

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES FRENTE A SUS HIJOS POR LA TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES HEREDITARIAS

MARCELO RAFAEL TAVARONE

I. GENERALIDADES

La cuestión a analizar, versa sobre si existe o no derecho a una indemnización a favor de una persona, por los daños sufridos a raíz del padecimiento de enfermedades hereditarias o taras mentales congénitas o, dicho con mayor completitud, trataremos de dilucidar si los padres de una persona deben responder ante ésta por el solo hecho de haberle transmitido una enfermedad hereditaria —un daño genético, digamos— a través de la procreación natural, esto es, por medio del coito y sin fecundación asistida, por cuanto este último es un tema que merece un análisis aparte, que excede los límites del presente trabajo.

II. LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA

El tema no ha sido muy abordado aún en la Argentina, pero de todos modos, existen ya —aunque pocas— algunas opiniones doctrinarias vertidas acerca del mismo.

Encontramos la opinión del Dr. Zannoni, quien se manifiesta en contra de la posibilidad de que los padres tengan que responder civilmente ante sus hijos por la transmisión de males congénitos o hereditarios¹.

¹ Zannoni, Eduardo A., "Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (con especial referencia a la manipulación genética y ferti-

Afirma el destacado autor que, de acuerdo con los principios imperantes en materia de responsabilidad civil, no es posible fundar de modo alguno la antijuridicidad del acto de la procreación —que sería el que origina el “daño” sufrido por el hijo—.

Sostiene el Dr. Zannoni, que si se parte de suponer la ilicitud del coito en aquellas personas que pueden transmitir enfermedades infecciosas o hereditarias, el Estado no tendría más remedio que prohibir el coito —el coito fecundante, al menos—, en tales circunstancias.

Observa también que dicha prohibición constituiría un inadmisibles avance sobre la privacidad de las personas².

El Dr. Tobias, por su parte, opina que el hijo que padece la transmisión de una enfermedad hereditaria tiene, como opción diferente a la de no haber sido concebido enfermo, la de no haber recibido el don de la vida.

Es decir, que el reclamo al que apunta la indemnización del daño sufrido por la transmisión de una enfermedad hereditaria, mediante la concepción, se refiere directamente al cuestionamiento del acto mismo de procreación, es decir, que para no padecer la enfermedad que lo afecta, el hijo no debió ser concebido.

Se pregunta el citado autor, si el Derecho puede tutelar el “no ser concebido” como un interés legítimo, y asimismo, si la nueva situación del hijo constituye un cambio o circunstancia desfavorable con respecto a su estado anterior, es decir, la no existencia.

El Dr. Tobias concluye, por un lado, que el supremo valor que el Derecho otorga a la vida humana, no permite considerar que la nueva situación del hijo constituye una situación desfavorable respecto de la que tenía antes de su concepción, y, al mismo tiempo, concluye que el Derecho no puede tutelar el interés de no ser concebido³.

lización asistida”, en *Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Mosser Iturrage*, ps. 619 y sigs.

² Conf. Zannoni, Eduardo A., *op. cit.*, ps. 627-628.

³ Tobias, José W., “Acerca de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de hijos contra padres por la transmisión de enfermedades”, L.L., 1992-B-836.

En la doctrina extranjera, Trabucchi se manifiesta también en contra de tal imputación de responsabilidad⁴.

Sostiene este autor que no existe tal derecho al resarcimiento por parte del hijo, "... sobre todo porque a los padres el hijo les debe, de cualquier modo, la vida, aquella vida que la naturaleza ofrece"⁵.

Pantaleón Prieto se manifiesta también en contra de tal derecho al resarcimiento⁶.

Expresa el catedrático español, que responsabilizar a los padres por la transmisión de enfermedades genéticas o infecciosas a sus hijos, a través de la concepción natural, implicaría una ilegítima restricción al derecho fundamental que tiene toda pareja de planificar su propia reproducción, amparado por el artículo 18.1 de la Constitución española, en cuanto garantiza el derecho a la intimidad familiar. De lo contrario, si no fundamos la responsabilidad de los padres en la ilicitud del acto de procreación, según el autor español, estaríamos frente a una responsabilidad por acto lícito, sin fundamento legal alguno.

Volviendo a la doctrina nacional, encontramos la opinión del Dr. Banchío, quien considera que sí existe responsabilidad de los padres frente a sus hijos, por transmisión de enfermedades hereditarias a través de la procreación natural⁷.

⁴ Trabucchi, Alberto, "La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità", en *Rivista di Diritto Civile*, 1982, p. 617 y sigs.; aunque debemos señalar que no nos ha sido posible la consulta directa de esta obra, por lo que nos hemos valido —por considerarla harto suficientemente confiable— de la cita que realiza el Dr. Carlos Enrique Banchío en su trabajo "Daño genético y responsabilidad civil", al que nos referiremos más adelante.

⁵ Trabucchi, Alberto, "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", en *Rivista di Diritto Civile*, sett.-ott. 1986; *Dottrina*, p. 598; traducción libre.

⁶ Pantaleón Prieto, Fernando, "Procreación artificial y responsabilidad civil", ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, 1987, en "La filiación a finales del siglo XX - Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Madrid, 1989, p. 246 y sigs.; cit. por Banchío en "Daño genético y responsabilidad civil".

⁷ Conf. Banchío, Enrique C., "Daño genético y responsabilidad civil", en *Responsabilidad por Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Bustamante Alsiso*, p. 157 y sigs.

Según la opinión del autor mencionado, el principio *semínam laedere* contenido en el artículo 1109 de nuestro Código Civil, debe conducirnos a admitir la pretensión indemnizatoria del hijo en contra de sus padres, por el daño genético o hereditario⁸.

Asimismo sostiene el Dr. Banchio, que las tendencias imperantes en el moderno Derecho de Daños también deben conducirnos a la misma conclusión, aludiendo al hecho de que, modernamente, la ilicitud de una acción no constituye un elemento estrictamente necesario para fundar la responsabilidad civil, dado que a lo que hoy se estaría prestando mayor atención, es al daño "injustamente sufrido", y no al daño "injustamente causado".

Encontramos también la opinión del Dr. Parellada, quien sostiene que los padres se encuentran obligados a responder en la situación analizada. Entiende el citado autor, que existiendo razones para considerar antijurídica la conducta de uno de los cónyuges que contagia una enfermedad al otro, debería entenderse, por razones similares, que el Derecho mira con idéntico disvalor la transmisión de enfermedades hereditarias a sus hijos⁹.

Por otro lado, el Dr. Parellada entiende que ningún asombro debe causar el hecho de que los padres deban responder ante sus hijos a pesar de que su conducta no constituya en sí una "conducta antijurídica", y ello debido a que "... el Derecho de Daños reconoce como fuente de la obligación de responder muchos casos en los que la conducta, en sí, constituye un acto lícito..."¹⁰.

III. LA CUESTIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

No ha existido —o al menos, no hemos localizado en los repertorios de jurisprudencia—, caso alguno de semejantes características que haya sido sometido a nuestros tribunales.

⁸ Conf. Banchio, Enrique C., *op. cit.*, p. 166.

⁹ Parellada, Carlos A., "Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético", en *Derecho de Familia. Libro Homenaje a la Profesora María Josefa Méndez Coara*, Rubinzal-Cultroni, Santa Fe, 1991, ps. 410-441.

¹⁰ Parellada, Carlos A., *op. cit.*, p. 410.

Existen, no obstante, pronunciamientos extranjeros, de los cuales creemos que merecen ser tenidos en cuenta los siguientes:

El primero de ellos, fue resuelto por el tribunal italiano de Piacenza el 31-VII-1950¹¹.

El precedente en análisis versaba sobre la procreación natural de un hijo, el cual fue engendrado por sus padres transmitiéndosele sífilis hereditaria.

En el fallo, el tribunal italiano reputó civilmente responsables a los padres por haber engendrado, conociendo el riesgo de la transmisión a que estaba expuesto el hijo.

El fallo en análisis es criticado por el Dr. Zannoni, quien considera que el mismo "... constituyó una sanción arbitraria e inconsulta con los presupuestos de la responsabilidad civil"¹².

Merece también ser tenido en cuenta el precedente Zepeda v. Zepeda decidido el 3-IV-1963 por la Tercera División del Tribunal de Apelaciones de Illinois¹³.

Si bien el tema decidido no se refería a la transmisión de una enfermedad hereditaria, el razonamiento seguido por los jueces al fallar el caso, merece toda nuestra atención, dado que desemboca directamente en la cuestión analizada en el presente trabajo.

El demandante, Joseph Zepeda —menor de edad—, se presenta asistido por su madre natural y demanda a su padre natural, Louis Zepeda, reclamándole el resarcimiento por los daños y perjuicios que habría sufrido por el hecho de haber sido concebido como hijo adulterino.

¹¹ *Foro italiano*, 1951-1-391; cit. por Zannoni, Eduardo, op. cit., p. 627. El fallo en cuestión causó una profunda conmoción que llegó mucho más allá del simple debate jurídico. Dentro de la doctrina italiana, la decisión del tribunal de Piacenza fue duramente criticada por la mayoría de los autores.

¹² Zannoni, Eduardo A., op. cit., p. 627.

¹³ 190 N.E. 2d. 849; cit. por Cueto Rúa, Julio, en "Lógica y experiencia en el Derecho (A propósito de Zepeda v. Zepeda)", L.L., 1991-D-954 y sigs. La decisión del tribunal de Illinois, constituye una interesante pieza jurídica, que con un típico sello anglosajón, deja de lado por un momento el terreno de la especulación y la elaboración abstracta del Derecho, para analizar con suma cuidado las consecuencias prácticas de su aplicación, haciendo derivar de esta última circunstancia la solución del caso.

Así pues, planteado el caso, el tribunal debía decidir si Louis Zepeda —padre del menor— debía indemnizar a este último por el hecho de haberle dado la vida, claro que como hijo extramatrimonial —adulterino, para ser más exactos—, y no como hijo matrimonial, concebido en el seno de un matrimonio legalmente constituido.

El tribunal rechazó la demanda, reconociendo que el menor había sufrido determinados daños por su condición de hijo adulterino, pero advirtiendo también que la admisión de la misma habría constituido un alarmante precedente.

El tribunal expresó que, de admitirse la viabilidad del reclamo del menor, podía esperarse en el futuro un aluvión de demandas —a más de las que promoverían los hijos ilegítimos—, en las que "...reclamarían por daños y perjuicios todos aquellos que llegaran a este mundo bajo condiciones que pudieran considerar adversas. Uno podría procurar la indemnización de daños y perjuicios por haber nacido de un cierto color, otro por razones de raza, otro por haber nacido afectado de una enfermedad hereditaria, otro por haber heredado características familiares desafortunadas, uno por haber nacido en el seno de una familia numerosa y desprotegida, otro porque uno de sus padres gozaba de mala reputación"¹⁴.

Obsérvese que el tribunal, con sólo habérsela representado, descartó de plano la viabilidad de una pretensión resarcitoria como la que estamos analizando.

IV. NUESTRA OPINIÓN

A) La gran cuestión: ¿Existir o no existir?

Muy probablemente, de los párrafos que anteceden haya surgido ya el verdadero problema que subyace debajo de esta cuestión.

La pregunta es: ¿Qué es mejor? ¿Nacer afectado por alguna enfermedad hereditaria grave —mortal si se quiere—, o no nacer?

Obsérvese que la respuesta que demos a este interro-

¹⁴ Del fallo Zepeda v. Zepeda; según la transcripción que realiza el Dr. Costa Rúa, en op. cit., pp. 958 y 959, la bastardilla es nuestra.

gante será de fundamental importancia en las conclusiones finales que podamos obtener sobre el tema en análisis.

Ello obedece a que si admitimos que nos hallamos ante una circunstancia perjudicial, dañosa, entonces habremos abierto las puertas de la responsabilidad civil, para luego continuar internándonos en ella, y seguir indagando sobre la existencia del resto de sus presupuestos.

Por el contrario, si afirmamos que el hijo al que se le transmitió una enfermedad hereditaria, por el solo hecho de haber sido concebido, no ha sufrido un daño, sino en realidad un beneficio —cual es el de haber recibido la vida—, habremos cerrado definitivamente las puertas de la responsabilidad civil, dado que si no existe daño alguno que resarcir, ningún sentido tiene el proseguir cuestionándose sobre el resto de los presupuestos de la obligación de reparar.

Ahora bien... En el caso fallado por el tribunal de Piacenza... ¿Qué hubiera sido mejor o peor, según el caso, para el hijo afectado de sífilis hereditaria? ¿Nacer enfermo o no nacer? ¿Existir o no existir?

"*Maius est esse et esse miserum, quam non esse*", reza el adagio.

A menudo, las aguas de la filosofía bañan las costas del Derecho, y en ocasiones —como en ésta que estamos analizando— producen verdaderos anegamientos.

Recordemos al filósofo:

"Más de una vez se ha dicho que todo hombre desgraciado prefiere ser el que es, aun con sus desgracias, a ser otro sin ellas. Y es que los hombres desgraciados, cuando conservan la sanidad en su desgracia, es decir, cuando se esfuerzan por permanecer en su ser, prefieren la desgracia a la no existencia. De mí se decía que cuando era un mozo, y aun de niño, no lograron conmoverme las patéticas pinturas que del infierno me hacían, pues ya desde entonces nada se me aparecía tan horrible como la nada misma"¹⁵.

¹⁵ Unamuno, Miguel de, *Del Sentimiento Trágico de la Vida*; Leonada, Buenos Aires, 1977, p. 14; la bastardilla es nuestra. No debemos olvidar que la historia de la humanidad está jalonada de grandes hombres que dejaron su huella para las generaciones posteriores, pese estar afectados, algunos, de enfermedades sumamente graves. Así, podríamos recordar la sordera de Beethoven, o la epilepsia de Alejandro Magno, sólo por mencionar algún ejemplo.

Nosotros creemos que por el solo hecho de existir, el hijo ya ha recibido un —invalorable— beneficio de sus padres.

En este sentido, creemos que existe un primer gran obstáculo para poder afirmar que los padres deben resarcir a sus hijos por la transmisión de enfermedades hereditarias, dado que no podemos admitir que la transmisión de la vida sea equiparable a la causación de un hecho dañoso.

¿Cómo podría el hijo pretender que el padre lo resarza por el hecho de haber heredado un mal congénito? ¿Acaso ese hijo no debe su existencia a ese padre al cual reclama dicho resarcimiento? ¿Acaso no es precisamente ese hecho por el cual se le transmitió el mal congénito el mismo que permitió su llegada a este mundo? ¿Se trata de un hecho dañoso para ese hijo, o en realidad, de un hecho infinitamente beneficioso?

Por otra parte, no ha de escapar a nuestra observación, que la otra posibilidad con que contaba el hijo, en lugar de haber heredado ese mal congénito, era la de nunca haber sido concebido.

Digamos que el "ilícito" que el padre cometió en contra de su hijo fue, nada menos, que el de haberle dado la vida, precisamente...

Lamentablemente, dista mucho de nuestras posibilidades el poder dar una respuesta de orden filosófico a la cuestión, por lo que a continuación, trataremos de esbozar, al menos, una respuesta de orden jurídico.

B) El fundamento de esta responsabilidad

Coincidimos con el Dr. Zannoni cuando alude a la falta de fundamentación de la responsabilidad en análisis.

Por otra parte, de lo expresado en el punto anterior, se preanuncia un dato de relevante importancia en nuestro análisis: para poder hablar de responsabilidad civil, es necesario contar con un elemento cuya ausencia descarta toda posibilidad de continuar analizando los demás presupuestos de la responsabilidad civil; nos referimos, claro está, al daño.

En efecto, al habersele transmitido la vida, al hijo no se le causó daño alguno, sino que, muy por el contrario, se le causó un beneficio, por lo que, no existiendo daño que indemnizar, mal podríamos hablar de "responsabilidad civil".

Desde otro punto de vista, si pretendemos fundar esta

"responsabilidad" a partir de la supuesta ilicitud del acto de procreación natural llevado a cabo por los padres, creemos que el resultado de ello es la construcción de un verdadero "monstruo jurídico".

¿Cómo podríamos decirle a una persona que padece de cualquier enfermedad hereditaria que carece del derecho de engendrar un hijo? La hipótesis es grave.

Consideramos perfectamente válidas y legítimas aquellas medidas de orden sanitario o educativo tendientes a inducir determinadas conductas en aquellas personas que padecen enfermedades con alto grado de riesgo de contagio o de transmisión hereditaria, todo ello con fines de prevención; pero creemos que considerar ilícito el acto de procreación natural llevado a cabo por una persona afectada por alguna enfermedad de las descriptas, constituye un peligroso e inadmisibles avance sobre el ámbito de libertad y de privacidad de los individuos, violatorio a todas luces del artículo 1º de la Constitución Nacional, dado que, entre las acciones privadas de los hombres, si las hay, sin lugar a dudas se encuentra la de engendrar un hijo en forma natural —esto es, por medio del coito—.

Descartada pues la posibilidad de establecer la ilicitud del acto de procreación, cabe analizar una interesante aserción del Dr. Banchio, quien fundando su opinión sobre el tema en análisis, cita a Alterini y a López Cabana, y trae a colación el hecho de que en materia de responsabilidad civil, las modernas tendencias, hoy aceptadas, apuntan a la reparación del daño causado tanto por los actos ilícitos como por los actos lícitos¹⁶.

Laego continúa el Dr. Banchio: "Esto implica —sin más— el tránsito de un sistema resarcitorio fundado en el principio de la 'responsabilidad sanción', que funcionaba únicamente cuando el daño había sido producto de un obrar ilícito ('injustamente causado'), a una teoría más amplia, de la cual aquélla es sólo un capítulo, la teoría de la 'reparación del daño injustamente sufrido' "¹⁷.

¹⁶ Conf. Alterini, Atílio A. - López Cabana, Roberto, "Responsabilidad civil contractual y extrac contractual: de la diversidad a la unidad", L.L. 1989-C-1194, n° 30, según la cita que realiza Banchio, Enrique C., op. cit. p. 164.

¹⁷ Banchio, Enrique C., op. cit., p. 146.

No dudamos de lo acertadas que resultan las afirmaciones del Dr. Banchio, que constituyen una innegable realidad en la evolución actual del Derecho de Daños, pero no obstante, creemos que deben ser interpretadas en su justo contexto.

La realidad a que hemos hecho referencia en materia de Derecho de Daños alude a la circunstancia descrita por el Dr. Alterini cuando nos dice: "En poco más de un siglo irrumpió la sociedad industrial, que trajo como secuelas el maquinismo y el urbanismo, y desembocó en la sociedad posindustrial (Bell) o —con otras denominaciones— superindustrial (Toffler) o neindustrial (Valaskakis). En ese entorno, las posibilidades de sufrir daños se incrementaron enormemente..."¹⁸.

De modo pues, que las afirmaciones del Dr. Banchio, aludiendo a las modernas tendencias del Derecho de Daños, en cuanto apuntan al resarcimiento del daño "injustamente sufrido", más que del daño "injustamente causado" aluden a la circunstancia de que el hombre está expuesto a sufrir daños de muy diversa índole, ante fenómenos tales como el maquinismo, la utilización de la energía atómica, la urbanización, etcétera, y que por lo tanto se hace imperioso asegurarle una justa indemnización de los daños que dichos fenómenos —muy probablemente— podrán causarle.

Pero estamos refiriéndonos al maquinismo, la industrialización, el uso de la energía atómica, la urbanización... todas ellas, actividades que implican un alto grado de riesgo para todos los individuos que integran la comunidad... ¿Acaso el acto de procreación natural es equiparable a ellas...? Creemos que no.

Introducir la teoría del riesgo en un ámbito como el que estamos analizando, es casi como introducir un elefante en un bazar, con consecuencias ciertamente equiparables en ambos casos...

¹⁸ Alterini, Atilio A., *Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil*, p. 15, la bastardilla es nuestra. No puede dejarse de tener presente, que en nuestro derecho, la responsabilidad objetiva, con el fin de asegurar a la víctima de determinadas hechas dañosas la reparación del perjuicio allí sufrido, tiene un ámbito de aplicación bien establecido, no constituyendo una práctica legislativa ni judicial prudente, el extenderla indiscriminadamente a ámbitos como el de las relaciones de familia, donde muy probablemente nos conduciría a resultados sumamente desvalicacos.

Desde otro punto de vista, el Dr. Parellada se ha cuestionado si nos encontramos ante un caso encuadrable en el artículo 1109 del Código Civil o en el artículo 1113 del citado cuerpo legal²⁹.

La diferencia estaría dada de acuerdo a cómo consideremos a los gametos de una persona, ya separados de su cuerpo.

Si consideramos que los gametos de una persona constituyen una suerte de "prolongación" de esta misma, no se los podría considerar como una "cosa", y nos encontraríamos en un caso encuadrable en el artículo 1109 del Código Civil.

Muy por el contrario, si consideramos que los gametos de una persona son una "cosa", tendremos que entrar a analizar en qué medida han tenido un rol activo en la causación del "daño", para poder determinar si nos encontramos ante un daño causado "con" la cosa (art. 1113, Cód. Civ., primera parte del segundo párrafo), o de un daño causado por el "riesgo o vicio" de la cosa (art. 1113, segunda parte del segundo párrafo) (!).

Por otro lado, sea cual fuere el fundamento de la responsabilidad de los padres por el daño genético sufrido por hijos concebidos por medio de la procreación natural —si efectivamente semejante responsabilidad tuviera algún fundamento—, creemos que todos deberíamos meditar con mucho cuidado antes de decidirnos a engendrar un hijo.

Debemos recordar que existe un número muy importante de enfermedades que pueden transmitirse en forma hereditaria, o que por lo menos, existe una cierta predisposición a padecerlas entre los individuos pertenecientes a un mismo grupo familiar.

Así las cosas, además de aquellos que padecen Sida, también deberían alarmarse los que se encuentran afectados por sífilis.

También deberíamos ir lamentándonos por todos aquellos que padezcan diabetes, hipotiroidismo congénito, fencetonuria, hipertensión arterial, arterioesclerosis, reumatismo gótico... sólo por mencionar algunas enfermedades.

Pero no sólo en estos casos podría regir la responsabilidad en análisis. ¿Por qué no aplicarla a aquellos casos en que

²⁹ Parellada, Carlos A., *op. cit.*, ps. 411-412.

por la edad avanzada de los padres, existe el riesgo de que el hijo nazca afectado por síndrome de Down (megalismo)?

A esto podría responderse que la responsabilidad en análisis estaría exclusivamente reservada a los casos de transmisión de enfermedades graves o incurables que frustraran el desarrollo de una vida "normal" por parte del individuo²³.

Sin embargo, creemos que con esto se estaría ocultando una contradicción, pues ¿cuál sería el criterio que en cada caso determinaría la gravedad de la enfermedad o la imposibilidad de llevar adelante una vida "normal"? ¿Hasta qué punto enfermedades como las mencionadas más arriba pueden considerarse más graves unas que las otras?

Si postulamos la premisa por la que se afirma que los padres deberán responder por los daños que ocasionen a sus hijos a raíz de la transmisión de enfermedades hereditarias, debemos continuar con el desarrollo del razonamiento, y asumir las consecuencias de las conclusiones que arroje el mismo.

De lo contrario, tendríamos que establecer la responsabilidad de los padres por la transmisión de algunas enfermedades, y no por la transmisión de otras, lo cual pareciera estar indicando la existencia de un cierto grado de incoherencia dentro de la posición que sostiene el deber de responder por parte de los padres en los casos en análisis.

Claro está que las conclusiones que arroja el razonamiento pueden ser ciertamente serias, como apuntáramos más arriba, dado que si continuáramos con la lista de enfermedades hereditarias o de similares características —en el sentido de que existen mayores posibilidades de que sean padecidas por los integrantes de un mismo grupo familiar—, veríamos que —tal vez— sólo existirían unos pocos privilegiados que podrían engendrar un hijo sin el temor de traer al mundo a una suerte de implacable contradictor que les reclamará una indemnización por los daños y perjuicios que le fueron causados al haber sido engendrado heredando las enfermedades de sus progenitores.

Cabe referirse, asimismo, a un interesante argumento dado por el Dr. Parellada, que se refiere al disfavor con que el Derecho mira al contagio de enfermedades entre los

²³ Parellada, Carlos A., *op. cit.*, p. 408.

cónyuges, lo que haría trasladable dicho criterio al caso que estamos analizando²¹.

Entendemos que las razones apuntadas no son aplicables al caso que estamos analizando. De hecho, el Dr. Parellada se refiere a que la jurisprudencia ha considerado que el contagio de una enfermedad venérea entre cónyuges constituye una injuria grave, pero es de destacar que cuando un cónyuge contagia al otro, no le está transmitiendo "don" alguno, en tanto que cuando un padre transmite una enfermedad hereditaria a su hijo, juntamente con ello le está transmitiendo el don de la vida, lo cual descarta toda posibilidad de considerar que nos hallamos ante un supuesto de "daño", a diferencia de lo que ocurre en el caso de los cónyuges.

C) Conclusión

Los trabajos de los Dres. Banchio y Parellada son de un notable valor, dado que incursionan en un ámbito escasamente abordado en nuestro medio, y lo hacen con una notable cuota de originalidad y erudición jurídica, brillantemente combinadas.

No obstante, no coincidimos con sus apreciaciones, dado que entendemos que crear una responsabilidad del tipo de la que hemos estado analizando, equivale a colocar una "espada de Damocles" sobre la cabeza de muchos padres, a quienes no puede preténderseles negar el derecho —básico, elemental, fundamental, inalienable— de toda persona, a engendrar un hijo.

Pretender que esos padres deban resarcir el daño genético causado por la transmisión natural de la vida, equivale a sostener que los mismos carecen del derecho aludido.

Además, debemos tener presente que la transmisión de una enfermedad hereditaria constituye muchas veces —las más de las veces— un hecho azaroso y fortuito, dado que a menudo, se presentan casos de hermanos, de los cuales algunos de ellos han recibido la transmisión de la enfermedad hereditaria, mientras que los otros no la han recibido. Ahora bien, llegados a este punto... si el azar ha decidido que alguna persona haya tenido que padecer una enfermedad hereditaria, sin que sus padres hayan tomado semejante decisión

²¹ Parellada, Carlos A., *op. cit.* en nota 9.

en forma voluntaria ¿por qué debemos responsabilizar a los padres ante el acaecimiento de un hecho cuya producción ha dependido de los inmanejables designios del azar... Distinto sería el caso en el cual los padres, durante el embarazo, no hubiesen tomado las medidas sanitarias y preventivas que hubiesen sido necesarias para que su hijo naciera en perfecto estado de salud, caso en el cual, indudablemente habrían obrado con negligencia, y estarían obligados a reparar el daño causado a su hijo. Pero en los casos en que la transmisión de la enfermedad hereditaria no pudo ser evitada durante el embarazo mediante los tratamientos médicos que fueran del caso, no podemos responsabilizar a los padres por un mal cuya existencia es debida, esencialmente, a los caprichosos designios del azar.

Cabe señalar que otra sería la situación si el hijo hubiese sido concebido por medio de la llamada "inseminación artificial", casos en los cuales podría llegar a responsabilizarse, por ejemplo, al donante de gametos cuando los mismos causaren la transmisión de una enfermedad hereditaria.

Claro está que al respecto deben formularse especiales apreciaciones sobre la filiación del hijo, que exceden los límites del presente trabajo. No obstante, es preciso destacar que constituye un ámbito en el cual nuestras conclusiones podrían llegar a variar sustancialmente, dadas las especiales características que presenta la fecundación artificial.

Creemos que debe arbitrarse otro tipo de medidas ante circunstancias como las que se analizan, tales como las de carácter sanitario o educativo, que induzcan a los padres a prevenir o evitar la transmisión de enfermedades hereditarias a sus hijos. Lo otro, la prohibición lisa y llana de engendrar hijos en forma natural —es a eso a lo que nos conduce la tesis que propone responsabilizar civilmente a los padres por la transmisión de enfermedades hereditarias a sus hijos—, constituye un peligroso avance sobre la esfera privada de los individuos e introduce elementos disociadores de la armonía que debe imperar en el ámbito de las relaciones entre padres e hijos, desde el momento en que estos últimos han recibido de aquéllos el valioso don de la vida —el más preciado don con que se puede contar— y mal podría ser dicha circunstancia, fundamento de un reclamo contra los padres, por los daños (!!) que éstos habrían causado a sus hijos a través de la procreación, lo cual, creemos, lesiona los más elementales pilares de la convivencia humana.

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Atilio, *Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.

— *Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

— *Curso de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989 (en participación con Ameal, Oscar J. y López Cabana, Roberto M.).

AMEAL, Oscar J., *Curso de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992 (en participación con Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M.).

BANCHIO, Enrique C., "Daño genético y responsabilidad civil", en *Responsabilidad por Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Bustamante Alsina*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

BORDA, Guillermo, A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, Perrot, Buenos Aires, 1989.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

LOPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989 (en participación con Alterini, Atilio A. y Ameal, Oscar J.).

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por Daños. Parte General*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1982.

PAPELLADA, Carlos A., "Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético", en *Derecho de Familia. Libro Homenaje a la Profesora Doctora María Josefa Múndez Coiro*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.

PIAGGIO, Arbal N., "Azar y certeza en el derecho de daños", E.D., 152-197.

TORRES, José, "Acervo de la viabilidad de la pretensión resarcitoria de hijos contra padres por la transmisión de enfermedades", L.L., 1992-B-824.

TRABUCCHI, Alberto, "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", en *Rivista di Diritto Civile*, sett.-ott. 1986, Dottrina.

VELAZCO, José R., "Inseminación artificial: Aspectos a tener en cuenta para una futura legislación" (Ponencia presentada en las III Jornadas de Derecho de Familia y Sucesiones de Marón, octubre de 1993), J.A., 27-X-1993, n° 5852.

ZANCONI, Eduardo A., "Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (Con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)", en *Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe*, La Roca, Buenos Aires, 1989.