias afines que tienen como objeto de estudio la vida

pliando, en un proceso de aceleración difícil de seguir, sus implicancias para el ser humano individual y la colectividad⁷.

De las tres revoluciones científicas y tecnológicas más trascendentes que tuvieron lugar durante el siglo XX⁸, a saber, el desarrollo de la energía atómica, la informática y la ingeniería genética⁹, es quizás esta última la que mayor incidencia actual y futura habrá de tener en nuestras vidas¹⁰. El extraordinario desarrollo experimentado por la ingeniería genética y su íntima relación con las ciencias biomédicas –entre las cuales cabe mencionar la genética clínica¹¹– nos han abierto una inmensa puerta a un área del conocimiento hasta no hace demasiado tiempo insospechada. No sólo se ha hecho posible el conocimiento

y la salud del ser humano, tanto en cuanto permiten explicar la primera en su origen y en su final, como cuanto inciden en cualquier fase del proceso natural de ambas. También son denominadas bajo el rótulo “ciencias de la vida (y de la salud)”; ver obra del autor citado *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, N° 1.

⁷ ROMEO CASABONA, ob. cit. en nota 6, p. 3.

⁸ Acerca del gran impacto tecnológico en el campo de la responsabilidad civil: véase MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela Nora, *La responsabilidad derivada de la biotecnología*, en el libro de ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M. (dirs.), *La responsabilidad*, en homenaje al Prof. Dr. Isidoro H. Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 189 y ss.

⁹ Una descripción sobre la importancia económica puede verse en MEDINA, Graciela, *Cuestiones jurídicas que suscita el genoma humano (en especial su patentamiento)*, en L. L. del 15-4-94. Un panorama sobre el desarrollo biotecnológico y la genética humana puede verse en ESTRADA DE VAN DER POEL, Paula Andre, *El desarrollo biotecnológico en materia de genética humana*, en VV. AA., *Bioética, sociedad y Derecho*, Instituto Dr. Ambrosio L. Gioja, UBA, Lema Editora, Buenos Aires, 1995, ps. 39 y ss.

¹⁰ TORRES, Juan Manuel, *Test genético, medicina génica y la evolución del concepto de salud*, en VV. AA., *Bioética y genética*, Cátedra Unesco de Bioética (UBA), org. por Salvador D. Bergel y José M. Cantu, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 365.

¹¹ La “genética clínica” ha sido definida como la disciplina médica que se ocupa de las enfermedades causadas por factores genéticos que pueden producir alteraciones cromosómicas, enfermedades génicas o multifactoriales. Véase: PENCHASZADEH, Víctor B. (Prof. de Pediatría y Genética A, Einstein College of Medicine, New York. Jefe de Genética Médica, Beth Israel Medical Center, New York), *Aspectos éticos en genética clínica*, publ. en los *Cuadernos del Programa Regional de Bioética*, vol. 2, OPS-OMS, abril de 1996, p. 106.

del *pool* genético, tanto de los individuos como de los grupos sociales, permitiendo la toma de decisiones con el fin de evitar una descendencia con graves riesgos de malformaciones, sino que también han surgido las denominadas terapias génicas, con la consecuente implementación de tratamientos para su superación y la posibilidad de corregir las posibles deficiencias en las personas afectadas. Lo antedicho lo es sin desmedro de resaltar la brecha aún existente entre los rápidos y vertiginosos avances diagnósticos y predictivos de enfermedades, y los más lentos progresos a nivel terapéutico¹².

Respecto al primer aspecto apuntado, los test genéticos constituyen un instrumento de acceso directo al conocimiento del genoma de las personas¹³, los cuales van dirigidos a detectar las formas más frecuentes de aquellos genes que son causa de enfermedades denominadas hereditarias, o condiciones de enfermedades multifactoriales, como así también nos revelan la presencia de información genética que tiene un origen foráneo, como en los supuestos de infecciones virales. Entre ellos, cabe computar los que nos permiten detectar la fibrosis quística, Corea de Huntington, hipercolestoremia primaria, Tay-Sachs, anemia falciforme, enfermedad de Alzheimer, ataxias, algunas hemoglobino-patías, infecciones virales en general, hepatitis, HIV, entre otras¹⁴.

¹² Ello ha llevado al planteo ético acerca de la conveniencia de utilizar los recursos diagnósticos cuando, en la actualidad, aún no hay ningún beneficio preventivo o terapéutico. Se remarca la priorización del principio de autonomía, debiendo preservarse la ausencia de presiones o coerciones en la toma de la decisión de someterse al análisis genético, como también en el eventual respeto a la decisión que en base a sus resultados adopten los posibles futuros padres.

¹³ WILLIAMSON, R., *Universal community carrier screening for cystic fibrosis*, Nature Genetics, 1993, 3, 195-201, cit. por TORRES, ob. cit. en nota 10, p. 366; MEDINA, Graciela, *Eugenesia. Necesidad de límites a las técnicas de diagnóstico prenatal. Técnicas preimplantatorias y terapias génicas*, en J. A. 1995-1-785.

¹⁴ Hoy en día, los instrumentos de ingeniería genética pueden utilizarse para diagnosticar en los genes enfermedades genéticas, directa o indirectamente, en cualquier estado de desarrollo de un ser humano, desde el momento de su concepción, e inclusive en las células germinales. Por consiguiente, pueden aplicarse las técnicas de ingeniería genética a manipulaciones del genoma humano para obtener una modificación duradera de este último. Ver sobre el tema: MEDINA, *Eugenesia...* cit.; Juan Manuel Torres, en su obra ya citada -Nº 10-, expresa que el test genético posibilita la detección de mutaciones genéticas específicas que hacen imposible la síntesis de una enzima o proteína eficiente por parte de la maquinaria celular y por

La llamada medicina de transferencia génica permite la modificación directa del genoma, esto es, la introducción de cambios en el patrimonio genético heredado. Huelga aclarar que la misma todavía es medicina de investigación¹⁵, ya que ningún protocolo médico génico puede aún considerarse como un tratamiento efectivo en un ciento por ciento¹⁶.

Lo expuesto tiene por objeto poner de resalto que el desarrollo de la genética y el conocimiento que ella nos brinda, enfrentan al sujeto con la trascendente decisión de procrear cuando existen riesgos de transmitir enfermedades a su prole, e incluso, producida ya la concepción, optar por la eventual intervención del embrión a fin de prevenir o evitar el desarrollo de la enfermedad. Ello sin omitir mencionar que, a diferencia de lo que acontece en el orden interno, en el Derecho Comparado existen ordenamientos jurídicos que autorizan la interrupción del embarazo ante la presencia de daños graves en la vida y/o salud del concebido¹⁷.

lo cual a veces se producen enfermedades. Destaca el autor *que no toda anomalía genética es de suyo causa de enfermedad, ya que ello está condicionado por los fenómenos de recesividad y dominancia*. En algunos casos, la enfermedad tendrá lugar sólo cuando los genes codificantes de la misma proteína provenientes de ambos progenitores sean deletéreos, mientras que en otros bastará con que sólo uno de ellos lo sea. De aquí que no sólo se detecten personas enfermas sino también los meros portadores de genes deletéreos.

¹⁵ Cientos de estudios clínicos están en vías de testear la seguridad y eficacia de la terapia génica para tratar desórdenes tales como la fibrosis quística y la enfermedad de Parkinson. Sobre el impacto de la nueva genética, véase: MEHLMAN, Maxwell J., *Judicature genes and justice, The growing impact of the new genetics on the Courts*, noviembre-diciembre 1999, vol. 83 (3).

¹⁶ El objetivo de las terapias génicas sería, ante todo, corregir puntualmente una anomalía genética, introduciendo un gen normal que sustituya, en la medida de lo posible, el gen defectuoso correspondiente. La terapia génica se puede dividir en "terapia génica somática", que modifica genes enfermos, y "terapia génica germinal", que modifica óvulos o espermia. Fácilmente se advierten cuán inmensos son los riesgos que produce la terapia germinal. La modificación de los genes reproductores permitiría obtener personas de determinado sexo, altura, raza, fuerza o nivel intelectual. En otra oportunidad nos hemos pronunciado por la necesidad del establecimiento de límites en la materia: ver MEDINA, ob. cit. en nota 14 y MEHLMAN, ob. cit. en nota 15.

¹⁷ Así, el Derecho español en el año 1985 despenaliza el aborto. El art. 417 de su Cód. Pen. establece que "No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado

Este nuevo escenario exige del Derecho un replanteo y búsqueda de soluciones que se adapten a las nuevas situaciones llamado a reglar.

y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes [...] 3° *Que se presume que el feto habrá de nacer con taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación* y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto". De la lectura de la norma se desprende que se establece un sistema de indicaciones, entre las cuales se contempla la indicación eugenésica. Romeo Casabona nos dice *que no se trata de proteger intereses de política demográfica tendientes a paliar el constante deterioro del pool genético de nuestra especie; ni como compasión hacia el feto, al que se le eliminaría con el fin de evitarle —una vez nacido— una vida llena de sufrimientos y de dificultades personales y sociales. El fundamento legal de la indicación en análisis, concebida como causal de justificación, se encuentra en el conflicto de intereses que se origina entre la vida del concebido y la madre; a ésta no se le puede exigir en tales condiciones que se haga cargo de un niño con tales graves anomalías, que afectarían también su vida personal* —ver ob. cit. en nota 6, ps. 352 y ss.—. En Bélgica, a partir del año 1990 se acogió la posibilidad del aborto voluntario, bajo un sistema de indicaciones y plazos. En Austria, ya en 1974, se admitió el aborto partiendo de un sistema de plazos, y en orden a diversas indicaciones —entre ellas, la eugenésica—. En Italia, mediante la ley 194 —de 1978— se autoriza el aborto voluntario, estableciéndose una serie de plazos, previéndose especialmente la hipótesis de existir anomalías o malformaciones del concebido. La *Abortion Act de 1967, que rige en el Reino Unido*, faculta el aborto cuando exista un grave riesgo de que el niño nazca con graves anomalías físicas o psíquicas que lo convertirían en un disminuido, posibilidad mantenida en las modificaciones introducidas en la Ley de Fertilización Humana y Embriología de 1990. En los Estados Unidos, el conocido *leading case* "Roe vs. Wade", fallado por la Suprema Corte en el año 1973, abrió la posibilidad a una despenalización total del aborto voluntario, a la cual debieron adaptarse los estados federados. Criterios mantenidos en los fallos "City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health Inc.", de 1983; "Rust vs. Sullivan", de 1990, entre otros, aunque introduciéndose en este último caso algunas limitaciones formales. En los países de Hispanoamérica es dominante la posibilidad del aborto por indicación terapéutica —riesgo a la salud y/o vida de la madre—, a la cual algunos países suman la indicación criminológica, y El Salvador y recientemente algún estado de México incluyen la indicación eugenésica. En nuestro país se permite el aborto terapéutico y criminológico, no así el eugenésico. A ello es dable agregar que existen antecedentes jurisprudenciales de inducción de parto en casos de fetos anencefálicos: ver HOOFT, Pedro F., *Bioética y Derecho. Temas y casos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, ps. 231 y ss.; CSJN, *in re* "T. S. vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", publ. en J. A. del 18-4-2001, con notas de Augusto M. Morello y Pedro F. Hoofft.

Y no escapa a ello todo lo concerniente a la reproducción humana y las posibles consecuencias resarcitorias que puedan suscitarse. Cabe aquí hacer propias las inquietudes puestas de resalto por Cueto Rúa, al remarcar la dificultad que se presenta, en ciertos casos, para arribar a una conclusión plausible que contemple con justicia los derechos y las pretensiones de todas las personas involucradas¹⁸.

A estas alturas se impone una reflexión sobre la cuestión atinente al reconocimiento de un derecho subjetivo de procrear. Esto es, si entre los derechos personalísimos¹⁹ existe un derecho a la procreación. A los fines perseguidos en este trabajo basta mencionar dos líneas de pensamiento antitéticas en la doctrina especializada. Por un lado, quienes se pronuncian por la tesis negativa de tal derecho subjetivo y, por el otro, quienes aceptan su existencia. Específicamente en el tema que nos convoca ha de remarcarse que aun quienes se pronuncian por la negativa de tal derecho en la fecundación asistida *admiten su existencia en los supuestos de procreación natural*. En tal orden de ideas, Rivera afirma que “el hombre y la mujer tienen la libertad de procrear o de no hacerlo, y ello importa el derecho a la no injerencia del Estado o de terceros en esa determinación de los sujetos, en definitiva, de aquella libertad nace el derecho a la privacidad del o los sujetos comprometidos en esa decisión”, limitando dicha libertad a la realizada por métodos naturales, como ejercicio de una libertad individual, en la esfera íntima de la vida privada²⁰.

¹⁸ CUETO RÚA, Julio C., *Responsabilidad civil de los progenitores: la responsabilidad civil del padre natural hacia el hijo por haberlo concebido como hijo extramatrimonial*, en VV. AA., *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Universidad, Buenos Aires, 1991/1994, t. III, ps. 576 y ss.

¹⁹ RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil* cit., t. II, *Parte general*, p. 21, nos dice que “Los derechos personalísimos –también llamados derechos a la personalidad– son las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad”.

²⁰ Ver MEDINA, Graciela, *¿Existe un derecho subjetivo a la procreación? (La solución en la jurisprudencia norteamericana y francesa)*, en J. A. del 17-7-96, y MEDINA, Graciela y WINOGRAD, Carolina, *Los homosexuales y la procreación asistida en la legislación y la jurisprudencia comparada*, en J. A. del 1-11-2000, número especial de *Bioética*.

Personalmente, defendemos la existencia de un derecho a la reproducción, no siendo admisible, conforme a los principios que emanan de nuestro ordenamiento jurídico, la intromisión de los poderes públicos en las decisiones individuales o de las parejas tomadas en la intimidad sobre sus prácticas y previsiones conceptivas.

Ahora bien, el interrogante a formularse es si dicho derecho a la procreación natural es ilimitado, y aun en la hipótesis de admitirse que ninguna injerencia es posible, si cuando como resultado de la concepción natural se ocasiona un daño a la salud del ser humano naciente, resulta factible atribuir responsabilidad a sus progenitores. Finalmente, de responderse afirmativamente a esta última pregunta, bajo qué título y con qué extensión.

Ya nos hemos referido al surgimiento y perfeccionamiento de los test genéticos y la posibilidad que éstos nos brindan de conocer directa y efectivamente el patrimonio genético del individuo y el riesgo cierto de transmisión de enfermedades y patologías a la descendencia. Indudablemente, tal situación resulta trascendente a fin de juzgar la eventual responsabilidad que quepa atribuirles a los padres. Incluso, en las enfermedades multifactoriales²¹, quienes conozcan su condición de portadores de tales genes deletéreos se encontrarán en condiciones de evitar los factores de riesgos que, conjugados con otras circunstancias, podrían llevar al desarrollo de la enfermedad en sus hijos.

Como acertadamente señala Elena Highton, el conocimiento de los principales problemas genéticos que afectan la salud y las estrategias y técnicas disponibles para su prevención y tratamiento ponen de manifiesto la estrecha vinculación existente entre la tecnología genética y los derechos humanos²². La atención de la salud como derecho hu-

²¹ Muchas anomalías congénitas comunes (por ej., labio hendido, con o sin paladar hendido) tienen distribuciones familiares compatibles con herencia multifactorial. En las anomalías por herencia multifactorial la "posibilidad" de un trastorno es una variable continua que se determina por una combinación de factores genéticos y ambientales, con un umbral del desarrollo que divide a las personas con la anomalía de aquellas que no la representan (MOORE-PERSAUD, *Embriología clínica*, McGraw-Hill-Interamericana, México, 1997).

²² HIGHTON, Elena I., *La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 1, *Daños a la persona*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 191.

mano básico —comprensivo de la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas— presenta aquí connotaciones especiales, pues muchas de las acciones a llevar a cabo se relacionan con el fenómeno de la reproducción.

A la luz de los avances operados en el área de la genética humana y ciencias biomédicas, el ejercicio de la capacidad generativa ha dado lugar al planteo de la que se ha dado en llamar “responsabilidad eugenésica”, entendiéndolo por tal la que cabría imputar a los padres, o a la sociedad misma, para asegurar a la descendencia una buena salud genética²³. Su replanteo, en los últimos tiempos, se hace presente tanto en su manifestación negativa —tendiente a evitar la reproducción de personas que presentan riesgos comprobados de transmitir taras genéticas graves a su descendencia— como en su faz positiva, la cual centra su atención en el fomento de la paternidad “valiosa” o *worthy parenthood*²⁴.

Resultan ilustrativos los tres interrogantes principales que han surgido al respecto, a saber: 1º) si es correcto juzgar que en ocasiones el concebido puede quedar por debajo de un nivel razonable de calidad de vida; 2º) si existe la obligación de evitar tener hijos con graves trastornos genéticos y cuándo se deben evitar; 3º) si es justificada una intervención de la sociedad previniendo legalmente el mantenimiento de un nivel de reproducción humana, por ejemplo, mediante controles voluntarios obligatorios²⁵.

Desde ya que nos pronunciamos negativamente frente a todo intento del Estado de imponer coactivamente la realización de test genéticos, o la prohibición de concebir de aquellos sujetos en tales condiciones. Esto resulta atentatorio de la propia dignidad y respeto de las personas humanas. Precisamente, el respeto propugnado desde la bioética a la

²³ KIEFFER, *Bioética...*, p. 138, cit. por ROMEO CASABONA, ob. cit., p. 196; MEDINA, *Eugenésia...* cit.

²⁴ ROMEO CASABONA, ob. cit. en nota 6, p. 195.

²⁵ FLETCHER, Joseph, *Knowledge, risk and the right to reproduce. A limiting principle*, en *Genetics and the law*, II (eds. A. Milunsky/G. J. Annas), Plenum Press, New York, 1980, ps. 130 y ss.; TWIS, Summer B., *Parental responsibility for genetic health*, en *The Hastings Center Reprint*, 9 y ss. (1974), cit. en ROMEO CASABONA, ob. cit. en nota 6, p. 196.

autonomía en la utilización de los test genéticos y consejo genético viene a constituir una salvaguarda de todo intento del Estado de avasallar los derechos individuales²⁶.

Sin embargo, lo que aquí se plantea no está referido a las políticas reproductivas coercitivas del Estado sino al juzgamiento de comportamientos individuales de los sujetos, en los cuales se ven confrontados el ejercicio del derecho a la reproducción y el derecho a la salud del futuro hijo. En nuestra opinión, el derecho a la procreación, como todo derecho subjetivo y personalísimo, se encuentra limitado por el derecho de los demás. Más concretamente, en el tema que nos convoca, el límite habrá de establecerse en miras del derecho e interés del niño a engendrarse.

II. La antijuridicidad

La responsabilidad eventualmente imputable a los padres por la transmisión o causación de enfermedades a sus hijos no es sino un capítulo dentro del campo de la responsabilidad civil, entendiendo por tal el “deber de resarcir un daño ocasionado a otro por una conducta antijurídica o contraria a derecho”. Por ende, para su procedencia es menester comprobar la reunión de los presupuestos básicos de la responsabilidad jurídica. Han de hacerse presentes, entonces, sus elementos constitutivos, a saber: la infracción o violación de la ley o de un deber jurídico de conducta impuesto por ella —antijuridicidad—; la existencia de un factor de atribución, ya sea subjetivo (lo que tradicionalmente se conoce como imputabilidad del autor y que se basa en la idea de culpa o dolo del agente) u objetivo; la existencia de un daño merecedor de tutela jurídica, y la relación de causalidad entre el acto antijurídico y el perjuicio irrogado.

Adentrándonos en el tema, comenzaremos con el elemento material u objetivo, el cual ha sido denominado bajo el rótulo “antijuridicidad”.

Tradicionalmente, partiendo de la premisa enunciada en el artículo

²⁶ En los Estados Unidos, durante la década de los '20 se esterilizaron a decenas de miles de personas por razones de “debilidad mental”, “alcoholismo” y “epilepsia”, creyéndose erróneamente que todos esos males eran hereditarios. La Alemania nazi es otro triste ejemplo de doctrinas que llevaron, bajo la supuesta premisa científica de la superioridad racial, a la esterilización y muerte de miles de seres humanos de otro origen racial o con enfermedades genéticas.

1066 del Código Civil, ésta ha sido concebida como la realización de un acto contrario al Derecho objetivo, considerado en su totalidad. Es así que en el ámbito de las obligaciones se considera ilícito a aquel acto voluntario, reprobado por la ley, que causa un daño imputable al agente en razón de su culpa o dolo o en virtud de un factor objetivo de atribución de responsabilidad. Éste es el concepto legal que parece surgir de los artículos 898, 1066 y 1067 del ordenamiento citado²⁷, cuya nota característica reside en la infracción a la ley.

Más recientemente se entiende que, “en principio, todo acto u omisión que cause daño a un tercero se presume que es antijurídico”, toda vez que se ha violado el deber de cuidado, de conducirse de modo tal de no provocar perjuicios a terceros, y que sólo dejará de serlo cuando concurra a favor del agente una causal de exclusión²⁸. Aún más, no faltan quienes recurren, ya no a la ilicitud de la conducta dañosa, sino a la injusticia propia del daño causado, juzgando que el aspecto decisivo a analizar es la injusticia del resultado, aun cuando no nos enfrentemos a un “daño inferido ilícitamente”²⁹. Es sabida la evolución operada tanto en doctrina y jurisprudencia, acordando indemnizaciones en supuestos en que *prima facie* no se habría configu-

²⁷ LLAMBÍAS, Jorge J., *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, t. II-B, ps. 261/2. En cuanto al carácter que debe asumir la prohibición legal de la conducta de que se trate, se ha formulado una primera interpretación literal —exigiendo que ésta sea expresa—, en tanto una segunda opinión ha propugnado una comprensión racional bastando que la misma surja con nitidez del articulado.

²⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., en BELLUSCIO, A. C. y ZANNONI, E. A., *Código Civil y leyes complementarias*, Astrea, Buenos Aires, 1984, t. V, p. 6, N° 9 y 10.

²⁹ BANCHIO, E., *Daño genético y responsabilidad civil*, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Responsabilidad por daños*, libro homenaje al Prof. Dr. Jorge Bustamante Alsina, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. II, p. 165. Cabe aquí recordar que la Comisión redactora del Proyecto de Código Civil de 1998 —integrada por los Dres. Héctor Alegria, Atilio Anibal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman— expresa en sus fundamentos que “En Argentina, como en el mundo, el concepto de responsabilidad civil evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización (Lambert Faivre); hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora (López Olaciregui), porque ‘el Derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor’ (Ripert)”, constituyendo uno de los ejes fundamentales de la reforma

rado acto ilícito alguno³⁰, bastando que medie una razón suficiente para trasladar el daño injustamente sufrido del sujeto que lo padece a aquel en cuya esfera tuvo origen la conducta u hecho causante del perjuicio.

La somera reseña efectuada adquiere importancia en la medida en que, como veremos, las diversas posturas señaladas se ven reflejadas en la opinión vertida por los autores al evaluar la responsabilidad en estudio.

En el Derecho interno se observa la ausencia de normas específicas que regulen la responsabilidad de los progenitores por los graves daños a la salud que transmitan o causen a su descendencia, por lo cual consideramos que las cuestiones que se susciten en torno a tales supuestos han de ser resueltas a la luz de los principios generales que gobiernan la responsabilidad civil. Asimismo, nuestro ordenamiento legal carece de norma alguna que exima a los padres del deber de resarcir los daños injustamente causados a sus hijos.

A nuestro juicio, cabe aquí aludir al deber jurídico que, conforme a la opinión de la mayoría de la doctrina autorizada, a la cual adherimos, se encuentra implícito en nuestro ordenamiento legal como traducción de la máxima de Ulpiano *alterum non lædere* —no dañar a los demás—.

propuesta la “dilución del requisito de antijuridicidad”. Asimismo, comentando el artículo 1066 del Código Civil aún vigente, se dice que “en la actualidad se acepta la responsabilidad por actos lícitos [...] El Proyecto de Código Único de 1987, y los Proyectos de reformas de 1993, previeron prescindir del requisito de antijuridicidad en los alcances en que lo consagra el artículo 1066 del Código Civil. Así también ha sido proyectado”.

³⁰ El propio Carnelutti afirma que “no se puede desconocer que hay casos en que el resarcimiento no responde a un daño ilícito. Actualmente los juristas se encuentran afectados por el peso de la tradición que los lleva necesariamente a relacionar correlativamente ambos conceptos. Poco a poco se están dando cuenta de que el resarcimiento aparece relacionado no sólo con conductas ilícitas, sino también con actos lícitos”, cit. por ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Obligación de compensar daños causados por conductas lícitas*, en *La responsabilidad* cit. en nota 8, p. 335. Este último autor entiende inadecuada la utilización de los términos “responsabilidad” o “daño lícito” al tratar aquellos casos en los cuales, a pesar de haberse actuado conforme a derecho, se hizo necesario prever una compensación de los daños que se causaban con tales conductas, proponiendo hablar de “obligación de compensar los daños causados por conductas lícitas”, ver ob. cit. en nota 8, p. 337.

Éste importa el deber de conducirse de modo tal que el comportamiento de cada uno no ocasione perjuicio a los demás individuos.

La Corte Suprema de Justicia se ha expedido afirmando que dicha regla goza en nuestro sistema jurídico de raíz constitucional³¹. La Constitución Nacional consagra tal principio en su artículo 19, al estatuir que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, *ni perjudiquen a un tercero*, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...”

En la reproducción natural, como así también en las diversas hipótesis de fecundación asistida, puede verse involucrado o comprometido el derecho humano a la salud, al cual, en principio, debe subordinarse el derecho a la procreación. Ello otorga fundamento constitucional a los derechos invocados por los afectados. El derecho a la salud e integridad física es objeto de reconocimiento en la Carta Magna argentina, y en los diversos tratados a los cuales nuestro ordenamiento jurídico ha acordado jerarquía constitucional a partir de la reforma operada en el año 1994 (art. 75, numeral 22, de la Const. Nac.). En el Preámbulo de la Organización Mundial de la Salud (OMS) se afirma que “el beneficio de gozar de elevados niveles de salud es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano, sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica”³².

Interesa puntualizar que el derecho a la salud³³, cuya violación era

³¹ CSJN, *in re* “Santa Coloma, Luis F. y ots. vs. Empresa Ferrocarriles Argentinos” del año 1986, citado en los fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998; ALTERINI y LÓPEZ CABANA, ob. cit. en nota 1, p. 951.

³² Ver BERLIGNER, Giovanni, *Ética de la salud*, Lugar, Consejo de Médicos de la Provincia de Córdoba, 1996, p. 31, cit. por HOOFT, Pedro F., *in re* “Navas, Leandro vs. Instituto de Obra Médico-Asistencial”, L. L. 1991-D-77 y E. D. 144-225.

³³ La salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales en materia de derechos humanos, que ahora gozan de jerarquía constitucional (art. 75, num. 22 de la Const. reformada en el año 1994), a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3 y 8; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12, nums. 1 y 2, ap. D; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 4 numeral a, 5 numeral 1 y 26; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24, inc. 2. En suma, dentro de los derechos humanos fundamentales reconocidos en los diversos documentos que tienen aplicación en el ámbito

históricamente apreciada mediante las agresiones físicas que causaban una lesión en el cuerpo, ha adquirido una nueva dimensión en su faz preventiva, relacionada con el derecho a la calidad y dignidad de vida³⁴, cuya conceptualización se torna de vital importancia en el tema que intentamos abordar.

Fácilmente se advierte que en los casos en análisis se ponen en juego el derecho a la procreación³⁵ y planificación de la propia reproducción, y el derecho a una vida normal y disfrute de la salud del hijo por nacer.

Dilema frente al cual hay quienes sostienen que el acogimiento de la responsabilidad de los padres por la transmisión de enfermedades o taras a sus hijos importa una vulneración del derecho a la intimidad y privacidad de los padres, dentro del cual cabría computar el derecho a la procreación con el alcance antes señalado. Sobre el particular, Zannoni se pronuncia por la inexistencia de un accionar antijurídico por parte de éstos. Su opinión, compartida por otros autores como Tobías, Saux, Ferrer, Mosquera Vázquez, entre otros, será tratada especialmente más adelante.

Tal posición es refutada acudiéndose al concepto de paternidad responsable, negándose la irresponsabilidad en el ámbito sexual de los individuos. Se afirma así la obligación de asumir las consecuencias derivadas de la relación sexual, en miras del grave daño ocasionado al ser humano naciente. Es que, aun admitiendo que los padres tienen derecho a realizar la conducta dañosa —esto es, la relación procrea-

interno del Estado argentino se encuentra el derecho a la salud física y mental. Es dable recordar la ya clásica definición del concepto de salud dada por la OMS, interpretando por tal no la simple ausencia de enfermedad sino ya el “equilibrio físico-psíquico y emocional”.

³⁴ SAUX, Edgardo Ignacio, *Responsabilidad por transmisión de enfermedades*, en obra colectiva cit. en N° 8, ps. 629 y ss. Sobre los alcances y numerosos puntos de vista a partir de los cuales se ha intentado definir el concepto de *calidad de vida*, ver *Quality of life. The new medical dilemma*, James J. Walter y Thomas A. Shannon, Paulist Press, Estados Unidos, 1990.

³⁵ ARSON DE GLINBERG, Gloria H., *La libertad de procreación*, en J. A. 1989-IV-875, remarca que la importancia de la procreación en la actualidad deriva de las experiencias genéticas, biológicas y sociales que la abarcan. Las demandas de una libertad de procreación se extienden a todos los aspectos de la reproducción: concepción, gestación, parto y crianza de los hijos. Tal derecho a la procreación comprende la libertad de decidir si procrear o no, cuándo hacerlo, con quién y por qué medios.

cional–, al igual que en otros supuestos, la responsabilidad propiciada por la transmisión de enfermedades válidamente puede emerger de un actuar lícito, en razón de la injusticia del daño inferido.

En tal orden de ideas se ha dicho que “no se vulnera el derecho a la intimidad cuando se hace responsable a los padres que en forma negligente han transmitido una enfermedad a los hijos, sino que se los obliga a tomar a su cargo las consecuencias de la íntima decisión dañosa. El respeto por la intimidad de los padres no puede significar el desprecio por el derecho a la vida normal del hijo. Razonamiento paralelo se efectúa cuando no se impide el ejercicio de la libertad de prensa, pero ello no implica un *bill* de indemnidad para injuriar o calumniar, sino que con independencia de la libertad –que se respeta–, se establece la responsabilidad por las decisiones gravosas para terceros”³⁶.

Desde otro ángulo, se ha enfatizado que los esfuerzos de la sociedad por prevenir la transmisión genética de daños y la libertad reproductiva del individuo no están necesariamente, o por lo menos siempre, en conflicto. La gran mayoría de los futuros padres tienen una directa y profunda preocupación por el bienestar de sus futuros hijos, y voluntariamente e incluso con impaciencia harán uso de la información genética disponible o se someterán a las intervenciones necesarias para prevenir y/o remover los posibles daños a su prole³⁷.

III. El daño

Ciertamente, el daño constituye el presupuesto por excelencia en materia de responsabilidad, ya que como bien señalara Josserand, “sin daño nada de daños y perjuicios”³⁸. Consecuentemente, de estar éste ausente ningún reclamo indemnizatorio podría tener favorable acogida ante los tribunales.

³⁶ PARELLADA, Carlos A., *Una aproximación del Derecho de Daños frente al manipuleo genético*, en VV. AA., *Derecho de Familia*, libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990, ps. 409/410.

³⁷ BROCK, Dan W., *Ethical obligations to prevent genetically transmitted harms*, conferencia pronunciada en la Universidad Torcuato Di Tella, octubre de 2000.

³⁸ JOSSERAND, Luis, *Derecho Civil*, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Ejea, Buenos Aires, 1950, t. 2, vol. I, p. 333, Nº 444, cit. por CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, Platense, Buenos Aires, 1974, t. I, p. 316.

El daño ha sido conceptualizado por nuestro legislador en el artículo 519 del Código Civil, en forma coincidente con las disposiciones contenidas en sus artículos 1068 y 1069. En la especie, coincidiendo con la mayoría de los autores, entendemos que, indudablemente, el bien afectado resulta ser el “derecho a la salud” del hijo. Ya hemos hecho referencia a la tutela o protección dispensada al mismo por la ley.

Sin embargo, no han faltado autores que basan la denegatoria del resarcimiento a favor de los hijos en la ausencia del presente requisito. A tal efecto, señalan que no existe una situación de salud previa que haya sido modificada por el accionar de los padres.

Se expresa que todo daño se produce frente a un empeoramiento o alteración de una preexistente situación favorable y, también, cuando la situación desfavorable no hubiere tenido lugar de no haber mediado la acción causadora de ella. En la hipótesis, el acto por el cual se concibe al hijo enfermo constituye la causa misma de la transmisión de la enfermedad. Con tal fundamento, se concluye que su no transmisión requiere indispensablemente la abstención de los padres de la concepción, lo cual supone que a la par de la inexistencia de la enfermedad, tampoco exista vida. En palabras de Tobías, la alternativa al “ser enfermo” es, exclusivamente, la de “no haber sido”. El interés cuya tutela se reclama se identificaría así con el interés o derecho a no ser concebido, única forma de evitar la enfermedad³⁹. Ahora bien, tal postura no es compartida por la totalidad de los autores que se pronuncian por la negativa de la responsabilidad de los padres por la transmisión de enfermedades, mediando discrepancias sobre el punto⁴⁰.

En igual sentido, parte de la doctrina italiana sostiene que no media

³⁹ TOBIÁS, José W., *Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de hijos contra padres por la transmisión de enfermedades*, en L. L. 1991-A-950 y ss.

⁴⁰ Comparten el criterio de Tobías: SAUX, Edgardo I., *Responsabilidad por transmisión de enfermedades*, en ALTERINI y LÓPEZ CABANA (dirs.), *La responsabilidad* cit. en nota 8, ps. 633/634; SAUX, Edgardo I. y GUERÍN, María E., Comisión de Derecho de Daños: temática B: *El daño genético*, en *Libro de ponencias del Congreso Internacional “La persona y el Derecho en el fin de siglo”*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1996, p. 133. Discrepa con el mismo: ZANNONI, Eduardo, *Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)*, en obra colectiva *Derecho de Daños*, libro homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989, ps. 619 y ss.

alteración disvaliosa para la supuesta víctima, ya que la alternativa a no nacer defectuoso es no nacer, agregándose que “es preferible la más miserable de las existencias a la no existencia”⁴¹.

Frente al argumento precedentemente expuesto creemos conveniente hacer una salvedad. El razonamiento esbozado, independientemente de no ser compartido, podría resultar atendible en la medida en que se lo circunscriba exclusivamente a las enfermedades hereditarias, las cuales son transmitidas a la descendencia en el momento mismo de la concepción. Empero, diferente es el caso de aquellos daños que se producen al feto ya concebido, durante el período de gestación en el vientre materno. En esta última hipótesis, evidentemente el embrión concebido sano ve posteriormente afectado su estado de salud primigenio. A título de ejemplo, cabe citar los supuestos de daños graves a la salud, genéticos o no, causados por el excesivo consumo de alcohol, estupefacientes, mal nutrición, etcétera, de la madre, o el supuesto del HIV, cuyo contagio bien puede producirse a través de la placenta, en cualquier etapa de la gestación, o por el canal de parto al producirse el alumbramiento.

El principal embate contra tal postura es dado afirmándose que, en lugar de la contraposición entre el acto de la concepción dañoso y la ausencia de esta última, debe contraponerse la concepción cumplida por sujetos sanos con aquella que se ha verificado en la situación dañosa⁴².

No desconocemos las profundas dificultades y cuestionamientos morales implicados en la cuestión planteada. No obstante ello, consideramos que aun concediendo que en determinados supuestos la opción que se presenta a fin de evitar una vida con grandes discapacidades y sufrimientos es la no existencia del sujeto, una vida con terribles cargas y sin beneficios compensatorios para una persona en particular puede ser vivida por ésta como un mal no preferible a su no existencia misma⁴³. Circunstancia esta última que legitima al sujeto involucrado a impetrar el pertinente reclamo indemnizatorio.

⁴¹ En efecto, se dice que “anche il più misero essere vale più del non essere”.

⁴² MUSATTI, A., *Ancora sulla responsabilità della procreazione*, en *Foro Italiano* 1952-IV-15, cit. por TOBIÁS, ob. cit. en nota 39, p. 830.

⁴³ Joel Feinberg —citado por Dan W. Brock, ob. cit. en nota 37— ilustra la cuestión

Por último, hemos de mencionar a quienes fundan la negativa al deber de resarcir en la inexistencia de sujeto pasivo lesionado al momento del acto pretendidamente dañoso. Los partidarios de este criterio sostienen que cuando los futuros progenitores mantienen la relación sexual procreativa aún no existe el hijo afectado sino que éste deviene después⁴⁴. Mayormente, se estima inatendible tal idea, toda vez que el aspecto relevante, a fin de evaluar la procedencia de la responsabilidad, reside en la concurrencia de una adecuada relación causal entre la conducta desplegada y el daño causado, no siendo imprescindible la coexistencia temporal entre el acto dañoso y el sujeto lesionado⁴⁵.

Es oportuno recordar aquí lo dicho por la Corte de Apelaciones de Illinois, en el caso “Zepeda vs. Zepeda” (190, N. E., 2d. 849, 111, App. 163). Si bien en dicho proceso se desestimó la acción por daños incoada por un hijo ilegítimo contra su progenitor, por haber sido concebido como hijo extramatrimonial, en su sentencia el tribunal analizó detenidamente la posibilidad de que el reclamo resarcitorio tuviera origen en un acto ilícito acaecido con anterioridad o simultáneamente con la concepción. Sobre el particular, Cueto Rúa nos cuenta que en su respuesta, la Corte se pronunció por la viabilidad de una responsabilidad condicional futura por un acto ilícito respecto de alguien que no ha ganado existencia todavía. Se consideró, entonces, que no importaba el tiempo transcurrido entre el acto ilegítimo y los daños objeto de reclamo sino la relación causal entre aquél y éstos⁴⁶.

imaginando el siguiente escenario: “una persona que está muriendo y se enfrenta a Dios, debe tomar la decisión de ser reencarnado con la enfermedad de Tay-Sachs o ver su vida extinguida en forma inmediata y permanente”. Feinberg estima que la mayoría de las personas elegirían la inmediata extinción, ya que aun cuando la “no existencia” no constituya una condición con cierta calidad de vida –buena, mala o indiferente–, puede ser mejor o peor que la calidad de vida dada a un chico que reclama el derecho a ser resarcido, en el marco de una *wrongful life action*.

⁴⁴ Así se pronuncian en Italia: De Cupis y Rescigno, *cits.* por SAUX y GUERÍN, *ob. cit.* en nota 40, p. 131. Estos últimos, si bien se manifiestan partidarios de la negativa de responsabilidad de los padres por la transmisión de enfermedades hereditarias, discrepan sobre el fundamento aludido, adhiriendo a la postura y razones expuestas por Zannoni y Tobías.

⁴⁵ PARELLADA, *ob. cit.* en nota 36, p. 411.

⁴⁶ CUETO RÚA, *ob. cit.* en nota 18, ps. 578 y ss. Agrega el comentarista del

IV. Transmisión de enfermedades: jurisprudencia

1. Italia

A) *Fallo del Tribunal de Piacenza (1950)*

a) *Los hechos*

La exegética jurisprudencial nos remonta al conocido precedente que tuviera origen en la justicia italiana. El fallo que abrió camino al debate y que despertó opiniones por demás contrapuestas, tanto en la doctrina como en la sociedad en general, fue dictado por el Tribunal italiano de Piacenza, el 31 de julio del año 1950⁴⁷. Dicho órgano jurisdiccional hizo lugar a la demanda impetrada por una hija contra su padre por haberle transmitido una enfermedad infecto-contagiosa (concretamente, sífilis).

Su importancia y trascendencia radican, principalmente, en el reconocimiento, como criterio general, de la responsabilidad de los padres por haber procreado al hijo, sabiendo o debiendo saber la alta probabilidad de transmitirle una enfermedad, ya sea ésta infecciosa, genética o hereditaria.

En el caso, el demandado había contagiado de sífilis a una empleada doméstica con quien mantuvo relaciones sexuales. Como fruto de tal relación nació una hija, a quien se transmitió la enfermedad, la cual requirió de su progenitor el resarcimiento de los daños ocasionados por el contagio sufrido en el marco de la concepción natural.

b) *La solución del tribunal*

El tribunal citado acogió el reclamo, reputando que los padres eran civilmente responsables frente al hijo que engendraron transmitiéndole sífilis.

fallo norteamericano que, según el tribunal, carecía de importancia que se considere que la vida del actor haya comenzado en el acto mismo de la concepción o con posterioridad. En ninguno de estos casos el actor era persona en el sentido con que ese término es utilizado en el Derecho de los actos ilícitos (*torts*), pero lo era al momento del reclamo, y en el pasado fue una persona potencial con plena capacidad para llegar a ser una vida independiente.

⁴⁷ Tribunal de Piacenza, 31-7-50, *Foro Italiano* 1951-I-992.

En el decisorio en análisis se remarca que la transmisión de la sífilis, ya sea en forma dolosa o culposa, se encuentra contemplada como delito en el artículo 554 del Código Penal italiano, mientras que el artículo 2043 del Código Civil prevé tal conducta como delito o cuasidelito civil. Asimismo, se expresa que si bien la vida es un gran don, ésta se transforma en una fuente de inmensa infelicidad cuando la transmisión de una enfermedad condiciona de tal modo la existencia y desarrollo del ser humano naciente. Por último, se hace hincapié en que *si la transmisión de la sífilis a una persona ya existente es considerada por el ordenamiento jurídico italiano como un acto ilícito, no se ve por qué razón no deba ser igualmente meritado cuando se trate de su transmisión a una persona futura (el concebido)*⁴⁸.

Inmediatamente hecho pública la decisión judicial, se generó un gran revuelo en la doctrina civil italiana. Mayoritariamente los autores condenaron el pronunciamiento, vertiendo severas críticas⁴⁹. No obstante, no faltaron quienes aprobaran tal decisión, remarcando su “hondo sentido humano”⁵⁰. Incluso, Tobías nos recuerda las repercusiones periodísticas que tuvo, entre ellas la “vivaz protesta” de Augenti en el cotidiano *Il Tempo*, bajo el sugestivo título “Hijos contra padres”⁵¹.

B) Fallo del Tribunal de Verona (1990)

Más recientemente, el Tribunal de Verona resolvió un caso en el cual se planteó el derecho del nacido a obtener el resarcimiento por las lesiones sufridas durante su vida fetal. En la hipótesis, se trataba de un nacido condenado a una vida en estado vegetativo.

⁴⁸ CENDON, Paolo, *Il Diritto Privato nella giurisprudenza, La responsabilità civile*, Utet, Cap. IV, p. 76.

⁴⁹ ELIA, *¿Responsabilità dei genitori verso il figlio ereditetico?*, en *Foro Italiano* 1051-I-987; LERNER, *¿Mero delitto civile la paternità?*, en *Foro Italiano* 1952-IV-18; TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, en *Rivista di Diritto Civile* 1982-I-617; CARNELUTTI, F., *Postilla*, en *Foro Italiano* 1951-I-990.

⁵⁰ MUSATTI, *Ancora sulla responsabilità della procreazione* cit.; RESCIGNO, P., *Il danno da procreazione*, en *Rivista di Diritto Civile* 615-1956.

⁵¹ *Il Tempo* del 9 de septiembre de 1951, p. 6, según cita de DE CUPIS, A., *I diritti della personalità*, 2ª ed., Milano, 1982, ps. 149 y ss., cit. por TOBIAS, ob. cit. en nota 39.

La sentencia, dictada el 15 de octubre de 1990⁵², sostuvo que la discusión en doctrina y jurisprudencia acerca de la titularidad del derecho en cabeza del nacido pone en evidencia la discrepancia existente entre el artículo 1º del Código Civil italiano, que claramente subordina la adquisición de su capacidad jurídica –para determinados y especiales efectos– al nacimiento con vida, y el artículo 2º de la Constitución, el cual confiere tutela a todo ser humano sin condicionamiento alguno. El tribunal estimó que, a fin de establecer si el *nasciturus* es titular del derecho al resarcimiento por el daño causado durante su gestación, ha de meritarse si el daño sufrido constituye un “daño injusto”, concluyendo que, objetivamente, no puede negarse que el daño irrogado al *nasciturus* es contrario a derecho, siendo que el artículo 11 de la ley 194/1978 declara que la vida humana es tutelada desde su inicio. Por lo cual, tratándose de un daño injusto resulta viable su resarcimiento, aclarando que la norma del Código Civil antes citada puede ser aplicada a casos diversos a los que la misma enumera.

En la especie, se admitió el resarcimiento del daño biológico por la violación del derecho a la salud, aunque respecto del daño moral se enfatizó que, encontrándose el nacido en estado vegetativo, no podía dejar de ser advertido que éste no sería común, en grado, al de cualquier otra persona.

Este decisorio, al igual que otros precedentes que admiten el resarcimiento por el daño procreacional producido al feto por mala praxis médica⁵³, muestran cómo la jurisprudencia italiana ha intentado superar, con diversas soluciones, el límite de la incapacidad jurídica del concebido establecida por el Código Civil italiano. Empero, cabe reconocer que el panorama jurisprudencial del nombrado país pone en evidencia que el fallo comentado en primer término, dictado por el Tribunal de

⁵² Tribunal de Verona, 15-10-90, *Foro Italiano* 1991-I-261. Ver CENDON, ob. cit. en nota 48, Cap. IV, p. 76.

⁵³ En tal sentido, se afirma que el profesional de la salud o ente hospitalario responden a título contractual, en orden al acuerdo a favor de un tercero (el *nasciturus*) estipulado por su madre con el establecimiento, por los daños ocasionados al mismo durante su gestación (Cass., 22-11-93, n. 11.503, NGCC, 1994, I. 670). En diversa perspectiva, se afirma que la obligación a resarcir tiene fundamento directo en la ley, no existiendo un sustento contractual (Trib. de Milano, 13-5-82, R. C. P., 1983, 156).

Piacenza en 1950, responsabilizando concreta y específicamente a los progenitores frente al hijo por la transmisión de una enfermedad infecciosa –y no a los profesionales de la salud–, permanece casi aislado.

2. *Francia*

A finales del año 2000, los noticieros de nuestro país pusieron en conocimiento público el rechazo de la justicia francesa del reclamo indemnizatorio impetrado por un hijo nacido con severas afecciones y discapacidades. Se informó que el menor imputaba a sus progenitores el hecho de haber continuado con su gestación hasta el alumbramiento, sabiendo que él mismo era portador de graves lesiones a su capacidad, en lugar de haber optado por la interrupción del embarazo.

3. *La tesis que no admite la responsabilidad por el acto procreacional*

En la Argentina, la tesis negativa ha sido encabezada por el reconocido jurista Eduardo Zannoni, quien entiende que la discutible decisión del Tribunal de Piacenza constituyó una sanción arbitraria e inconsulta con los presupuestos de la responsabilidad. Se pregunta, así, ¿dónde situar la antijuridicidad del acto procreador de los padres?, ya que de considerarse ilícita la relación sexual entre personas que pueden potencialmente transmitir al eventual hijo taras genéticas o enfermedades infecciosas o hereditarias, el Estado debería impedirlo mediante el dictado de una ley. Pero a su criterio, tal actitud constituiría un avance sobre la intimidad o privacidad del hombre y la mujer.

Aún más, considera que por esta vía se podría llegar a justificar la esterilidad compulsiva de miles de seres humanos con riesgo de transmitir afecciones graves a su prole. Contrariamente, de no justificarse este inadmisibles atropello, respetándose la privacidad de las personas, es forzoso concluir que el acto procreador de los padres nunca podrá ser reputado ilícito, con lo cual se pone en evidencia que la condena del tribunal italiano importó el establecimiento de la responsabilidad de los padres por un acto lícito.

Asimismo, desecha el argumento que busca el fundamento de la responsabilidad en la necesidad de distribuir con justicia la carga del

daño causado al hijo, invocando que quienes saben que pueden transmitir taras o enfermedades genéticas o hereditarias asumen un riesgo al mantener relaciones sexuales, debiendo por ende responder por el daño derivado de éstas. En su refutación, el autor nombrado expresa que atribuir el carácter de “riesgosas” a las relaciones sexuales entre tales sujetos constituiría un avance hacia formas, indirectas si se quiere, de eugenesia, lo cual daría lugar a los más impensables abusos⁵⁴. Concluye así que lo único que cabe hacer a la ley es operar por medios persuasivos de política sanitaria para evitar la transmisión de enfermedades⁵⁵. La postura de Zannoni evidentemente discurre alrededor de la ausencia de “antijuridicidad”, a la cual –como veremos– adhieren otros autores.

En idéntico sentido se expide José W. Tobías, aunque va más allá en cuanto a los fundamentos esgrimidos en el rechazo. Si bien él mismo se pronuncia partidario de la admisión de la responsabilidad civil en las relaciones familiares, juzga necesario efectuar un conjunto de salvedades y reservas que impiden su aplicación automática e indiscriminada. Así, al afirmar la inviabilidad de la pretensión resarcitoria fundada en la transmisión de una enfermedad en la concepción natural, invoca los intereses superiores en la constitución de la familia y en su estabilidad, los conceptos de solidaridad familiar y “piedad familiar”⁵⁶, como así también la necesidad de resguardar el sentimiento de justicia de la comunidad: las valoraciones morales del medio social y sus consideraciones acerca del valor “justicia”⁵⁷. A ello se suma que, como ya viéramos, el citado autor considera que en la hipótesis no media daño resarcible.

Edgardo J. Saux y María E. Guerin estiman atinadas las observaciones de Tobías, expresando que el conflicto judicial que enfrenta al

⁵⁴ Se ha pronunciado por la negativa al deber de resarcir: FERRER, Francisco A. M., *Procreación asistida. Panorama jurídico*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1995, p. 73, quien expresa que no considera desacertado relacionar los eventuales avances de la ingeniería genética y la cuestión eugenésica con el derecho del hijo a reclamar a los progenitores el resarcimiento por defectos o enfermedades hereditarias.

⁵⁵ ZANNONI, ob. cit. en nota 40, ps. 619 y ss. A los fundamentos expuestos adhiere: SAUX, ob. cit. en nota 40, p. 634, y TOBIÁS, ob. cit. en nota 39.

⁵⁶ Ver sobre el punto: MÉNDEZ COSTA, María J., *La “pietas familiar” en la responsabilidad civil*, en ALTERINI y LÓPEZ CABANA, ob. cit. en nota 8, ps. 525 y ss.

⁵⁷ TOBIÁS, ob. cit. en nota 39.

hijo con sus padres (en el cual el primero será representado por un curador especial) importará en los hechos la privación al menor enfermo o discapacitado de lo que para él resulta su bien más preciado: el afecto, el cuidado y la atención que ellos podrían brindarle. La *pietas familiae* funcionará, al decir de Zannoni, como una valla a la omnipotencia del Derecho de Daños⁵⁸. Sin embargo, exceptúan de su respuesta negativa los supuestos configurativos de dolo como factor subjetivo calificado de atribución. En otros términos, sostienen que el deber de resarcir surge cuando la relación sexual es obtenida por medio de la violencia (violación), donde la fecundación lesiva por parte de quien se sabe portador de una enfermedad hereditaria o infecciosa grave resulta ser la consecuencia mediata y previsible de un acto ilícito. Igual solución proclaman en las hipótesis en que se busque la fecundación dañosa a fin de perjudicar a la futura madre desconocedora de la afectación genética del padre⁵⁹.

Clara Mosquera Vázquez también se pronuncia por la negativa del resarcimiento del daño genético, ya que si bien los padres transmiten una enfermedad genética a sus descendientes, no son responsables por ser portadores de la misma, toda vez que ello es producto del azar y no de su voluntad; a lo cual agrega que “mal puede un hijo pedir una indemnización a sus padres que le han dado el bien más valioso que existe sobre la tierra: la vida”⁶⁰.

Desde una perspectiva distinta, Elena Highton nos dice que “toda persona tiene derecho a decidir libremente sobre su reproducción, incluyendo la decisión de procrear aun en presencia de riesgos genéticos, de continuar un embarazo cuando el diagnóstico prenatal indica un feto afectado, o de interrumpirlo si así lo desea la madre o la pareja”. Por consiguiente, sostener la reparabilidad del daño genético causado por la procreación conociendo la sustancial gravedad de la transmisión de afecciones o infecciones implica la afirmación de un derecho absoluto a no ser concebido⁶¹, llevándose de este modo las cosas mucho

⁵⁸ SAUX y GUERÍN, ob. cit. en nota 40, p. 133.

⁵⁹ Ídem nota anterior, p. 134.

⁶⁰ MOSQUERA VÁZQUEZ, Clara, *Derecho y genoma humano*, S. M. Editorial, p. 85.

⁶¹ HIGHTON, ob. cit. en nota 22, ps. 191/192, y nota 53 de p. 193.

más allá de lo que plantea la doctrina y la jurisprudencia norteamericana en las llamadas *wrongful life* y *wrongful birth actions*. En su opinión, ya no se está considerando un tamizaje o estudio genético y un aborto –advirtiendo que nuestra doctrina no se ha pronunciado casi nunca a favor de este último– sino lisa y llanamente el absurdo de una anti-concepción, que de acuerdo a criterios religiosos estrictos sería totalmente viable una no concepción o una abstención de relaciones.

A su turno, Francisco A. M. Ferrer entiende que de seguirse la tesis predominante, admitiendo el ejercicio de una acción resarcitoria del hijo contra sus padres por haber nacido con defectos físicos hereditarios, y la facultad de los futuros genitores de intervenir a fin de modificar el curso de la naturaleza del embrión, entonces, se abriría la puerta a una serie infinita de controversias resarcitorias entre padre e hijos, situación que juzga notoriamente disvaliosa desde una perspectiva ética y jurídica. Esto sin contar la situación psicológica del hijo que viene a conocer la manipulación actuada sobre su destino de hombre⁶².

Finalmente, Makianich de Basset sostiene que las taras hereditarias deben quedar al margen de la responsabilidad civil de los progenitores, en tanto la ciencia no ponga a su disposición la posibilidad de evitarlas sin tener que abstenerse de procrear o abortar, en cuyo caso sólo procedería la obligación de reparar si se configura culpa o dolo⁶³. En cuanto a los daños prenatales, más adelante nos detendremos especialmente en la opinión de la nombrada autora.

4. *La tesis que admite la responsabilidad por el acto procreacional*

En la exposición de la tesis afirmativa hemos de comenzar con una reseña de la opinión del profesor Jorge Mosset Iturraspe, en vista de que ésta muestra una clara síntesis de los distintos argumentos a los cuales se ha recurrido a fin de justificar la responsabilidad en análisis.

⁶² FERRER, ob. cit. en nota 54, p. 73.

⁶³ MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., *Daño genético. Luces y sombras de la doctrina de la inmunidad parental*, en ALTERINI y LÓPEZ CABAÑA (dirs.), ob. cit. en nota 8, ps. 165 y ss.

Mosset Iturraspe⁶⁴ enfatiza que los años transcurridos, tanto desde el fallo del Tribunal de Piacenza como del comentario vertido por Zannoni, han operado una evolución determinante del cambio en la opinión doctrinaria. En la actualidad, se afirma mayoritariamente que “el respeto a la intimidad de los padres no puede significar el desprecio por el derecho a la vida normal del hijo”, señalando los siguientes aspectos, que nos permitimos transcribir:

- Intimidad *versus* vida sana.
- Paternidad responsable.
- Analogía con la responsabilidad por el contagio, entre vivos, de enfermedades.
- No creación de un ámbito, el sexual, en el cual el hombre sea irresponsable.
- Consideración de las circunstancias de cada caso, en especial las relativas a la posibilidad de previsibilidad y evitación.
- Reproche a los padres por desentenderse de las consecuencias de la relación sexual.
- Concienciación del alto riesgo de transmisión de la enfermedad en la concepción de un nuevo ser.
- Existencia de negligencia o descuido grave.
- Todo ello frente a las gravísimas consecuencias del mal transmitido.

Esta novedosa y no menos polémica cuestión también ha merecido una respuesta favorable de Enrique C. Banchio, quien considera que las conclusiones desestimatorias, malgrado sus ajustados fundamentos, no conducen a soluciones acordes con los principios y tendencias imperantes en la concepción moderna del Derecho de Daños. Es así que, siguiendo el tránsito del sistema resarcitorio fundado en el principio de la “responsabilidad sanción” hacia la teoría de la “reparación del daño injustamente sufrido”, entiende que la responsabilidad civil por daño genético resulta socialmente adecuada a los fines de una “pro-

⁶⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *De la responsabilidad de los padres por hechos propios, frente a sus hijos*, Cap. III, en MOSSET ITURRASPE, D'ANTONIO y NOVELLINO, *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores* cit., ps. 61/63.

creación humana concretada dentro de un comportamiento responsable”, brindando la necesaria protección jurídica a la persona naciente, que es su destinataria⁶⁵.

Por su parte, Carlos A. Parellada también se pronuncia por la admisión de la responsabilidad en estudio. Como ya señaláramos, el autor mendocino estima que el respeto por la intimidad de los padres no puede significar el desprecio por el derecho a la vida normal del hijo. Asimismo, controvierte a Zannoni expresando que el criterio adoptado no importa la introducción de la idea de riesgo creado en las relaciones sexuales sino que su objetivo tiende a eliminar un ámbito en el que prime la irresponsabilidad, ni implica postular prácticas eugenésicas sino que busca “excluir la inconsecuencia interpretativa, que mira con disfavor el contagio de una enfermedad sexual y prescinde de la exigencia de una ‘paternidad responsable’ frente a las víctimas del dolo o la culpa de quienes se desentienden de las consecuencias de la relación sexual”⁶⁶.

Adelantamos que la tesis afirmativa ha sido adoptada por la mayoría de nuestra doctrina civilista y, así, plasmada en los diversos encuentros de Derecho Civil, que más adelante mencionaremos.

V. Jurisprudencia

Seguidamente, hemos de reseñar diversos fallos extraídos del Derecho anglosajón, en su mayoría, dictados en el marco de reclamos impetrados por los hijos contra sus padres, por daños prenatales causados por accidentes.

Su análisis adquiere especial interés en la cuestión en tratamiento, ya que los tribunales norteamericanos se interrogaron acerca de la viabilidad de las acciones entre padres e hijos (lo cual nos lleva a evaluar el estado actual de la denominada *parental immunity*), al mismo tiempo que entraron a considerar el reconocimiento del derecho a reclamar por daños al feto (*cause of action*) y la existencia o no de una obligación de cuidado a su respecto. Dichas circunstancias tornan po-

⁶⁵ BANCHIO, ob. cit. en nota 29, ps. 164/5 y 167.

⁶⁶ PARELLADA, ob. cit. en nota 36, p. 413.

sible la aplicación analógica de las soluciones propuestas y criterios elaborados por la justicia a otras hipótesis de daños a la salud imputables a conductas negligentes de los futuros progenitores.

Como veremos, la sentencia del superior tribunal a la que hemos de referirnos pone en evidencia las controversias que aun en la actualidad se suscitan en el Derecho anglosajón.

1. *Estados Unidos*

A) *Suprema Corte de Illinois, "Stallman vs. Youngquist" (1988)*

a) *Antecedentes*

En "Stallman" se planteó la responsabilidad de los padres por daños prenatales, esto es, daños congénitos –no hereditarios– producidos durante el período que va desde la fecundación al alumbramiento. La Suprema Corte de Illinois, en su fallo del año 1988, debió evaluar la procedencia de una acción impetrada contra la madre, por el padre y representante legal del menor de edad, por daños no intencionales sufridos durante su estadio fetal, a raíz de un accidente automovilístico protagonizado por su progenitora y un tercero.

En oportunidad de tratar la responsabilidad de los progenitores por daños prenatales causados por accidentes⁶⁷, hemos efectuado un *racconto* de los diversos antecedentes que en materia de daños al feto se han presentado en la jurisprudencia norteamericana⁶⁸.

Sin perjuicio de remitirnos a lo allí expuesto, hemos de recordar que durante una primera etapa, que va desde el año 1884 al 1946, la justicia de los Estados Unidos fue reticente en admitir la indemnización de los daños causados por terceros al embrión en gestación. Se adujo que éste aún era parte de su madre cuando se produce el hecho dañoso, de quien sólo se separaba con el nacimiento, y que, en todo caso, el daño se habría causado a la madre y no al hijo por nacer⁶⁹. A ello se añadió la ausencia de precedentes favorables en la materia.

⁶⁷ MEDINA, Graciela y HOOFT, Irene, *Responsabilidad y Derecho de Familia*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2001-2.

⁶⁸ Ver: LOQUIST, Sarah J., *The wrongful death of a fetus: erasing the barrier between viability and non-viability*, Washburn University School of Law, 1997.

⁶⁹ Cabe citar aquí, el primer precedente *in re* "Dietrich vs. Inhabitants of Nor-

A partir del año 1946 se observa una reconsideración de tal doctrina. Numerosos planteos fueron receptados otorgando el resarcimiento de los daños causados por terceros al feto nacido con vida⁷⁰, adoptándose, posteriormente, el criterio de la viabilidad a fin de sostener la independencia del daño al feto⁷¹. Se dijo, entonces, que el feto viable debía ser considerado como una entidad independiente de su madre. Incluso, no faltaron decisorios en que se admitiera la acción por daños padecidos durante un estadio anterior al desarrollo fetal previable⁷². Más recientemente se llegó a conferir indemnizaciones por perjuicios a un embrión viable, causados por daños a la madre anteriores a la concepción del hijo⁷³.

Resta por mencionar el precedente de la Suprema Corte de Mi-

thampton" (1884) –Suprema Corte de Massachussets–, al cual siguieron "Allaire vs. St. Luke's Hospital" (1900) –Corte de Illinois– y "Buel vs. United Railway Co." (1913) –Suprema Corte de Missouri–.

⁷⁰ En tal sentido: "Bronbrest vs. Kotz" (1946) –Corte Distrital de Columbia–, "Amann vs. Faigy" (1953) –Corte de Illinois–.

⁷¹ Por el criterio de la viabilidad, en virtud del cual se confiere resarcimiento a los daños al feto viable: "Amann vs. Faigy" (1953), Corte de Illinois; "Steggall vs. Morris", Suprema Corte de Missouri; "Williams vs. Marion Rapid Transit Inc.", Corte de Ohio; "Hale vs. Manion", Corte Suprema de Kansas.

⁷² "Daley vs. Meier" (1961), Tribunal de Apelación de Illinois; "Farley vs. Startin", Suprema Corte de West Virginia; "Wiersma vs. Maple Leaf Farms", Suprema Corte de South Dakota.

⁷³ La Corte de Apelación de Michigan, *in re* "Martín vs. St. John Hospital & Medical Center Corp.", lo hizo por daños prenatales consecuencia de la ruptura del útero materno debida a una intervención quirúrgica efectuada con anterioridad a la concepción del niño. Se dijo en tal oportunidad que, aun cuando *la madre había sido dañada con anterioridad a la concepción*, el daño al feto no habría ocurrido de no haber sido por el causado previamente a su progenitora. En sentido coincidente, la Corte de Illinois, en el caso "Renslow vs. Mennonite Hospital" (1977). Asimismo, la Corte de Apelación de Tennessee, *in re* "State of Julie Amos and Ronald Amos vs. Vanderbilt University Inc. Medical Center" (2000), admitió la acción por *wrongful birth* impetrada por la madre, quien había sido infectada con el virus HIV al ser transfundida durante una operación estética en el nosocomio demandado, en agosto de 1984. En el tiempo en que se realizó la operación, el virus no había sido aún aislado y no resultaba posible el control de la sangre antes de su transfusión. En la primavera de 1985 éste fue aislado, y Vanderbilt adoptó las medidas tendientes a su testeo, pero no informó a la actora acerca del riesgo de ser portadora del virus HIV. Con posterioridad, la accionante contrajo matrimonio, en cuyo seno se concibió su hija –Alison–, quien contrajo la enfermedad, falleciendo dos meses después.

chigan, *in re* "Grodin vs. Grodin" (1980), ya no referido a daños causados por terceros sino por la propia progenitora. En el mismo se afirmó que sobre esta última pesaba la obligación de reparar los daños prenatales causados a su hijo; en el caso, por la dentadura marrón y descolorida que desarrolló el mismo, a raíz de la ingesta de la gestante de Tetracycline durante su embarazo.

b) *La decisión del tribunal*

No obstante el panorama existente en los estrados norteamericanos, los cuales admiten el resarcimiento de los daños prenatales causados por terceros, e incluso han llegado a afirmar el deber de indemnizar los mismos frente a la madre, la Suprema Corte de Illinois desconoció el derecho del feto, posteriormente nacido con vida, a accionar por negligencia prenatal contra su progenitora.

En el decisorio se cuestionan fuertemente los fundamentos esgrimidos por la Corte de Michigan en el caso "Grodin vs. Grodin" (1980). El tribunal de Illinois entiende que en dicho precedente se incurrió en un grave error al no prever las enormes implicancias aparejadas al trato de la embarazada como una total extraña en relación al hijo que llevaba en su vientre. Se hace hincapié, entonces, en que la relación entre ambos no es comparable con la existente entre cualquier otro actor y demandado. Que la vida de ningún otro eventual lesionado depende exclusivamente del supuesto ofensor, a diferencia de lo que acontece frente a su madre, siendo que cada momento y acto de la embarazada es determinante del ambiente prenatal y consecuente desarrollo del embrión. Por tales razones, se afirmó que el feto no puede ser dañado en forma independiente de la misma cuando está en su seno, por lo cual el derecho no puede considerarlo como una entidad completamente separada de aquélla.

En su voto, el juez Cunningham J.⁷⁴ sostuvo que la imposición de la obligación de cuidado en tal contexto infringiría los derechos de privacidad e integridad física de la madre. Que el reconocimiento legal del derecho del hijo a comenzar la vida sano, tanto física como mentalmente, afirmado contra su progenitora, necesariamente implicaría

⁷⁴ "Stallman vs. Youngquist", 531 N. E. 2d. 355 (1988), ps. 559-60.

el establecimiento de una correlativa obligación legal a cargo de esta última, quien debería brindarle a aquél el mejor ambiente prenatal posible.

Hemos de destacar especialmente que, en opinión de la Corte, *la adopción de tal criterio dejaría sujeto al escrutinio estatal y judicial todas las decisiones de la mujer que pudieran atentar contra el desarrollo de su futuro hijo* –a cuyos efectos sería menester fijar un estándar de conducta–, convirtiéndose a la embarazada en garante de la salud del hijo. Se añade que, de tal modo, la madre y el hijo por nacer se convertirían en adversarios legales desde el momento de la concepción hasta el alumbramiento. Empero, nada de ello ha tenido recepción legal alguna en los Estados Unidos.

Por último, se enfatiza que el acogimiento de tal responsabilidad colocaría a la sociedad al borde del abismo, llenando los juzgados con interminables causas judiciales de esa especie. Concluye el tribunal que, en su caso, tal deber de cuidado y correspondiente estándar jurídico de conducta, habría de venir por el camino de un pronunciamiento legislativo y no judicial; resaltando que la vía a seguir a fin de obtener el nacimiento de hijos sanos es la previa al hecho dañoso, mediante la educación de las mujeres y familias acerca del desarrollo y cuidado prenatal.

B) Suprema Corte de New Hampshire, “Bonte vs. Bonte” (1992)

Una vez más se observa la división de las opiniones en la justicia norteamericana, en oportunidad de resolver la Suprema Corte de New Hampshire la acción impetrada por un menor contra su madre, reclamando la indemnización de los daños prenatales, consecuencia de su obrar negligente⁷⁵.

En dichos autos, un menor impetró acción contra su madre, quien estando embarazada de 7 meses le ocasionó daños a consecuencia de su obrar negligente al cruzar la calle, al no hacerlo por la vía habilitada al efecto. El pronunciamiento final acogió la acción por tres votos a favor y dos en contra.

El magistrado Thayer J., a cuyo voto adhirió la mayoría, sostuvo

⁷⁵ 616 A. 2d. 464 (1992).

que en su país se ha reconocido el derecho del niño nacido con vida a demandar contra otro el resarcimiento de los daños sufridos mientras estaba en el útero materno, como también el derecho del hijo a demandar a sus progenitores por los daños imputables a su actuar negligente. De ello se sigue que un niño nacido con vida se encuentra habilitado a accionar por los daños causados por su progenitora, que resulten imputables a su conducta negligente, aun mientras se encontraba en el vientre materno.

C) *Suprema Corte de Illinois, "Cates vs. Cates" (1993)*

En "Cates vs. Cates" (1993), la Suprema Corte de Illinois abroga parcialmente la inmunidad parental, en el contexto de una acción impetrada por un menor contra la sucesión de su padre fallecido, por la negligencia en la conducción de su vehículo. Dijo el superior tribunal que "la inmunidad debe permitirse solamente en protección de las conductas inherentes a la relación padres-hijos", y que "cuando dicha relación se ve disuelta por la muerte, carece de sustento su aplicación".

La mención de este fallo presenta particular interés en vista de que la Corte, al referirse a su anterior decisorio en "Stallman vs. Youngquist" (1988), hace expresa salvedad de que *en este último caso fue innecesario abocarse al tratamiento de la cuestión concerniente al estado de la doctrina de la inmunidad parental, ya que el pleito fue rechazado en orden a la ausencia de un deber legalmente reconocido, a cargo de la mujer embarazada, y en relación al desarrollo y cuidado del feto.*

D) *Corte de Apelación de Illinois, "Cullotta vs. Cullotta (administrator of the Estate of Shelley Cullotta, deceased)" (1997)*

La representante legal del menor Mark Cullotta demandó a la sucesión de Shelley Cullotta, madre del menor accionante, a quien imputó responsabilidad por los daños causados a su hijo durante su gestación⁷⁶.

⁷⁶ En "Cullotta vs. Cullotta" (1997), los daños prenatales objeto de reclamo tuvieron origen en un accidente automovilístico protagonizado por la futura madre y a consecuencia del cual se produjo el nacimiento prematuro del menor.

Los daños prenatales objeto de reclamo tuvieron origen en un accidente automovilístico protagonizado por la futura madre, y a consecuencia del cual se produjo el nacimiento prematuro del menor.

La actora invocó el precedente “Cates vs. Cates” (1993), argumentando que Shelley Cullotta tenía un razonable deber de cuidado en miras del bienestar del hijo que llevaba en su vientre, y que su posterior fallecimiento tornaba improcedentes las consideraciones políticas que fundaron la decisión *in re* “Stallman vs. Youngquist” (1988). Por su parte, la demandada alegó como defensa la falta de acción y derecho a demandar a la progenitora por daños prenatales no intencionales (*absence of cause of action*).

Precisamente, la cuestión central sometida a consideración del tribunal es la que mayor interés presenta en el tema en tratamiento. En efecto, la Corte de Apelación se preguntó, concretamente, si la abrogación parcial de la inmunidad parental establecida en “Cates vs. Cates” implicó el reconocimiento del derecho a demandar el resarcimiento de los daños prenatales, no intencionales, contra la sucesión de su fallecida madre.

La Corte consideró que la afirmación de la actora evidenciaba una fundamental confusión de la *distinción existente entre el derecho a demandar (“cause of action”) y el efecto de la inmunidad respecto de tal derecho previamente reconocido*. En su opinión, en una acción por negligencia no resulta suficiente que la actora demuestre que ha sido dañada como consecuencia del error en la conducta del demandado sino que debe alegar y probar que ese daño es el resultado de la violación a una obligación de cuidado que le es debida por parte del ofensor⁷⁷. Por el contrario, la existencia de inmunidad no destruye el derecho a accionar sino que permite al causante del daño plantear una

⁷⁷ A fin de clarificar el fundamento esbozado por la Corte de “Cullotta”, es dable transcribir la aclaración efectuada en el fallo, en el cual se dijo que: “el deber (*duty*) es una obligación legalmente impuesta para conformar cierto estándar de conducta a fin de proteger a otros contra un irrazonable riesgo de daño (‘O’Hara vs. Holy Cross Hospital’, 1990), cuya existencia y alcance constituye una cuestión de derecho a determinar por la Corte (‘Barnes vs. Washington’, 1973). Cuando bajo los hechos invocados ningún deber de cuidado es debido al actor por el demandado, no existe derecho a demandar (‘Pelma vs. Griesheimer’, 1982)”.

defensa que, a la postre, impide el resarcimiento del perjuicio ocasionado. La acción imputada sigue siendo dañosa en esencia, pero en vista de la protección particular del demandado, o por los intereses que éste representa, no es viable la acción indemnizatoria. En suma, la existencia de un deber reconocido legalmente constituye un prerequisite de la existencia misma del derecho al reclamo.

Teniendo en cuenta tal distinción, la Corte de “Cullotta” expresó que el punto a dilucidar era si al momento del hecho imputado a la madre ésta tenía frente a su hijo por nacer un deber de cuidado⁷⁸. Estimó, entonces, inatendible la invocación del fallo “Cates vs. Cates”, ya que éste apuntó a la aplicación de la doctrina de la inmunidad parental. Contrariamente, juzgó relevante el criterio plasmado en “Stallman vs. Youngquist”, en el cual claramente y sin equivocación se sostuvo que *ninguna obligación legal pesaba sobre la embarazada, en virtud de la cual debiera ejercitar un razonable cuidado a fin de evitar un daño no intencional al feto*. Consecuentemente, el hijo nacido con vida carecía de derecho a reclamar el resarcimiento de los daños prenatales causados por la conducta negligente de su progenitora.

E) “Parental immunity doctrine”

Del detenido análisis de los precedentes reseñados se advierte la nítida distinción que los tribunales de los Estados Unidos formulan entre la doctrina de la inmunidad parental y el reconocimiento del derecho a demandar a los progenitores por daños prenatales.

En el sistema de *common law* norteamericano la doctrina en cuestión es elaborada a partir de una trilogía de casos, conformada por los siguientes fallos: *in re* “Hewellette vs. George” (1891) –dictado por la Suprema Corte de Mississippi⁷⁹–, “McKelvey vs. McKel-

⁷⁸ Tal deber de cuidado debe existir, a los fines de la procedencia de la acción, al momento del acto que motiva el reclamo (“The existence of a legal duty sufficient to support a tort claim is determined at the time of the action giving rise to the claim” –“Zimmermann vs. Netermeyer”, 122 Ill. App. 3d. 1042, 1048, 462 N. E. 2d. 502, 1984–; “A duty to protect against the foreseeable risk of harm to another either exists at the time of the occurrence, or it does not exist at all” –“Cullotta vs. Cullotta”–).

⁷⁹ “Hewelette vs. George” (1891): 68, Miss. 703, 711, 9 So. 885, en el cual se pensó que a fin de proteger y mantener el reposo y tranquilidad familiar, y el mejor

vey” (1903) –Corte de Tennessee⁸⁰– y el precedente “Roller vs. Roller” (1905) –resuelto por la Corte de Washington⁸¹–. La misma vino a prohibir los pleitos interfamiliares, en un intento de proteger tanto las relaciones paterno-filiales como la existente entre los cónyuges u otros miembros del núcleo familiar. Es así que, tradicionalmente, un hijo no podía llevar una acción por daños contra sus padres ante la justicia del citado país.

Sin embargo, huelga reiterar que esta regla no es admitida por todos los estados, observándose diversas variantes en el panorama legal estadounidense. Cabe señalar, entonces, que si bien existen distritos que reconocen una completa e irrestricta inmunidad, en la actualidad numerosos estados la han abrogado total o parcialmente, no faltando aquellos que nunca adoptaron la *parental immunity*⁸².

Al comentar el caso “Stallman vs. Youngquist”, los autores suelen señalar que el fundamento del rechazo reside en la aplicación de la doctrina de la inmunidad parental. A nuestro parecer, ello no resulta del todo exacto. En tal sentido, resulta pertinente subrayar que en el *common law*, la *parental immunity* –al igual que todo otro supuesto de inmunidad– constituye un valladar en virtud del cual el demandado repele el resarcimiento de los daños, por la violación de un deber que pesa sobre el mismo respecto del sujeto lesionado. Ésta entra a jugar a modo de defensa de quien es deudor de una obligación de cuidado, frente al reclamo de quien tiene derecho a exigir la observancia de tal deber y a demandar los daños resultantes de su violación. Por ende,

interés de la sociedad, debía prohibirse al hijo menor efectuar reclamos judiciales por daños sufridos en manos de su padre. En el caso, se rehusó la acción del menor contra su madre por su internación maliciosa en una institución psiquiátrica.

⁸⁰ “McKelvey vs. McKelvey” (1903): 111 Tenn. 388, 77 S. W. 664, fallo en el cual se denegó al menor el derecho a demandar a sus padres por tratos crueles e inhumanos.

⁸¹ “Roller vs. Roller” (1905): 37 Wash. 242, 79 P. 788, decisivo que desconoció el derecho del hijo a demandar a su padre, quien lo había raptado.

⁸² Sobre las diversas variantes legislativas y jurisprudenciales en torno a la doctrina de la inmunidad parental en los Estados Unidos, nos remitimos a la exposición efectuada en el Cap. XI de la presente obra. Puede, asimismo, consultarse: HARDY, Benjamin H. –research analyst–, *Parental immunity*, OLR Research Report, 4-6-99, y PEARSON KLEIN, Katie, *Interpousal torts*, Advance Family Law Course, Dallas, Texas, 1995.

la acción habría de prosperar de no ser por la implementación, por consideraciones públicas, de una inmunidad. Su abrogación, ya sea total o parcial, no importa, por sí sola, el reconocimiento de una obligación legal de cuidado donde ésta no existía antes, sino que simplemente remueve una invalidez que previamente excluía el resarcimiento⁸³.

2. Reino Unido

En el Reino Unido, el Congenital Disabilities (Civil Liabilities) Act de 1976 (U. K.-c. 28) exceptúa a la madre de la responsabilidad por daños prenatales a su hijo nacido con vida a consecuencia de su actuar negligente. La única excepción prevista lo es para los supuestos de negligencia en la conducción de vehículos, cuyo fundamento reside en la obligación de asegurar los rodados.

Por ende, dentro de dicho encuadre normativo cabe afirmar la inexistencia de responsabilidad de los progenitores por los daños a la salud de su futuro hijo, en el marco de la concepción natural, a no ser que éstos caigan dentro de la excepción precedentemente indicada.

3. Canadá

A) Suprema Corte de Canadá, "*Dobson (Litigation Guardian of) vs. Dobson*" (1999)

a) *Antecedentes*

La Suprema Corte de Canadá, en un reciente fallo dictado el 9 de julio de 1999, desestimó todo intento de afirmar la responsabilidad de la madre por los daños prenatales irrogados a su hijo por nacer, entendiendo que su admisión atentaría contra dos de los más fundamentales valores establecidos en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, a saber, la libertad e igualdad de la mujer, aun embarazada⁸⁴.

⁸³ Ver fallo "*Nathan vs. Nathan*" (1984), Supreme Court of Oklahoma; "*Cates vs. Cates*" (1993), Suprema Corte de Illinois; "*Cullotta vs. Cullotta*" (1997), Corte de Apelación de Illinois.

⁸⁴ En dichos actuados se había accionado contra la progenitora por daños prenatales no intencionales, con motivo de una colisión sufrida por la misma con un tercero, estando embarazada de 27 semanas. A consecuencia del siniestro, su hijo sufre severos y permanentes daños mentales y físicos, naciendo al día siguiente del hecho.

Entre los diversos precedentes citados por el máximo tribunal canadiense en materia de daños prenatales⁸⁵, no ha de soslayarse la reseña al fallo recaído *in re* “City of Kamloops vs. Nielsen” (1984), cuya línea de razonamiento fue seguida por la Suprema Corte en el caso “Dobson”.

La sentencia de la Corte de “City of Kamloops” reconoció que, en aquellos supuestos donde exista un deber de cuidado, es posible que el resarcimiento no resulte procedente por razones de política pública. Es así que, aun cuando pudiera admitirse su existencia respecto del niño nacido con vida, *este deber no puede –ni debe– ser impuesto sobre la mujer embarazada*. En la hipótesis se entendió que era menester considerar las graves y delicadas cuestiones involucradas, y sus consecuencias para la sociedad canadiense. Se juzgó más apropiado que tales problemas, y especiales implicancias del tema en análisis, sean valoradas por la legislatura, y en su caso se implementen las soluciones que la sociedad estime pertinentes. En el fallo se sostuvo que establecida la existencia de una obligación de cuidado, los jueces deben meritar si se satisfacen los siguientes recaudos: 1) si resulta

⁸⁵ Sin perjuicio de remitirnos a la exposición detallada de los precedentes citados en el Capítulo XI, hemos de mencionar aquí los siguientes: *in re* “Montreal Tramways Co. vs. Léveillé” (1933), en el cual el juez Lamont J., en su voto seguido por la mayoría, afirmó que la negativa de la acción a favor del menor que ha sufrido daños con anterioridad a su nacimiento llevaría a que éstos quedaran sin reparación respecto de la víctima directa del hecho, viéndose compelida, sin falta alguna imputable a su parte, a andar por la vida cargando “el sello de la falta de otro” y con infinidad de inconvenientes sin compensación. Expresó el votante que hace a un principio de justicia natural que el niño, si nace con vida y es viable, pueda demandar judicialmente por los daños negligentemente causados sobre su persona, mientras estaba aún en el vientre materno; *in re* “Duval vs. Séguin” (1972): pronunciándose el tribunal por el derecho del niño que nace con vida, con daños prenatales atribuibles al actuar negligente de un tercero, a obtener su resarcimiento –el criterio seguido por el tribunal aplicó el *neighbour principle* articulado en el famoso dictamen de Lord Atkin *in re* “Donoghue vs. Stevenson” (1932), donde se dijo que desde el momento en que es previsible que en un accidente automovilístico se cause daño a una mujer embarazada, la posibilidad de afectar al niño que lleva en su vientre también resulta una consecuencia previsible, creando dicha previsibilidad la relación suficiente para dar razón al deber de cuidado que habilita la acción pertinente, una vez producido el nacimiento con vida–.

suficientemente cercana la relación entre las partes para dar nacimiento a una obligación de cuidado, y 2) si no existen razones de índole pública y social que lleven al rechazo de la acción, o que limiten su grado, la clase de personas a quien este deber es debido, o los daños cuya violación puede dar lugar a la indemnización.

b) *La decisión del tribunal*

Tanto el tribunal de primera instancia⁸⁶ como la Corte de Apelación de New Brunswick⁸⁷ acogieron favorablemente el reclamo, haciéndose eco de dos principios fundamentales del Derecho de Daños: 1º) que, conforme el *common law*, no existe en Canadá prohibición alguna que impida la acción de los hijos contra sus padres, tal como se había resuelto en el caso “Deziel vs. Deziel” (1953), afirmando que la doctrina de la inmunidad parental, existente en ciertas jurisdicciones norteamericanas, no ha sido nunca parte del Derecho canadiense, y 2º) que las cortes canadienses han reconocido la personalidad jurídica del feto como una ficción, utilizada en determinado contexto, a fin de proteger sus intereses futuros. Que aun cuando el feto no es una persona en sentido legal, ciertos derechos pueden ser afirmados por el niño que nace con vida (citando el precedente del caso “Montreal Tramways Co. vs. Léveillé”, de 1933). Así, en ambas instancias se concluye que “si una acción puede ser sostenida por un chico contra sus padres, y si ésta puede impetrarse contra un extraño por daños prenatales, resulta razonable admitir el reclamo del hijo contra su madre por *prenatal injuries* causadas por su actuar negligente”.

Sin embargo, en su voto, el juez Hoyt (C. J. N. B.) –integrante de la Corte de Apelación interviniente– remarcó las diferentes consideraciones que podrían haber surgido si se hubiera planteado el resarcimiento de daños resultantes de las elecciones de vida hechas por la mujer durante el embarazo (*lifestyle choices*), tales como fumar, consumir alcohol, tomar o rehusar determinada medicación.

Elevada la causa a la Suprema Corte, el máximo tribunal canadiense

⁸⁶ New Brunswick Court of Queen’s Bench, 1997, 186 N. B. R. (2d.) 81, juez Miller J.

⁸⁷ Court of Appeal: 1997, 189 N. B. R. (2d.) 208.

estimó que la cuestión central sometida a su consideración radicaba en determinar si una madre era responsable por los daños sufridos por su hijo, durante su gestación, con motivo de su actuar negligente. El decisorio final revocó lo resuelto en la anterior instancia, en orden a los argumentos que seguidamente pasaremos a exponer.

Se sostuvo que las cuestiones de política pública involucradas eran de tal naturaleza y magnitud que claramente indicaban *que ningún deber de cuidado podía –ni debía– ser impuesto por la Corte sobre una mujer embarazada respecto al feto y futuro hijo nacido con vida*. Que debía descartarse el encuadre del reclamo impetrado bajo las reglas generales en materia de daños, máxime cuando la responsabilidad en análisis implicaba una severa intromisión en la vida de las mujeres embarazadas, con potenciales efectos dañosos de la unidad familiar.

Asimismo, si bien se expresó que a diferencia de las cortes, la legislatura estaba facultada para decretar leyes en el área, se hizo hincapié que ello debía siempre sujetarse a los límites impuestos por la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (Canadian Charter of Rights and Freedoms). Sobre el particular, se señaló que la realidad biológica muestra que sólo la mujer puede estar embarazada y dar a luz a un niño, por lo cual los tribunales no han de imponer cargas adicionales sobre la gestante. Se argumentó que la relación entre la mujer en tal condición y su futuro hijo es verdaderamente única. Por consiguiente, no puede haber analogía significativa entre la acción de un chico por negligencia prenatal contra un tercero, con idéntica acción contra su madre.

Estimó la Corte que las conductas desplegadas por una embarazada están inextricablemente ligadas a su rol familiar, su vida laboral, sus derechos de privacidad e integridad física y la toma de decisiones autónomas. Que el reconocimiento judicial del derecho a demandar podría envolver severas consecuencias psicológicas en la relación madre-hijo, como también en la familia en su conjunto. Que la imposición de responsabilidad habría de traer profundos efectos sobre cada mujer embarazada y sobre la sociedad canadiense en general, considerando que el mejor rumbo a tomar es mantener el deber de la madre frente a su hijo por nacer, como una obligación moral, que en la mayoría de los casos es ya libremente respetada sin coerción

legal. Se remarcó asimismo las dificultades de articular judicialmente un estándar de conducta con el cual juzgar la desarrollada por la embarazada. Que al efecto, una regla basada en una “razonable mujer embarazada” abriría un espectro de responsabilidad por daños atinentes a las elecciones de vida de la mujer y socavaría sus derechos de privacidad y autonomía.

En tal orden de ideas, el juez preopinante, Cory J., expresó que “resulta claro que puede esperarse que todo acto carente de cuidado u omisión de la embarazada tenga un impacto negativo en el desarrollo del feto. En realidad, la misma existencia del feto depende de la madre”. Se pregunta, entonces, *si ¿puede la madre ser responsable por los daños por irregularidades en su alimentación que no provean de los mejores nutrientes para el feto?, o si ¿es factible exigirle que se abstenga de fumar, de consumir drogas o alcohol durante la gestación?, o si ¿es viable la obligación de la embarazada de evitar ejercicios extenuantes o mantener relaciones sexuales sin la debida protección del feto?* A ello se suman las posibles negligencias en que pudiera incurrir la gestante en los quehaceres domésticos y ámbito familiar, o incluso en su desempeño laboral.

En opinión de la Corte, se impone la respuesta negativa a tales interrogantes y pretendida responsabilidad de la madre. Entiende que *no resultaría racional ni habría límites para las clases de reclamos que podría traer tal deber de cuidado impuesto a la progenitora*⁸⁸. *Si tal derecho a la reparación de los daños prenatales fuera permitido, cada aspecto de la vida de la embarazada podría ser sujeto al escrutinio externo y juzgamiento por parte de los tribunales.*

4. La opinión de Makianich de Basset

Dejando al margen los supuestos de daños hereditarios transmitidos a los hijos, Makianich de Basset propugna la responsabilidad de los progenitores por los denominados daños prenatales. Su opinión en tal

⁸⁸ Destaca el magistrado Cory J., que la potencial expansión de la responsabilidad maternal por conductas negligentes que afecten al embrión ha sido reconocida por el profesor Ian R. Kerr, en *Prenatal fictions and post-partum actions*, 1998, 20 Dal., L. J. 237, ps. 270/271.

sentido es vertida en oportunidad de efectuar un esclarecedor comentario al fallo de la Corte de Illinois *in re* “Stallman vs. Youngquist”⁸⁹.

En primer término sostiene que la defensa de la inmunidad parental en relación a la madre es mantenida en orden a argumentos de carácter emocional, con efectos inmediatos seguros. Empero, su detenido análisis hace que los mismos pierdan fuerza.

Entiende la autora, en opinión que compartimos, que si bien resulta incuestionable que el feto no pueda considerarse como un ser completamente separado e independiente de su madre, ello no empece a afirmar que sea un ser distinto de aquélla desde el momento mismo de su concepción.

Desde otro ángulo, rebate la invocada superioridad del derecho de la madre a controlar su vida frente al derecho del hijo de nacer sano –física y mentalmente–, diciendo que los derechos-deberes de la progenitora son funcionales. Destaca, asimismo, que el derecho del hijo no presupone sino un deber de su madre de abstenerse de causarle un daño, “con culpa” en sentido lato, por lo cual la responsabilidad que se imputa a la misma constituye una reacción jurídica a una conducta reprochable. En cuanto a la invocada hostilidad que se estaría generando entre el niño por nacer y su madre, señala que sin la acción u omisión dañosa y culpable no existiría adversario legal, el cual en todo caso recién aparecería desde el acaecimiento del daño injusto y no desde la concepción. Añade que, precisamente, la singular relación gestante-feto, no equiparable a cualquier otro actor y demandado, torna más insólito que se le atribuya a la madre un derecho a la negligencia dañosa.

Por último, puntualiza las diversas finalidades que persiguen la acción judicial y la educación sanitaria y preventiva, las cuales no se excluyen sino que se complementan. No es sino ante un daño injusto ya cometido que la víctima reclama ante la justicia, siendo función de la judicatura dar solución al caso concreto que se le plantea, intentando recomponer el equilibrio perdido.

⁸⁹ MAKIANICH DE BASSET, ob. cit. en nota 63, ps. 174/5.

VI. Nuestra opinión

1. Clasificación de las enfermedades del embrión

Todo intento de regular las respuestas del Derecho a una realidad concreta y por cierto compleja, como la que nos convoca, no debe soslayar la comprensión y adecuado entendimiento de esa misma realidad que pretendemos abarcar desde una perspectiva jurídica. Por ende, a fin de esbozar las posibles soluciones a los problemas planteados, juzgamos conveniente distinguir adecuadamente los diversos daños a la salud del feto que pueden presentarse, como asimismo aclarar ciertos términos utilizados con frecuencia, que si bien se relacionan entre sí, no quieren significar exactamente lo mismo⁹⁰.

Bajo el nombre genérico de *enfermedades congénitas* se engloban un sinnúmero de patologías que pueden presentarse al momento del nacimiento del niño. Cabe recordar aquí que el término *congénito* tan sólo indica “nacido con”⁹¹. Dentro de este grupo pueden incluirse los siguientes tipos: *enfermedades genéticas cromosómicas*; *enfermedades genéticas no cromosómicas (o génicas)*; *enfermedades infecciosas*; *enfermedades traumáticas, tóxicas o nutricionales*; *enfermedades por mutaciones frescas* y otras de *etiología desconocida (enfermedades idiopáticas)*.

El término *enfermedad genética* se emplea para designar, de una forma amplia, las alteraciones que ocurren en el genoma o dotación genética de un individuo. Éstas pueden dividirse en tres grandes grupos: enfermedades que aparecen por aberraciones *cromosómicas*⁹², enferme-

⁹⁰ Dadas las divergencias existentes en la literatura médica y diversas clasificaciones propuestas sobre las enfermedades y daños prenatales, a los fines de la mejor comprensión del tema hemos de seguir las pautas suministradas por el Dr. Esteban Carnuega, reconocido profesional médico integrante del plantel de staff del Hospital de Pediatría Juan P. Garrahan, con quien nos asesoramos al respecto.

⁹¹ El término *congénito* deriva del latín *congenitus*, nacido con. El Diccionario de la Real Academia Española, en su XXI edición, lo define de la siguiente manera: “1. Que se engendra conjuntamente con otra cosa. 2. Connatural, como nacido con uno mismo”.

⁹² Éstas son las llamadas *enfermedades genéticas cromosómicas o alteraciones cromosómicas*, caracterizadas por el exceso o deficiencia de material cromosómico.

dades relacionadas con genes mutantes de efectos importantes (*trastornos mendelianos*) y enfermedades con herencia multifactorial (poligénica)⁹³.

Importa reparar que algunas enfermedades congénitas no son genéticas, por ejemplo, la sífilis congénita. Ésta queda comprendida dentro de las *enfermedades infecciosas*, que a su vez pueden subdividirse en: a) *virales*: HIV, hepatitis, rubéola, citomegalovirus; b) *bacterianas*: estreptococo B, y c) *parasitarias*: toxoplasmosis. Asimismo, no todas las enfermedades genéticas son congénitas; así, los pacientes con enfermedad de Huntington hereditaria empiezan a manifestarla sólo a partir de la tercera o cuarta década de su vida.

Por otra parte, el vocablo *hereditario* nos remonta a aquellas enfermedades que proceden por definición de uno o ambos progenitores y se transmiten en los gametos a través de generaciones, y por tanto, son familiares⁹⁴. Las enfermedades hereditarias son genéticas pero no toda enfermedad genética es hereditaria. Entre las *enfermedades genéticas no cromosómicas* (hereditarias) hemos de mencionar: 1) los denominados *trastornos mendelianos* cuya transmisión puede darse: a) por herencia autosómica dominante: por ejemplo, síndrome de Marfan, enfermedad de von Hippel Lindau; b) por herencia autosómica recesiva: enfermedad de Tay-Sachs, enfermedad de Gaucha, albinismo; c) trastornos ligados al sexo (X): enfermedad de Fabry o síndrome del cromosoma X frágil; siendo este primer grupo llamado bajo el nombre de *enfermedades génicas*⁹⁵, y 2) *trastornos con origen en una herencia multifactorial (o poligénica)*: cardiopatías congénitas, diabetes mellitus, etcétera.

A su vez, las enfermedades congénitas no son siempre hereditarias,

Su frecuencia global es del 0,5% de los recién nacidos vivos, frecuencia que se incrementa a medida que aumenta la edad materna. Por lo general no son hereditarias, y suelen causar retardo mental y malformaciones congénitas. Ver: PENCHASZADEH, ob. cit. en nota 11, p. 96.

⁹³ ROBBINS, *Patología estructural y funcional*, Contran-Kumar-Robbins, 4ª ed., Interamericana-Mc Graw-Hill Healthcare Groupe, vol. I, p. 127.

⁹⁴ ROBBINS, ob. cit., vol. I, p. 127.

⁹⁵ Penchaszadeh, en su obra ya citada (nota 11), nos informa que las enfermedades génicas son debidas a una alteración en un gen principal, transmisible hereditariamente, ya sea en forma dominante, recesiva o ligada al sexo. Se conocen más de 5.000 enfermedades génicas diferentes, con manifestaciones clínicas muy diversas y frecuencia individual baja (entre 1 en 2.500 y 1 en 100.000). En su conjunto, las enfermedades génicas afectan al 1% de los recién nacidos.

éstas pueden aparecer como resultado de una enfermedad de la madre durante el embarazo (rubéola, sífilis, HIV, etc. —aquí las ya mentadas enfermedades infecciosas—), o como consecuencia de la acción sobre la gestante de determinados agentes teratógenos, tales como drogas, alcohol, entre otros. Nos encontramos así con las *enfermedades congénitas traumáticas*, derivadas de traumas: a) *físico*, o b) *actínico*: radiaciones, y las *enfermedades tóxicas*, ya sea por consumo de drogas (vgr., alcohol, heroína, cocaína, etc.) o por medicación durante el embarazo (por ej.: talidomida).

Quedan por mencionar las *enfermedades congénitas nutricionales*, debidas a la malnutrición materna, que como es sabido puede afectar el crecimiento fetal. Por ejemplo, se ha observado que el cerebro de los lactantes que nacen de madres malnutridas y que presentan malnutrición proteico-energética, durante el primero o los dos primeros años de vida presentan atrofia, disminución del número de neuronas y alteración en la mielinización de la sustancia blanca⁹⁶.

Amén de las enfermedades congénitas y sus distintos subtipos aparece otro grupo llamado *enfermedades del parto*, en concreta referencia a los daños que se producen al feto durante el alumbramiento. Es importante subrayar que, aunque algunos traumatismos de parto pueden ser evitables, otros no lo son, incluso con un óptimo cuidado obstétrico⁹⁷. Asimismo, con eventuales implicancias en el tema en tratamiento ha de señalarse que los recién nacidos de alto peso para la edad gestacional (AEPG) son los que mayores riesgos presentan de padecerlos. La inmadurez anatómica puede también aumentar el riesgo de sufrir determinadas formas de traumatismos (por ej.: hemorragia intraventricular).

Resta por aclarar el concepto de *malformación congénita*. A los fines del presente trabajo hemos de adoptar como guía de referencia la terminología que entiende por *malformación congénita* a toda alteración estructural, de cualquier tipo, presente ya al nacimiento, aunque algunas, por ejemplo ciertas cardiopatías o alteraciones renales,

⁹⁶ ROSENTHAL, M. J. y GOODWIN, J. S., *Cognitive effects of nutritional deficiency*, en DRAPER, H. H. (ed.), *Advances in nutritional research*, Plenum Press, New York, 1985, vol. 7, p. 71; EL-TATAWY, S. et al, *Cerebral atrophy in infants with protein-energy malnutrition*, A. J. N. R. 4:434, 1983, citados en ROBBINS, ob. cit. en nota 92, p. 467.

⁹⁷ ROBBINS, ob. cit., p. 551.

no suelen manifestarse clínicamente hasta años más tarde⁹⁸. El término congénito no implica ni excluye la base genética de las mismas. Se calcula que alrededor del 3% de los recién nacidos presentan una malformación mayor. Por otra parte, han de distinguirse las malformaciones de las *deformidades*. Las primeras representan trastornos primarios de la morfogénesis, en tanto las segundas surgen más tarde durante la vida fetal y representan alteraciones de la forma o estructura secundaria a factores mecánicos.

Ahora bien, el punto que resulta de mayor interés desde la perspectiva jurídica, y específicamente a fin de evaluar la eventual responsabilidad de los progenitores, es la consideración a las causas determinantes de dichas patologías. Éstas suelen dividirse en *factores genéticos* (por ej., anomalías cromosómicas o enfermedades genéticas que siguen patrones mendelianos –mutaciones familiares y nuevas–); *factores ambientales*, ya sean por infecciones maternas (rubéola, toxoplasmosis, sífilis, citomogelavirus, HIV), enfermedades maternas (diabetes, fenilcetonuria, endocrinopatías), agentes tóxicos (medicamentos y drogas en general) o traumatismos (físicos o actínicos), nutricionales (déficit de ácido fólico) y los supuestos denominados de *herencia multifactorial* (dependientes de factores genéticos y ambientales). A ellos se suman las causas de origen desconocido⁹⁹.

Numéricamente, las causas más importantes de anomalías congénitas son los factores genéticos. Se estima que éstos causan un tercio de todos los defectos de nacimiento. Si bien son comunes las aberraciones cromosómicas, muchos cigotos, blastocistos y embriones tempranos defectuosos se abortan espontáneamente, durante las tres primeras semanas¹⁰⁰.

La célula somática humana normal posee 46 cromosomas. Cuando esta cantidad varía nos encontramos ante una anomalía numérica, que puede referirse a los autosomas¹⁰¹. Por lo general existe un cromosoma de más –en lugar del par acostumbrado hay tres unidades–, produciéndose el estado denominado trisomía, entre las cuales se encuentra

⁹⁸ MOORE-PERSAUD, ob. cit. en nota 21, p. 152; ROBBINS, ob. cit. en nota 92, p. 160.

⁹⁹ ROBBINS, ob. cit., ps. 552/554.

¹⁰⁰ Ver MOORE-PERSAUD, ob. cit., ps. 154 y ss.

¹⁰¹ Autosomas: cualquier cromosoma que no sea del sexo. Hay 22 pares en el cariotipo humano.

la trisomía 21 (o síndrome de Down), la trisomía 17-18, la trisomía 13-15 y la trisomía X¹⁰². Las anomalías cromosómicas numéricas también pueden afectar a los cromosomas sexuales, como en los casos de síndrome de Klinefelter, síndrome de Turner o síndrome de triple X¹⁰³. Existe otro grupo de anomalías estructurales cromosómicas, consecuencia de fracturas de los cromosomas. Éstas obedecen a factores ambientales: radiación, fármacos, sustancias químicas y virus. El tipo de anomalía depende de lo que suceda con las piezas rotas¹⁰⁴. Un síndrome muy conocido ocasionado por la delección parcial del cromosoma 4-5 es el síndrome del maullido de gato¹⁰⁵.

Finalmente, del 7 al 8% de las anomalías congénitas se deben a defectos de genes. Éstas son las llamadas anomalías por genes mutantes. Una mutación suele incluir pérdida o cambio de la función de un gen, y es cualquier cambio heredable permanente en la secuencia del ADN genómico¹⁰⁶. El índice de mutaciones puede aumentar por el número de agentes ambientales. Son heredables según las leyes mendelianas, pudiendo predecirse su probabilidad en el hijo de personas afectadas y otros familiares¹⁰⁷.

¹⁰² Ver SADLER, *Embriología médica*, Médica Panamericana, Williams & Wilkins, Buenos Aires, 1987, ps. 124 y ss. Con mayor frecuencia las trisomías autosómicas ocurren a medida que aumenta la edad materna. Por ejemplo la trisomía 21 ocurre una vez cada 1.400 nacimientos en madres de 20 a 24 años, en tanto en mujeres de 45 años de edad y mayores la frecuencia es de uno cada 25 nacimientos.

¹⁰³ ROBBINS, ob. cit., ps. 131/140.

¹⁰⁴ *Con probabilidad, las dos únicas aberraciones de la estructura cromosómica que se transmiten de padres a hijos son los reordenamientos estructurales, como la inversión (en ella se invierte un segmento de un cromosoma, siendo que los portadores de inversiones pericéntricas tienen riesgo de tener descendencia con anomalías, como resultado de cruzamiento desigual y segregación defectuosa en la meiosis), y traslocación (transferencia de una pieza de un cromosoma a un cromosoma no homólogo).*

¹⁰⁵ Los niños con tal afección tienen un llanto semejante a un maullido, microcefalia, retardo mental y cardiopatía congénita.

¹⁰⁶ THOMPSON y col., 1991, citado por MOORE-PERSAUD, ob. cit. en nota 21, p. 163.

¹⁰⁷ Las anomalías por genes mutantes con herencia dominante se denominan acondroplasia y polidactilia o dedos extras. Otras se atribuyen a herencia autosómica recesiva, por ej.: hiperplasia suprarrenal congénita y microcefalia. El síndrome de X frágil es la causa hereditaria más común de retraso mental moderado, y segunda, sólo después del síndrome de Down, entre todas las causas de retraso mental moderado en varones. Ver: ROBBINS, ob. cit. en nota 92, ps. 128/130, 140 y ss.

Asimismo, si bien el embrión se protege en el útero materno, ciertos agentes ambientales denominados *teratógenos* causan alteraciones del desarrollo, consecutivas a la exposición materna. Se entiende por teratógeno cualquier agente que produce una anomalía congénita o aumenta la frecuencia de la misma en la población¹⁰⁸. El período de desarrollo embrionario determina la susceptibilidad del embrión. La evaluación de la posible teratogenicidad de un agente toma en cuenta tres principios: periodos críticos del desarrollo, dosis de fármaco o sustancia química y genotipo del embrión. Entre éstos cabe mencionar: los *fármacos o drogas* (tales como: alcohol¹⁰⁹, andrógenos y dosis altas de progestágenos, cocaína, talidomida¹¹⁰); las *sustancias químicas*

¹⁰⁸ Los factores ambientales causan del 7 al 10% de las anomalías congénitas.

¹⁰⁹ Un reporte completo sobre los riesgos y daños causados por el consumo excesivo de alcohol por la mujer gestante, puede consultarse en: *The National Institute on Alcohol Abuse and Alcoholism-Research Program. Report of a Subcommittee of the National Advisory Council on Alcohol Abuse and Alcoholism on the Review of the Extramural Research Portfolio for Fetal Alcohol Syndrome (FAS), del 12 y 13-5-97. U. S. A. Department of Health and Human Services Public*. El síndrome de alcohol fetal es un defecto de nacimiento permanente, causado por el consumo de alcohol de la madre durante el embarazo, caracterizado por deficiencias en el crecimiento prenatal y posnatal, anomalías faciales y otras alteraciones físicas –tales como malformaciones en los miembros, defectos cardíacos congénitos, labio leporino, paladar hundido, defectos en el tracto urinario, entre otras–, alteraciones en la función cerebral –retraso mental– y disfunciones en el sistema nervioso central –constituyendo estas últimas los daños más permanentes e incapacitantes provocados por el FAS–, defectos visuales, auditivos, olfativos, etc. El informe citado expresa que aunque la incidencia del FAS ha sido difícil de determinar con precisión, se estima que entre el 0,97 y el 1,9 por mil de los nacimientos con vida presentan tal síndrome; siendo que los expertos concuerdan que la incidencia de las presentaciones parciales del FAS, es aún mayor. Se destaca, asimismo, que aun cuando el FAS resulta ser una condición previsible y evitable, las estadísticas muestran que un significativo número de mujeres embarazadas continúan consumiendo alcohol, en cantidades que pueden afectar gravemente a sus hijos. Dicho síndrome ha mostrado mayor prevalencia entre mujeres nativas americanas, afroamericanas, y de condición socioeconómica más baja, como así también en mujeres que ya han dado nacimiento a un chico con FAS.

¹¹⁰ Los *andrógenos y dosis altas de progestágenos* ocasionan grados variables de masculinización de fetos femeninos, genitales externos ambiguos, que origina fusión labial e hipertrofia del clitoris. El uso de *cocaína* produce retraso de crecimiento intrauterino, microcefalia, infarto cerebral, anomalías urogenitales y alteraciones neuroconductuales. La *talidomida* ocasiona un desarrollo anormal de miembros, por ej. meromelia (ausencia parcial) y amelia (ausencia total), anomalías faciales, anormali-

(vgr., metilmercurio¹¹¹); las *infecciones* (citomegalovirus¹¹², parvovirus humano B19¹¹³, toxoplasma gondii¹¹⁴, HIV¹¹⁵, virus de la rubéola¹¹⁶, varicela¹¹⁷) y las *dosis altas de radiación ionizante*¹¹⁸.

dades sistémicas, por ej. defectos cardíacos y renales. La talidomida es un teratógeno potente. En Europa, en alguna época, se utilizó tal droga como tranquilizante y sedante de manera amplia. La epidemia por talidomida se inició en 1959 (Newman, 1986, b), estimándose que casi 12.000 niños nacieron con defectos por talidomida (Randall, 1990); ver MOORE-PERSAUD, ob. cit. en nota 21, ps. 166 y ss.

¹¹¹ El metilmercurio provoca atrofia cerebral, espasticidad, convulsiones y retraso mental.

¹¹² El citomegalovirus es la causa de infección viral más común del feto humano. Como al parecer es mortal, cuando afecta el embrión se piensa que casi todos los embarazos terminan en aborto espontáneo si la infección ocurre durante el primer trimestre. Los recién nacidos infectados durante el período fetal temprano no suelen presentar signos clínicos y se identifican por programas de selección. En el final de la gestación, la infección causa: microcefalia, coriorretinitis, pérdida sensorineural, retraso del desarrollo psicomotor y mental, hepatosplenomegalia, hidrocefalia, parálisis cerebral, calcificación cerebral (periventricular).

¹¹³ El parvovirus humano B19 causa defectos oculares, alteraciones degenerativas en tejidos fetales.

¹¹⁴ El toxoplasma gondii: microcefalia, retraso mental, microftalmía, hidrocefalia, coriorretinitis, calcificaciones cerebrales.

¹¹⁵ El retrovirus HIV causa síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida), un problema de salud pública de gran envergadura. Las pruebas sobre los efectos fetales de la infección por HIV *in utero* son contradictorias. Algunas de las anomalías congénitas que se señalan como consecuencia del mismo son: falta de crecimiento, microcefalia, frente prominente en caja, puente nasal aplanado, hipertelorismo, filtrum triangular y labios abiertos.

¹¹⁶ El virus que causa la rubéola es el principal ejemplo de un teratógeno infeccioso (Korones, 1986). En la infección materna primaria, durante el primer trimestre de gestación, el riesgo total de infección del embrión o feto es de 20% (Gibbs y Sweet, 1989). El virus cruza la membrana placentaria e infecta al feto o embrión. Las características usuales del síndrome de rubéola congénita son: retraso de crecimiento intrauterino, retraso del crecimiento posnatal, malformaciones cardíacas y de grandes vasos, microcefalia, sordera sensorineural, catarata, microftalmos, glaucoma, retinopatía pigmentada, retraso mental, hemorragia de recién nacido, hepatosplenomegalia, osteopatía.

¹¹⁷ La varicela produce cicatrices cutáneas (distribución dermatomal), anomalías neurológicas (paresia de miembros, hidrocefalia, convulsiones, etc.), cataratas, microftalmía, síndrome de Horner, atropía óptica, nistagmo, coriorretinitis, microcefalia, retraso mental, anomalías esqueléticas (hipoplasia de miembros, dedos de manos y de pies, etc.), anomalías urogenitales.

¹¹⁸ La exposición a radiación ionizante lesiona las células embrionarias, lo que origina muerte celular, lesiones cromosómicas y retraso del desarrollo mental y cre-

Finalmente, conforme nos enseña Thompson y colaboradores (1991), en las anomalías por herencia multifactorial la posibilidad de un trastorno es una variable continua que se determina por una combinación de factores genéticos y ambientales, con un umbral del desarrollo que divide a las personas con la anomalía de aquellas que no la presentan¹¹⁹.

A modo de síntesis, y con la única finalidad de arrojar algo de claridad en los conceptos vertidos, nos permitimos elaborar el siguiente cuadro:

ENFERMEDADES Y DAÑOS EN EL RECIÉN NACIDO			
Enfermedades congénitas (aquellas que se presentan al momento del nacimiento)			
I. Enfermedades genéticas: alteración en el genoma o patrimonio genético	a) Cromosómicas: consecuencia de anomalías de los cromosomas	1) Numéricas: cuando varía la cantidad de cromosomas	Autosomas: síndrome de Down (trisomía 21), trisomía 17, 18, 13-15, trisomía X
			Sexuales: síndrome de Klinefelter, Turner o de triple X
		2) Estructurales: consecuencia de la fractura de cromosomas	Ejemplo: síndrome de maullido de gato
	b) Genéticas no cromosómicas (genicas)	1) Trastornos mendelianos	Herencia autosómica dominante: síndrome de Marfan, enfermedad de von Hippel-Lindau
			Herencia autosómica recesiva: albinismo, enfermedad de Tay Sachs, enfermedad de Niemann-Pick, enfermedad de Gaucher
			Trastornos ligados al sexo (a X): enfermedad de Fat, síndrome del cromosoma X frágil

cimiento físico. Observaciones en supervivientes japoneses de la bomba atómica sugieren que el periodo de mayor sensibilidad al daño por radiación del cerebro que origina retraso mental grave es de 8 a 16 semanas después de la fecundación.

¹¹⁹ THOMPSON, M. W.; MINES, R. R. y WILLARD, H. F., *Thompson and Thompson "Genetics in Medicine"*, 5th. Philadelphia WB Saunders, 1991.

		2) Trastornos con herencia multifactorial (poligénica)	Ejemplo: cardiopatías congénitas, hipertensión, diabetes mellitus
	c) Mutaciones frescas: producidas de una generación a otra y, por lo general, no tienen correlato clínico (mutaciones silentes)		
II. Enfermedades infecciosas	a) Virales		Ejemplo: HIV, hepatitis, rubéola, citomegalovirus, parvovirus humano B19, varicela
	b) Bacterianas		Ejemplo: estreptococo B
	c) Parasitarias		Ejemplo: toxoplasmosis (toxoplasma gondii)
III. Enfermedades por traumatismos	a) Físico		
	b) Actínico		Radiaciones
IV. Enfermedades tóxicas	Causadas por diversos agentes teratógenos: alcohol (síndrome de alcohol fetal), drogas (cocaína, heroína, etc.) y demás fármacos y medicamentos (talidomida)		
V. Enfermedades nutricionales	Ejemplo: déficit de ácido fólico y consecuente espina bífida		
VI. Enfermedades sin causa conocida (idiopáticas)			

ENFERMEDADES DEL PARTO U OBSTÉTRICAS			
Malformaciones congénitas (anomalías estructurales presentes al nacimiento)			
I. Causas genéticas	Aberraciones itogenéticas o cromosómicas	Númericas	Autosomas: las trisomías ya enumeradas causan malformaciones Sexuales: síndr. de triple X
		Estructurales	Síndrome maullido de gato
	Anomalías de herencia mendeliana	Herencia autosómica dominante	Ver ejemplos ya enumerados: Enfermedades genéticas
		Herencia autosómica recesiva	
		Trastornos ligados al sexo (cromosoma X)	

II. Factores ambientales	Agentes tóxicos	Fármacos, drogas, alcohol
	Agentes infecciosos	Sífilis, rubéola, HIV, citomegalovirus, toxoplasmosis
	Factores nutricionales	Deficiencia de ácido fólico: espina bífida
	Agentes químicos	Sustancias químicas: metilmercurio
	Factores traumáticos	Traumatismos físicos o actínicos –radiaciones–
III. Factores de herencia multifactorial	Dependiente de factores genéticos y ambientales	

2. Conclusión

La reseña efectuada, amén de un carácter ilustrativo, tiene por objeto poner en evidencia la multiplicidad de causales que pueden afectar gravemente la salud de los descendientes. De su detenido análisis puede observarse que, en tanto algunos de los factores causantes de la enfermedad están directamente ligados al patrimonio genético de los padres que es transmitido a sus hijos (enfermedades genéticas hereditarias), otros tienen su origen en mutaciones o desórdenes genéticos desvinculados de todo factor hereditario (vgr., los distintos supuestos de trisomía ya enumerados), presentándose un tercer grupo, en el cual los daños tienen lugar durante el período que va desde la concepción hasta el nacimiento, y que pueden deberse a agentes de diversa índole (contagio de enfermedades infecciosas –virales, bacterianas o parasitarias–, traumatismos físicos o actínicos y demás agentes teratógenos y enfermedades nutricionales). Ello sin contar aquellos padecimientos cuya causa es aún desconocida por la ciencia médica (enfermedades idiopáticas).

Durante el desarrollo del presente trabajo hemos vertido nuestra opinión personal con relación a la caracterización de los presupuestos de la antijuridicidad y el daño, a lo cual nos remitimos en honor a la brevedad. Partiendo de las premisas ya sentadas, y sin perjuicio de las particulares observaciones que habremos de realizar en cada caso, adelantamos nuestro parecer favorable al reconocimiento del deber de resarcir el daño procreacional.

Desde una perspectiva ética y jurídica, resulta indudable el deber que pesa sobre los padres de evitar daños a sus futuros hijos causados por el contagio de una enfermedad infecciosa, o por traumatismo físico o actínico, enfermedades tóxicas o nutricionales. En la actualidad, la ciencia nos proporciona la posibilidad de conocer los riesgos de procrear en determinadas circunstancias, como también los peligros ínsitos en ciertas conductas de la mujer gestante¹²⁰. Siendo así, en tanto medie un obrar con culpa grave o dolo¹²¹ de los progenitores, quienes tenían a su alcance la posibilidad de evitar el mal al nuevo ser, deviene equitativo la consecuente responsabilidad jurídica.

Desde ya que la valoración de cada situación en particular habrá de adquirir singular relevancia a los fines de juzgar la eventual atribución de responsabilidad. En cada caso habrá de analizarse la concurrencia de sus presupuestos constitutivos, no presentándose en nuestro Derecho la polémica que en Estados Unidos se ha planteado en torno a la denominada inmunidad parental (*parental immunity*) y al reconocimiento del derecho a reclamar por daños prenatales (*cause of action*).

Sobre este último aspecto hemos de reiterar que el feto o embrión, si bien carece de una vida completamente independiente de la de su madre, resulta ser un ser distinto a ella desde el mismo instante en que fue concebido¹²². Una vez más nos pronunciamos por el respeto incuestionable a la persona humana, aun en sus potencialidades, desde el momento de su concepción¹²³. En nuestro ordenamiento legal basta

¹²⁰ En efecto, frente al conocimiento de las mujeres del efecto perjudicial del excesivo consumo de alcohol, o uso de drogas o sustancias químicas, o incluso de la malnutrición durante el embarazo, es dable esperar que en su mayoría no expondrán a sus embriones a estos teratógenos o conductas dañosas. Igualmente, cuando los futuros padres conozcan el riesgo grave de procrear mientras se padece de una enfermedad infecto-contagiosa, cabe exigir su abstención durante el período de contagio.

¹²¹ Sobre la culpa grave en las relaciones de familia ver *Daño extrapatrimonial en el Derecho de Familia y el Proyecto de Código Único unificado*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 6, *Daño moral*, 1999, p. 71.

¹²² ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Aborto, persona por nacer y derecho a la vida*, en L. L. 1983-D-1134, citada por CHIAPERO DE BAS, Silvana M. y TAGLE DE MARRAMA, Victoria M., *La protección jurídica del embrión*, en L. L. 1989-IV-879.

¹²³ MEDINA, Graciela, *Genética y Derecho*, en J. A. 1989-IV-839 y ss. En el citado trabajo se resaltó que la American Fertility Society, a través de su comité de ética, emitió un dictamen en 1986, en el cual se distingue el preembrión del embrión.

con aplicar lo normado por el artículo 70 del Código Civil, del cual claramente se desprende que la persona por nacer es potencialmente una persona humana, con plena capacidad de llegar a ser una vida independiente de quien le diera su propia existencia¹²⁴.

Tampoco compartimos la jerarquización de los valores en juego, propugnada por la jurisprudencia anglosajona, al establecer una supremacía del derecho de la madre a su libertad y privacidad por sobre el derecho a la salud del hijo por nacer. Como acertadamente destaca Makianich de Basset, los derechos-deberes de la progenitora son, en el caso, funcionales; en tanto el derecho del hijo no presupone sino un deber de su madre de abstenerse de causarle, con culpa, un daño grave a su salud. A lo expuesto, quisiéramos añadir que dentro del contexto legal norteamericano y canadiense, teniendo en cuenta las amplias facultades que conceden a la mujer de interrumpir el embarazo, la argumentación dada por los tribunales anglosajones se desvanece aún más rápidamente. Adviértase que de no estar la futura madre dispuesta a sufrir una mínima restricción jurídica en su accionar, válidamente puede recurrir a una práctica abortiva. De no ejercitar tal opción, prosiguiendo con la gestación, resulta exigible a la misma que evite toda acción que resulte gravemente perjudicial para la salud de su hijo. El reconocimiento de las amplias libertades plasmadas en los citados ordenamientos debe encontrar un coto en el derecho a la salud del sujeto por nacer.

“La etapa embrionaria se extiende hasta el día 14 contado desde la fertilización, momento en que se forma el surco neural. Recién habría un individuo humano después de transcurrido el tiempo mencionado”, sosteniéndose que antes de ese plazo la individualidad no se encuentra asegurada. No obstante, el aludido informe “admite que el preembrión es una *entidad humana*”. Criterio semejante con respecto al plazo de 14 días sigue el informe de la Comisión Warnock (Inglaterra) y el de la Comisión Waller en Australia.

¹²⁴ El art. 70 del Cód. Civ. reconoce la existencia de las personas desde su concepción, facultándolas a adquirir algunos derechos, bajo la condición resolutoria de nacer con vida, aunque fuera por instantes después de separadas de su madre (art. 64 del Cód. citado). Al efecto, se las declara incapaces de hecho absoluto (art. 54, inc. 1º, del Cód. Civ.), proveyéndoseles de un representante legal (art. 57). Asimismo, en orden a lo normado por los arts. 264 y ss. del mismo ordenamiento, los deberes-derechos emergentes de la patria potestad tienen como punto de partida la concepción del hijo.

En suma, consideramos que en lo que respecta a los daños prenatales infligidos al feto o embrión que sean consecuencia del uso de estupefacientes, consumo de alcohol, tabaco, exposición a radiaciones o cualquier otro factor desencadenante de la enfermedad del hijo por nacer, en la medida que sean evitables, pueden generar la correspondiente responsabilidad de los progenitores, si han sido asumidos con culpa grave.

Particular relevancia adquiere la voluntariedad o involuntariedad de la conducta de la madre en la causación del daño cuando ésta es drogadicta o actúa bajo los efectos del alcohol, ya que el artículo 1070 del Código Civil establece que se reputan involuntarios los actos ilícitos practicados en estado de embriaguez si se probare que ésta fue involuntaria; esta inimputabilidad se extiende a todos los actos de privación involuntaria de la razón¹²⁵.

Para que la progenitora se exima de responsabilidad deberá acreditar que la utilización del alcohol o de la droga fue involuntaria de su parte, lo cual en gran medida estará en relación con la determinación del grado de enfermedad de la madre, ya que si se trata de una enferma de alcoholismo o una enferma por el uso de estupefacientes que no pueda administrar su persona ni sus actos, lógicamente es inimputable del daño que cause al concebido.

Específicamente con relación a los daños irrogados por el contagio al feto de una enfermedad infecciosa, se advierte que en tales supuestos no se pone en juego una absoluta prohibición de procrear sino que tan sólo nos enfrentamos a una limitación temporal en el ejercicio de la capacidad generativa, en miras del superior interés del niño y su derecho a la salud. En el fallo del Tribunal de Piacenza, a nuestro entender, ninguna objeción cabe realizar, toda vez que los daños ocasionados por la transmisión de sífilis no son daños hereditarios en sentido estricto (esto es, transmitidos por genes anómalos de sus progenitores) sino que son generados por la enfermedad infecto-contagiosa de la madre durante la gestación. Por ende, no se impone coactivamente

¹²⁵ ORGAZ, *La culpa (actos ilícitos)* cit., p. 56, N° 18; BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones*, 1979, t. II, N° 1332; COLOMBO, *Culpa aquiliana (cuasidelitos)*, 1947, N° 68.

una absoluta y permanente abstención procreativa, siendo ética, moral y jurídicamente exigible a los eventuales padres que eviten el embarazo mientras se vean afectados de tal dolencia.

Más delicada resulta la cuestión atinente a los daños por transmisión de enfermedades hereditarias, o por el contagio del retrovirus del HIV. En el estado actual de la ciencia, quienes son portadores o padecen de tales afecciones carecen de la posibilidad de evitar su transmisión. Si bien algunas de ellas pueden ser diagnosticadas, ante el conocimiento cierto de la pareja del grave riesgo de afectar a su descendencia, se ven confrontadas con el dilema de decidir no procrear, o ya producida la concepción, de tomar la decisión de interrumpir el embarazo. Esta última alternativa no tiene favorable acogida en nuestro ordenamiento jurídico¹²⁶, por lo cual, en el ámbito interno, la única solución vendría a ser, para algunos, la “no descendencia”¹²⁷; para nosotros, “las precauciones para evitar la descendencia”.

Creemos que quienes pueden transmitir una enfermedad como la sífilis o el sida deben necesariamente adoptar métodos anticonceptivos, y que se eximirían de responsabilidad demostrando presuncionalmente su utilización. Pero es sabido que los métodos anticonceptivos no son seguros; por lo tanto, la concepción habiendo utilizado técnicas anticonceptivas no puede generar la obligación de reparar de la progenitora, dado que de lo contrario no sólo se le cercionaría su derecho a la procreación sino su derecho a la sexualidad.

En definitiva, es muy difícil que en un país donde no está admitido el aborto se dé la responsabilidad por acto procreativo, porque lo normal será que se pueda presumir la utilización de técnicas anticonceptivas, y éstas no brindan en ningún caso un 100% de eficacia.

¹²⁶ Acerca del aborto eugenésico: ver nota 16 del presente trabajo.

¹²⁷ Desde ya que no dejamos de vislumbrar las posibles connotaciones que se encuentran ínsitas en la opción que llamamos “no descendencia”. Si bien ella no implica el deber de “abstenerse de mantener relaciones sexuales”, pudiendo los adultos recurrir a la utilización de diversos métodos anticonceptivos, no es menos cierto que el peligro de un embarazo se encuentra siempre latente. En el marco de la concepción natural, la única vía segura sería la esterilización de ambos o alguno de los miembros de la pareja (sobre esterilización en general, y con especial tratamiento de la esterilización eugenésica: véase HOOFT, Pedro F.; HOOFT, Irene y GIORGI, Mariano, Cap. *Esterilización*, en la obra próxima a editarse titulada *La responsabilidad ética y jurídica de los profesionales de la salud*, AA. VV., Hammurabi).

En la jurisprudencia inglesa¹²⁸ reciente se han admitido demandas de responsabilidad contra los médicos que practicaron una operación esterilizante, vasectomía, y de todas maneras se produjo un nacimiento. Similares casos se han registrado en Estados Unidos, donde a la madre se le practicó una operación esterilizante, no obstante lo cual dio a luz a un hijo con problemas cardíacos congénitos, que falleció a los 15 meses de vida¹²⁹. Estos precedentes nos indican claramente la imposibilidad en el estado actual de la ciencia de lograr un control de la natalidad absolutamente seguro, por ende pueden producirse embarazos que se trataron de evitar y aun así se produjeron, transmitiéndose taras a la descendencia no querida, supuesto en el cual no habrá traslación del daño de la víctima a sus progenitores, que adoptaron todas las medidas de seguridad para evitarlo.

Las nuevas corrientes han reabierto la discusión sobre el derecho a la procreación de aquellos individuos que presentan riesgos más o menos elevados de tener hijos con graves anomalías vinculadas con la herencia genética. No sólo los progresos en la ciencia médica han llevado a la supervivencia de personas afectadas por enfermedades hereditarias de origen genético y transmisores potenciales de dicha enfermedad a sus hijos, sino que también ha surgido la posibilidad de informarse sobre tales cuestiones –recurriendo a los test genéticos–, dando lugar al denominado consejo genético, e incluso, aunque en estado de investigación, a la utilización de terapias génicas tendientes a reparar o disminuir el daño que pudiere afectar al embrión, como también la posibilidad de recurrir a técnicas de reproducción asistida.

Los posibles cursos de acción a adoptar por los individuos, una vez recabada la pertinente información, se encuentran estrechamente vinculados con las decisiones reproductivas de los sujetos, en las cuales no sólo habrá de ponderarse la gravedad de la enfermedad de que se trate, el porcentaje de riesgo de transmisión y los eventuales trata-

¹²⁸ Cámara de los Lores, Londres, 25-11-99, *Mc FARLANE* y otros, *Taiside health board*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, agosto de 2001; en el caso, al padre del niño se le practicó una operación esterilizante, vasectomía, y se le informó erróneamente que podía suspender toda práctica anticonceptiva. El padre concibió un hijo no deseado y demandó a los médicos por el daño causado.

¹²⁹ 733.NE 2nd 1169, Ohio, 2000.

mientos disponibles, sino que se harán presentes los valores éticos, morales y religiosos de los individuos involucrados. Por tales razones, todo análisis genético ha de reputarse voluntario, y no puede ser impuesto coercitivamente por el Estado. Ello, sin desconocer las indudables bondades del “consejo genético”, que permite a los padres asumir responsablemente su paternidad¹³⁰.

Como ya anticipáramos, en otros ordenamientos jurídicos los test genéticos y el consejo derivado revisten una relevancia aún mayor que en nuestro país, en cuanto legitiman diversas acciones y medidas de los interesados –tales como recurrir a una esterilización o aborto eugenésico–, alternativas que no se presentan en nuestro país. El Derecho argentino reprime penalmente el aborto en los supuestos no justificados, en el artículo 86 del Código Penal, y, en principio, no sin opiniones en contrario¹³¹, pareciera prohibir la esterilización sin razón estrictamente terapéutica que la avale.

En nuestra opinión, si bien nos hemos expedido por el reconocimiento del derecho a procrear, siendo que todo lo atinente a la voluntad procreacional pertenece al ámbito de las decisiones íntimas de la pareja,

¹³⁰ El papel a desempeñar por el asesor genético ha de circunscribirse a procurar que las decisiones del sujeto sean racionales y encuentren fundamento en una información objetiva, debiendo ser respetados en todo momento las creencias, valores y pautas éticas y morales de quienes recurren a su consulta. El asesoramiento no ha de ser directivo, debiendo cuidarse de no intentar imponer los propios valores sobre los pacientes. Puede consultarse sobre el tema: GAFO, Javier, *Ética y consejo genético*; ROMEO CASABONA, Carlos M., *Aspectos jurídicos del consejo genético*, ambos incluidos la obra *Consejo genético: aspectos biomédicos e implicaciones éticas. Dilemas éticos de la medicina actual*, vol. 8, AA. VV., Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1994. Romeo Casabona, siguiendo la definición de “consejo genético” de HARPER, Peter S., *Consejo genético y diagnóstico prenatal*, en *Labor hospitalaria*, N° 218, 273 (1990), nos dice que es el “proceso por el cual los pacientes o sus parientes con riesgos de una enfermedad de carácter hereditaria son advertidos de las consecuencias de la enfermedad, de la probabilidad de padecerla o transmitirla y los métodos posibles para evitarlas o mejorarlas”. El inicio de la consulta suele darse en el contexto de la toma de decisiones vinculadas con la reproducción, englobando las diversas hipótesis bajo el término “diagnóstico antenatal”, comprensivo del “preconceptivo”, “preimplantatorio” y “prenatal”, amén del diagnóstico “posnatal” más directamente vinculado a las posibilidades terapéuticas o preventivas de enfermedades hereditarias de recién nacidos, niños o adultos.

¹³¹ HOOFT, HOOFT y GIORGI, ob. cit. en nota 127 *in fine*.

dentro del principio de reserva amparado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, ello no implica que, en ciertos casos, si de su ejercicio se deriva un daño grave a la salud del nacido, este último no sea merecedor de la debida protección legal. Huelga reiterar aquí el reconocimiento y favor legal dispensado en el Derecho interno al *nasciturus* como sujeto de derecho.

Como bien se ha dicho, desde una perspectiva ético-jurídica y bioética, el derecho a la procreación ha de encuadrarse en el de una “procreación responsable”, y con una apelación a la libertad de conciencia de las personas directamente involucradas, en orden al denominado “respeto a las condiciones humanas de la procreación”, conforme a las cuales, en determinadas circunstancias, para algunos, “el derecho a tener un hijo se transforma en un deber de no tenerlo”, para nosotros, “el derecho a tener un hijo se transforma en el deber de tomar las precauciones para evitarlo”¹³². En suma, se trata de reafirmar el concepto de paternidad responsable, negándose la irresponsabilidad en el ámbito sexual de los individuos y la obligación de asumir las consecuencias derivadas de la relación sexual, todo ello teniendo en cuenta el grave daño ocasionado al ser humano naciente¹³³.

Ciertamente que lo expuesto no habilita a la adopción de políticas del Estado que, imperativamente, obliguen a la esterilización de los seres humanos portadores de riesgos de transmitir enfermedades a su

¹³² VIDAL MARCIANO, *Bioética. Estudios de Bioética racional*, Tecnos, Madrid, 1989, ps. 89 y ss.; SCHOTSMANS, Paul –Universidad Católica de Lovaina–, *En de mens schieps de mens. Medische revolutie en ethiek (Y el hombre creó al hombre. Revolución médica y ética)*, Pelckman, Países Bajos, ps. 166 y ss.; NYS, Herman –Universidad Católica de Lovaina–, *Geneeskunde Recht en medisch handelen*, Algemeen Practische Rechtverzameling, Bruselas, 1991, ps. 170 y ss. *De zondheidsethiek*, p. 348, citados por Pedro F. Hooft en fallo transcripto en: HOOFT, P. F., *Bioética y derechos humanos*, Depalma, Buenos Aires, 1999, ps. 165/166, y causas: “N. M. H. s/Amparo”, D. J. B. A. del 10-7-97, ps. 685 y ss.; J. A. 1997-IV-346; rev. *Quirón*, vol. 28-2, 1997; E. D. 128-877, entre otras.

¹³³ Compartimos la opinión vertida por Carlos Parellada, al decir que “no se vulnera el derecho a la intimidad cuando se hace responsable a los padres que en forma negligente han transmitido una enfermedad a los hijos, sino que se los obliga a tomar a su cargo las consecuencias de la íntima decisión dañosa. El respeto por la intimidad de los padres no puede significar el desprecio por el derecho a la vida normal del hijo” (ob. cit. en nota 36, ps. 409/410).

prole. En tal sentido, López Azpitarte acertadamente señala que “entre las competencias del Estado para salvaguardar el bien común no entran medios de este tipo”, configurando semejante intervención un atentado no sólo contra la autonomía de la persona sino contra su propia dignidad humana¹³⁴. Pero, pensamos que es dable reconocer que, cuando teniendo conocimiento certero sobre el riesgo asumido y la gravedad de la enfermedad o afectación de la salud de sus futuros hijos los padres se desentienden de tales circunstancias, consumado el daño el hijo afectado debe quedar habilitado a impetrar el pertinente reclamo indemnizatorio¹³⁵.

Por último, la tesis negativa suele aludir a la *pietas familiae*, afirmando que precisamente las acciones resarcitorias tendrían lugar cuando el nuevo ser, cuya salud se ve gravemente comprometida, más habría de necesitar del amor y cuidado de su familia. Empero, ello, por sí solo, no constituye un argumento suficiente para el rechazo propugnado. Al igual que en los restantes supuestos de demandas interfamiliares, difícilmente se presenten reclamos exigiendo la compensación económica del daño si la familia del damnificado le suministra el tan caro marco de contención, afecto y cuidado requerido por el niño. Por el contrario, creemos que la realidad habrá de demostrar que este tipo de juicios seguramente habrán de aparecer cuando los progenitores, a su originaria conducta negligente y desaprensiva del bienestar del hijo procreado, sumen una desatención y falta de preocupación por la satisfacción de sus necesidades, tanto materiales como espirituales.

¹³⁴ LÓPEZ AZPITARTE, E., *Ética y vida. Desafíos actuales*, Paulinas, Madrid, 1990, ps. 123/4, citado por HOOFT, HOOFT y GIORGI, ob. cit. en nota 127. En tal sentido cabe recordar que la reciente Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su artículo 37, reconoce “los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos”.

¹³⁵ Cabe recordar, que el artículo 21, numeral 4, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al establecer los lineamientos que debe seguir la Ley Básica de Salud, dispone que ésta debe promover “la maternidad y paternidad responsables. Para tal fin pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos”.

Sentado ello, es menester puntualizar que el daño irrogado debe ser grave, esto es, debe afectar sustancialmente el desarrollo y bienestar del nacido. Estimamos por demás trascendente el presente requisito, el cual tiende a evitar todo intento de responsabilizar a los padres por la transmisión de males no realmente incapacitantes y que tornen la vida en un verdadero sufrimiento y estado de infelicidad, o aún más, por la transmisión de caracteres no descados y que puedan someter a los hijos a condiciones de notoria desventaja social. En este limitado aspecto, hacemos parcialmente propios los argumentos vertidos por la Corte de Apelaciones del Estado de Illinois en el *leading case* “Zepeda vs. Zepeda”.

Con respecto a los daños materiales, éstos, en general, no se advertirán en la menor de edad porque el deber alimentario de los padres los obliga a cubrir todo lo necesario para la subsistencia del hijo; los daños patrimoniales cobran otra relevancia en la mayoría de edad del descendiente cuando la obligación alimentaria del padre ha variado en su extensión, o se ha extinguido por la muerte del progenitor, en cuyo caso los herederos bien podrían no estar obligados a prestar asistencia al discapacitado, pero sí se encuentran obligados a responder por los daños y perjuicios producidos por el causante.

Por otra parte, hemos de compartir los lineamientos establecidos por la doctrina mayoritaria, en cuanto entiende que la responsabilidad de los padres sólo podrá encontrar sustento en un factor de atribución de carácter subjetivo. En otros términos, debe mediar un actuar culposo o doloso atribuible a los progenitores a fin de que éstos se enfrenten al deber legal de resarcir a su hijo. Interesa remarcar que, especialmente en lo atinente a las enfermedades o daños causados a la prole por deficiencias graves en la nutrición materna, ha de meritarse la eventual incidencia del contexto socioeconómico en el cual se desenvuelva la embarazada, que puede llevar a excluir en ciertos casos su responsabilidad. Desde otra perspectiva, no ha de omitirse la debida consideración de la desigualdad que en muchos países aún existe en cuanto al acceso a los servicios de prevención y atención de salud. Este aspecto habrá de desempeñar un papel aún más trascendente en la responsabilidad por transmisión de enfermedades genéticas, dado que es indudable la mayor dificultad en el acceso a los servicios de genética en

razón de factores económicos y culturales. Sobre el particular, no faltan voces que destacan los conflictos que pueden suscitarse en la determinación de la prioridad de destinar recursos a la patología genética en países donde todavía no se han resuelto problemas de salud de origen ambiental y social¹³⁶.

VII. Opinión de jornadas y congresos

1. *Jornadas de Derecho Civil. Familia y Sucesiones, en homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa (Santa Fe, 1990)*

El tema en tratamiento fue objeto de análisis en las Jornadas de Derecho Civil. Familia y Sucesiones, que tuvieron lugar en Santa Fe, en homenaje a la profesora María Josefa Méndez Costa. La comisión que se abocó al tema se pronunció, *de lege lata*, por la viabilidad de la pretensión indemnizatoria del hijo contra sus padres, por los daños genéticos producidos al procreárselo conociendo la sustancial gravedad de la *transmisión de afecciones hereditarias o infecciones* que sobrevendrían. Se juzgó de aplicación el régimen de responsabilidad extracontractual, siendo el factor de imputación de carácter subjetivo.

2. *XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1991)*

En las citadas Jornadas Nacionales de Derecho Civil se entendió

¹³⁶ PENCHASZADEH, ob. cit. en nota 11, p. 100, quien nos dice que *el dilema ético fundamental que se confronta en el campo de la genética médica es la inequidad en la distribución de los servicios genéticos*. Es común que tales servicios no sean accesibles acorde con la necesidad (por ej. en función de la magnitud del riesgo genético), sino con la capacidad de pago. Barreras socioeconómicas, culturales y lingüísticas se interponen frecuentemente entre la necesidad y el servicio. Según el autor, el derecho a la salud debe incluir el acceso a la información sobre riesgos genéticos y a las medidas de prevención de los mismos por los métodos voluntarios del asesoramiento genético y el diagnóstico prenatal. Creemos, personalmente, que éstas constituyen circunstancias de vital importancia para el caso de tener que analizar y juzgar la eventual responsabilidad de los progenitores por la transmisión de enfermedades genéticas a su prole.

que “los padres son responsables frente a sus hijos por las *taras hereditarias* que aquéllos ocasionan a éstos a raíz de una enfermedad grave de la que ellos tuvieron conocimiento —por ejemplo, sífilis, sida, etcétera—”¹³⁷.

3. *II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (1992)*

El criterio expuesto en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil fue mantenido en pie en las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, en las cuales se recomendó que “los padres son responsables frente a sus hijos por la transmisión de *graves enfermedades hereditarias o por el contagio a través de métodos de inseminación artificial o asistida*, si conocieron o pudieron conocer la posibilidad ‘cierta’ de ocasionar tales perjuicios”¹³⁸.

Del análisis de las posiciones doctrinarias que admiten la responsabilidad en los supuestos en análisis, y despachos y recomendaciones de las jornadas y congresos que se abocaron al tema, se desprende la exigencia de que concurren las siguientes condiciones: el conocimiento por parte de los padres de las taras o enfermedades que pueden transmitir a su prole —o posibilidad de conocer tales circunstancias—, la posibilidad cierta de que se produzca la transmisión y la necesidad de que se trate de enfermedades graves.

Se juzga que no puede soslayarse la conducta asumida por aquellos sujetos que, conociendo la posibilidad de transmitir una enfermedad grave, actúan irresponsablemente y sin consideración del bienestar de su futuro hijo.

¹³⁷ El despacho mayoritario en tales jornadas fue firmado por los Prof. Dres. Bueres, Messina de Estrella Gutiérrez, Gesualdi, Kraut, Banchio, Müller, Meza, Boragina, Agogliá, Giménez, Bravo, Niel Puig, A. Alterini, López Cabana, Wayar, Paredada y Aída Kemelmajer de Carlucci.

¹³⁸ Recomendación suscripta por los Dres. Bueres, Kemelmajer de Carlucci, Paredada, Leiva, Boulín, Gesualdi, Tanzi, A. Alterini, López Cabana, Messina de Estrella Gutiérrez, entre otros.