

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Agradezco a los expositores por la brillantez de sus intervenciones y su presencia a este calificado auditorio.

- Con lo que terminó el acto.

<p><b>Tema: LA RESPONSABILIDAD CIVIL, EN LA TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES</b></p>
---

Relatores: PROFESORES DOCTORES ALBERTO J. BUERES, MARCELO U. SALERNO, JOSÉ W. TOBÍAS Y ARTURO YUNGANO  
Fecha: 23 DE MAYO DE 1990

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Realizamos hoy una nueva mesa redonda con uno de los temas que se abordarán en las jornadas nacionales de Derecho civil a llevarse a cabo en Buenos Aires en 1991.

Advertimos una particular expectativa que seguramente debe obedecer a dos circunstancias: el incentivo del tema y la atracción que despiertan los profesores que van a exponer esta noche.

Según el orden alfabético que va a condicionar la prelación de sus exposiciones, desarrollarán el tema los doctores Bueres, Salerno, Tobías y Yungano.

Dejemos que ellos nos ilustren sobre la responsabilidad civil en la transmisión de enfermedades.

Gracias, doctor Bueres, y gracias a los demás panelistas por estar con nosotros.

DOCTOR BUERES.

Nos vamos a referir a la responsabilidad médica por transmisión de enfermedades, y trataremos de ser concisos - en vista del tiempo que nos fue acordado para disertar - en el desarrollo de los puntos que constituirán nuestra exposición.

En lo que hace a la naturaleza de la responsabilidad médica, en Francia fue frecuente hasta el año 1936 que los tribunales postularan la responsabilidad extracontractual de los galenos por sus faltas, sobre la base de lo dispuesto en los arts. 1382 y 1383 del Code Civil - similares a nuestro art. 1109 - . Fue sólo a partir de un difundido precedente judicial del 20 de mayo de ese año, que la communis opinio comenzó a volcarse masivamente en pro de la tesis contractualista, al menos como regla genérica de emplazamiento del deber médico de responder. Parecida trayectoria cronológica observó la doctrina italiana. En cambio, los autores españoles se mantuvieron aferrados a la tesis extracontractualista hasta el año 1983, aproximadamente. Y en lo que va de ese año hasta el presente existen notorios desacuerdos doctrinales en derredor de si la especie encaja en una u otra órbita de responsabilidad.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

En la doctrina nacional es abrumadoramente mayoritaria la postura contractualista, como directiva básica para gobernar el asunto, tal vez con la única excepción significativa del doctor Guillermo A. Borda, quien opina que la obligación de reparar de los médicos es aquiliana. Nosotros adherimos reiteradamente a la opinión dominante, y nos remitimos - en homenaje a la brevedad - a los argumentos expuestos oportunamente en nuestras obras vinculadas con la materia, sólo queremos destacar, a fin de reafirmar la posición asumida, uno de los argumentos que fueron dados por algunos autores franceses de finales del siglo pasado y de principios del presente (como Peytel y Nast). En tal sentido, se expresó que la culpa médica no era la del derecho común sino una culpa profesional distinta derivada de la violación de las reglas del arte galénico (conclusión que sirvió de punto de partida para que los autores aludidos excluyeran del plano contractual este tipo de deberes). Tesis ésta de la "responsabilidad eufemística", como bien la calificó Mosset Iturraspe, por medio de una afortunada expresión que fue retomada por el jurista español Joaquín Ataz López.

Hemos insinuado que la responsabilidad médica, en algunas ocasiones, y por excepción, puede ser aquiliana. En un esfuerzo sistemático podemos mencionar algunos de los varios supuestos de esta especie: 1. cuando los servicios médicos son requeridos por persona distinta del paciente siempre y cuando aquélla no obligue contractualmente a éste (el paciente) en virtud de una representación legal o convencional; 2. si la infracción médica civil, configura, a un tiempo, un delito del derecho criminal - circunstancia que abre paso a la opción aquiliana del art. 1107 - ; 3. si el contrato médico es inválido por faltarle algún elemento esencial o por cualquier otro defecto (art. 1056); 4. cuando el servicio médico es prestado por el facultativo en forma espontánea sin intervención alguna de la voluntad del paciente o de sus representantes (el auxilio a la víctima de un accidente en la vía pública); 5. de suministrarse asistencia galénica a un incapaz de hecho sin solicitar autorización del representante legal; 6. si se presta una actividad médica en contra de la voluntad del paciente (el suicida que recibe auxilio - art. 19, inc. 3° de la ley 17132 - ); 7. cuando el servicio de salud causa un daño al paciente fuera de la órbita del contrato; 8. si quienes experimentan el daño son terceros ajenos al contrato médico (los herederos del paciente fallecido que reclaman iure proprio el llamado valor de la vida humana, o el daño moral que esos herederos padecen personalmente a consecuencia del deceso del causante).

Ahora bien; de la actuación médica pueden provenir actos que ocasionen enfermedades a los pacientes o a otras personas. Así, por ejemplo, si no se advierte a un enfermo infecto contagioso cuáles son las precauciones que debe tomar para no afectar a terceros . En tal caso, si bien podría discutirse sobre la posibilidad de accionar de esos terceros o misso medio contra el médico - en los términos del art. 1109 y concordantes -, al mediar dificultades con respecto a la configuración de la relación de causa a efecto, lo cierto es que el enfermo infecto - contagioso, cuyo mal no fue detectado por el facultativo, podrá intentar una acción de regreso contra éste, si tuvo que afrontar el pago de una indemnización de daños a favor de los terceros

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

contagiados . También puede suceder que un médico ordene la internación de un paciente infeccioso, sin percatarse de su mal por falta de diligencia, en una sala hospitalaria de enfermos no infecciosos. En tal caso, y más allá de la responsabilidad que pueda caber a la institución sanitaria, según los casos, es claro que el médico responderá frente a los pacientes contagiados por su culpa en los términos del art. 1109, salvo que el profesional estuviera ligado a la víctima por un contrato, en cuyo caso podría discutirse si existe un deber de seguridad de naturaleza objetiva que asegura la indemnidad psicofísica del paciente (suerte de obligación de seguridad fundada esencialmente en el principio de la buena fe).

Las hipótesis prácticas que pueden presentarse son variadas. Pero lo real es que la mayoría de ellas se verifica a consecuencia del empleo de cosas por los profesionales de la medicina.

Efectivamente, es frecuente que para desarrollar su actividad los médicos se valgan del empleo de instrumentos y aparatos. Esto dio pie a que se debatiera en Francia si se aplicaba o no la norma del art. 1384, parágrafo primero del Código Civil - similar a nuestro 1113, parágrafo segundo -, para contemplar los daños causados por los radiólogos (guardianes de los objetos), debido a la incidencia nociva de las radiaciones, o bien por los daños generados por los cirujanos con sus instrumentos quirúrgicos. Hace algún tiempo (1979) hicimos algunas apreciaciones sobre el particular, como también lo hicieron Mosset Iturraspe, Trigo Represas, Tobías y Lorenzetti, entre otros autores.

Sabido es que el actual art. 1113, parágrafo segundo, del Código Civil distingue los daños provocados con la cosa, sujeta o sometida al control humano (primer supuesto), de los daños causados por la cosa de forma autónoma, o sea, con independencia del obrar del hombre, a punto tal que se ha dicho - por Trigo Represas - que éste (el hombre) aparece desplazado de su rol protagónico a un segundo plano, en donde su intervención sólo habrá de jugar en función de mediatez (segundo supuesto).

Al trasvasar a nuestro medio jurídico el problema suscitado en Francia con motivo de los daños provenientes de las cosas, cabe que dilucidemos si el art. 1113, parág. segundo citado, tiene vigencia cuando está involucrado un acto médico.

La jurisprudencia hizo a veces aplicación del susodicho precepto, por cierto que de manera equivocada, en tanto sostuvo que la responsabilidad médica - en los casos a los que aludimos - era de raigambre contractual (aclaramos que no funcionaba en los supuestos enjuiciados la opción aquiliana contemplada por el art. 1107).

Por nuestro lado, estimamos que en los casos genéricos de responsabilidad contractual de médicos y establecimientos asistenciales, el art. 1113, parág. segundo es ininvocable salvo que fuera viable la referida opción del art. 1107 - . No obstante, ello no impide que la prestación contractual asumida por la clínica o por el facultativo, con respecto a las cosas utilizadas (artefactos, material médico, medicamentos, etc.), no sea normalmente objeto de una obligación de resultado. En Francia se siguió

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

este camino a raíz de los perjuicios sufridos por un paciente con motivo de las quemaduras que le fueron ocasionadas con un bisturí eléctrico en el curso de una operación, o de los daños provocados al enfermo al explotar un aparato de rayos equis o, en fin, del detrimento experimentado por un asistido a consecuencia del derrape del torno de un odontólogo. También se juzgaron como transgresiones a deberes de resultado la acción de suministrar al paciente suero en mal estado de conservación y la de efectuar una transfusión de sangre que contenía gérmenes sifilíticos.

Al respecto, Trigo Represas dice que aunque en nuestro derecho positivo no existan normas que regulan la cuestión de la órbita contractual - a diferencia de lo que acontece en el plano aquiliano con el art. 1113, parág. segundo, y de lo que sucedería si se aprobara el proyecto de Código Único de 1987 (cfr. art. 521), acotamos nosotros -, lo cierto es que en algunos contratos típicos, como la locación, el mutuo, el comodato, etc., y en el tratamiento de los vicios redhibitorios existen normas particulares que permiten intentar una sistematización del deber de reparar negocial por el hecho dañoso de las cosas (v. gr. arts. 1525, 2176, 2247, 2286, etcétera).

Según nuestra focalización del asunto, en estos casos el médico y la clínica responden como deudores de unas prestaciones negociales asumidas, siendo totalmente indiferente que, al propio tiempo, puedan investir las calidades de dueños o guardianes del objeto nocivo. Así parece entenderlo el Proyecto de Código Único de 1987, cuando en el mencionado art. 521 destaca que "el obligado" - o sea el sujeto pasivo de la obligación - responde de las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado.

Mosset Iturraspe, en cambio, utiliza para contemplar la especie la noción de guardián. Y como cree que el médico es un "dependiente" de la clínica (nosotros, por el contrario, pensamos que no lo es, al menos en cuanto hace a su labor técnico - científica), afirma, por añadidura, que dicho profesional no sería responsable dado que el dependiente no puede ser guardián - en la teoría de la guarda intelectual, por caso - al ser un mero servidor de la posición. Esta conclusión resulta disvaliosa, pues priva al paciente de la legitimación para pretender contra el galeno.

Cuadra dejar sentado que nuestro punto de vista - sobre este problema de la legitimación para obrar - es compartido por Andorno, Tobías, Lorenzetti, y fue recomendado por unanimidad en las Jornadas Rioplatenses de Derecho, celebradas en San Isidro (provincia de Buenos Aires) en 1989 - tema Responsabilidad de los profesionales - .

Contrariamente, si la relación entre el médico o la clínica y el paciente es extracontractual, no hay prima facie inconveniente en aplicar el art. 1113, parág. segundo, que consita nuestra atención. Claro está que ello tendrá lugar siempre que la cosa tenga entidad como elemento productor de perjuicios, y no sea un simple instrumento productor de daños dócilmente manejado por el hombre; es decir, con otras palabras, cuando el hecho de la cosa no quede absorbido por algo que es mucho más importante: el hecho científico. Fuera de tal supuesto, no se advierten razones para dejar de lado la analizada norma del art. 1113, parág. segundo pues el acto médico no merece ser aprehendido con un enfoque jurídico diferente del

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

que concierne a cualquier otro quehacer humano. ¿Por qué tratar al médico más favorablemente que al transportador?, se pregunta Philippe Le Tourneau.

Desde esta óptica, resultan significativos los daños ocasionados por artefactos no esterilizados o mal esterilizados. Y también los perjuicios derivados del uso de la sangre para transfundir personas, cuando no se practicaron las pruebas serológicas de brucelosis, mal de chagas, hepatitis, sífilis y, actualmente, del SIDA. Estas pruebas son imprescindibles, más allá de que las obras sociales se nieguen, como ha sucedido en ocasiones y tal vez sucederá a pagar el material necesario para llevar a cabo las comprobaciones. Asimismo, no excusará el deber profesional de reparar una manifestación de voluntad del paciente consintiendo la transfusión en las deficientes condiciones señaladas, pues en esta materia la voluntad del paciente es irrelevante para justificar tal conducta médica. El enlace con lo expuesto en lo puntual con el flagelo del SIDA -, la resolución 128 de 1988 dictada por el INOS, bajo la vigencia de la ley 22269, establece que las obras sociales brindarán cobertura para detectar en la sangre los anticuerpos del virus de inmunodeficiencia humana en los siguientes casos: 1. dadores para transfusiones de sangre; 2. dadores en supuesto de trasplantes de órganos, y 3. pacientes sometidos a tratamientos de diálisis permanentes (art. 1º).

Pasamos ahora a examinar otro aspecto del tema, y que es el concerniente a la responsabilidad médica que aparece en los casos de procreación artificial (inseminación artificial o fecundación extracorpórea - o in vitro) o de procreación natural.

En la actividad destinada a concretar la fecundación artificial heteróloga - o de dador o de donante -, por caso, el agente biomédico puede utilizar gametos (o gametas) de dadores que se encuentran infectados, o gametos en mal estado de conservación o lisa y llanamente dañados (p. ej., óvulos perjudicados por haber sido la mujer tratada con hormonas ultrasonidos y anestésicos; espermatozoides alterados por habérselo sometido a un centrifugado a efectos de seleccionar el sexo de la criatura, etc.). Si a raíz de ello, el hijo producto de esa procreación nace con taras, el agente biomédico podrá ser responsabilizado contractualmente pues celebra un contrato con los padres del niño - y con carácter objetivo, pues asume una obligación de seguridad resultado por las cosas que utiliza. Y los gametos separados del cuerpo - en el caso examinado - han de considerarse como cosas riesgosas o viciosas. En consecuencia, el médico responderá contractualmente frente a los padres por el daño material experimentado por éstos, el cual estará constituido por los mayores gastos que los progenitores tendrán que sufragar para el cuidado y mantenimiento del nacido. Fernando Pantaleón Prieto estima que ésta sería una regla general, pero si se prueba que de saber que el médico no hubiera obrado con diligencia, los padres hubieran optado por no tener el hijo, ese facultativo responderá - o respondería, según los miramientos - por la totalidad de los gastos de mantenimiento y cuidado del niño (el punto fue estudiado por menudo en la doctrina alemana). También en ocasiones los autores extranjeros - y hasta la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

jurisprudencia de algunos países - han admitido la reparación del daño moral sufrido por los padres. Acerca de esta cuestión debemos señalar que si se la traslada a nuestro derecho, parecería que el hijo es el damnificado directo, de donde - si así fuera - los padres estarían impedidos de solicitar el detrimento espiritual propio, pues a ello se opone el art. 522 en tanto se interprete que él se nutre de los mismos principios que informan el art. 1078, segunda parte. Aunque en sentido contrario - y más allá de lo discutible del asunto - tal vez podría afirmarse, con un enfoque amplio del art. 1078, que los padres también serían damnificados directos, pues ellos recurrieron al procedimiento de la fecundación extracorpórea en la ignorancia de que existían peligros para la descendencia. Amén de ello, los padres ostentarían legitimación si se interpreta el art. 522 como parece hacerlo Mosset Iturraspe, cuando expresa que ese precepto no apunta al damnificado directo sino al contratante insatisfecho. Al margen, la hipótesis analizada demuestra la necesidad de reformar el art. 1078 para ampliar el número de legitimados activos en tema de daño moral.

En cuanto al niño nacido con taras, es claro que él podrá demandar al médico el daño material (gastos no cubiertos por los padres, incapacidad sobreviniente, etc.), y el daño moral en su más amplia dimensión, es decir, no sólo el pretium doloris, sino toda lesión a intereses del espíritu que, a más de producir una alteración desfavorable en la capacidad de sentir, ocasione modificaciones disvaliosas en las capacidades de entender (aptitud de comprender) o de querer (aptitud volitiva). La responsabilidad del agente biomédico en este supuesto será extracontractual - de donde ha de ser invocable el art. 1078 en relación con las menguas del espíritu - .

En los casos de procreación artificial homóloga, si el médico no detectó por falta de diligencia los defectos del material genético aportado por los propios progenitores, la responsabilidad de aquél (del médico) será por culpa, a partir del dato de que su obligación es de medios (o de actividad). Corresponde aclarar que si bien los gametos suministrados por los padres al separarse del cuerpo son cosas, ello no excluye la responsabilidad subjetiva del profesional, pues éste no aporta esas cosas, como ocurre en la fecundación heteróloga, sino que actúa sobre ellas, que constituyen una pertenencia de los propios padres. Visto así el asunto, debemos añadir que el agente biomédico ha de responder frente a los susodichos progenitores y frente al nacido con los mismos alcances que en los casos de fecundación artificial heteróloga.

Un sector de opinión doctrinal - que en apariencia es minoritario - sostuvo que el hijo carece de legitimación activa para pretender contra el médico, institución sanitaria, etcétera.

Quienes se expiden en tal dirección, dicen, por ejemplo, que cuando el facultativo cometió la conducta presuntamente generadora de responsabilidad, el niño no había nacido, ni siquiera estaba concebido, y, por tanto, carecía de interés jurídicamente amparable por el derecho (a veces se habla de que no ostentaría un derecho subjetivo). El argumento no resiste al menor análisis, pues el daño se produce con la concepción o si se prefiere con el nacimiento, más allá de que su causa o génesis (gametos

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

infectados, deteriorados, etc.) pueda tener preexistencia. Así lo resolvió la doctrina alemana para casos análogos a partir de 1952.

También se adujo que el niño nació y que le debe la vida al médico. Y que nacer con taras es mejor que no nacer: *maius est esse miserum, quam omnino non esse* (el más miserable existir es mejor que el no existir) - así opinan Robertson, en los EE.UU., y Zimmerman, en Alemania - . El argumento es falaz, y así lo estiman, en Italia, Rescigno, Cofano y De Cupis, entre otros, y en España, Pantaleón Prieto, al igual que lo hace la mayor parte de la jurisprudencia estadounidense. Efectivamente, se ha dicho que en la hipótesis hay dos fuerzas causales: 1. el niño nació, y 2. el niño nació tarado. Y si bien es cierto que, de haber obrado el médico con diligencia, ese niño quizás no hubiera nacido, lo real es que nació, y que nació con taras por culpa del médico, quien fue - como dice Pantaleón Prieto - "amo y señor de la vida". Constituiría un absurdo suponer que aquí existe una suerte de *compensatio lucri cum danno* para neutralizar la indemnización. Por lo demás, el juicio entre no nacer o nacer con taras es personalísimo, insustituible, intransferible, y hasta vendría a constituir una cuestión filosófica - que no sólo jurídica -, pues podría abarcar desde el criterio de un sujeto que prefiere vivir, por considerar lo placentero, más allá de las limitaciones psicofísicas que él tenga, hasta la idea de otro sujeto que participa del pesimista, negativo y hasta apocalíptico juicio del Segismundo de Calderón de la Barca (La vida es sueño), sintetizado en la afirmación de que "el delito mayor del hombre es haber nacido".

En cuanto hace a la procreación natural, hemos de señalar que en febrero de 1977 nació en Alemania una niña con graves taras físicas y psíquicas, a raíz de que su madre, ya embarazada, contrajo rubéola, y el médico no descubrió la enfermedad. El Tribunal de Munich, que entendió en última instancia, admitió la acción de la madre por el resarcimiento de los daños materiales (los mayores gastos), y rechazó la acción de daños de la hija.

Este es un caso de aborto impedido por la negligencia del médico, válido en cuanto al análisis para los países que autorizan el aborto en hipótesis como la mencionada (cosa que no sucede en la Argentina). En EE.UU. de América, una vez autorizado el aborto en 1973 (caso "Roe c/Wade"), los tribunales estimaron favorablemente pretensiones propuestas por los padres (*wronful birth* - defectuoso nacimiento, o algo similar - ), en ocasiones accediendo a la reparación de los daños materiales solamente (caso "Park c/Chessin", Tribunal de Apelaciones de New York, 1978), o concediendo daños morales y denegando daños materiales (caso "Berman c/Allen", Tribunal Supremo de Nueva Jersey, 1979 - en un proceso incoado con motivo del nacimiento de un niño con el síndrome de Down o *mogolismo*).

En cuanto a la legitimación de la criatura nacida con deficiencias, en ocasiones fue desconocida, mientras que en otras fue admitida a título de *wronful life* - defectuosa vida - y con respecto a los mayores gastos no sufragados por los padres (*special damages*), o bien - y de conformidad con el temperamento de otros tribunales -, en relación con todos los daños materiales y morales sufridos.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Pantaleón Prieto estima que en el supuesto de aborto impedido el niño no tiene acción contra el médico, pues la causa del mal (la rubéola, en el caso del Tribunal de Munich citado) no fue desencadenada por ese médico. En todo caso, éste no fue diligente para posibilitar a los padres decidir entre abortar o tener el hijo. Pero tal decisión sería extraña al facultativo, quien no podría interrumpir el embarazo.

El autor español mencionado extiende la solución dada al caso del aborto impedido al supuesto de contraconcepción impedida, que se verifica en la procreación natural, cuando las deficiencias genéticas de los padres no fueron detectadas por el médico antes de la concepción de la criatura. Estamos en desacuerdo con esta solución, pues en el último caso los padres, de ser informados con diligencia, podrían haber decidido, no ya si abortaban o no, sino si concebían o no al hijo. Por tanto, y más allá de que se discorra sobre si corresponderá resarcir los daños materiales plenos o las chances, lo cierto es que no parece de recibo que se niegue acción al niño nacido con defectos, dado que la referida hipótesis no difiere, sustancialmente al menos, de las hipótesis de procreación artificial homóloga o heteróloga (va de suyo que el planteo merece que se lo explique con un detenimiento que no podemos realizar en este acto por razones de tiempo). En el sentido que nosotros propugnamos, se expidió el Tribunal supremo de California, en el caso "Turpin c/Sortire", en 1982, pues en la emergencia se reconocieron el hijo y en concepto de daños materiales los special damages. El asunto se originó a raíz de que los médicos no advirtieron la sordera hereditaria del primer hijo de un matrimonio, y los integrantes de éste, por ignorarlo, concibieron un segundo hijo que también nació sordo. Asimismo, el Tribunal de Apelaciones de California, dos años antes - o sea en 1980 -, había decidido un asunto aún con mayor amplitud (caso "Curlender c/Bio - Science Laboratories"). Esta causa se suscitó por los siguientes hechos: antes de decidir sobre la concepción de un hijo, los futuros padres requirieron la realización de las pruebas genéticas correspondientes para asegurarse de que no eran portadores de la enfermedad de Tay - Sachs. Los exámenes fueron negativos, dado que medió negligencia en el agente biomédico y, por tanto, nació una niña con el referido mal. La criatura fue indemnizada por los daños materiales (special damages) y por los daños morales sufridos y que iba a sufrir en el corto período que le tocó vivir (cuatro años).

En resumidas cuentas, hemos enunciado a grandes trazos algunos de los muchos problemas que genera el actuar médico en conexión con la transmisión de enfermedades. Estos problemas no hubieran sido imaginados a principios de este siglo, cuando apenas comenzó a superarse el criterio de tipicidad del ilícito (en rigor, tipicidad del daño), que preconizaron las escuelas racionalistas y los pandectistas, por el inicio de una saludable tendencia que avanzó progresivamente hacia un sistema de atipicidad (o de tipicidad en blanco). En los primeros pasos de esta evolución, se asimiló el contagio o la transmisión de una enfermedad al daño a los derechos absolutos a la vida y a la integridad corporal (únicos, que, junto con el perjuicio al derecho absoluto de propiedad, configuraban

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

los daños típicos resarcibles en siglos anteriores). La solución de estos problemas, en fin, constituye uno de los más interesantes desafíos que nos ha de deparar el derecho del año 2000.

Muchas gracias.

DOCTOR SALERNO.

Durante el transcurso de mi exposición me voy a referir concretamente al tema del SIDA, que hoy en día tiene una desgraciada divulgación mundial, y lo haré desde la perspectiva del derecho francés en el que se han producido algunas novedades interesantes que nos pueden suscitar reflexiones particulares sobre todo respecto del derecho comparado.

El tema de esta enfermedad es preocupante, tanto para el legislador como para el jurista, y, en particular, para el juez, porque en la actualidad llegan a los tribunales problemas vinculados con la responsabilidad por haber contraído esta penosa enfermedad infecto contagiosa, respecto de la cual sin duda el doctor Yungano nos ilustrará también desde el punto de vista médico.

Ya en 1987 en Francia, un autor, Cayla, decía que el SIDA es un azote. Nosotros, los abogados, actuamos siempre en los efectos, no en las causas, las que en este caso habría que indagarlas en el comportamiento promiscuo de aquellos que se someten a prácticas viciosas y agrandes desórdenes sexuales. (Cayla, Jean Simon, "L'infection par le virus de l'immunodéficience humaine [SIDA] fléau social", en *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 1987 pág. 603). Sus consecuencias las está pagando la humanidad entera, y no es del caso aplicar aquello que alguna doctrina francesa dijo en su momento tomando como eslogan el título de la película "Somos todos asesinos".

De la transmisión de la enfermedad del SIDA no toda la humanidad es responsable de lo que está sucediendo por motivos de orden ético, de orden social e incluso de la intervención de otros tipos de factores, que son los que básicamente nos interesan, porque en concreto se presentan problemas, como enseguida veremos, en los bancos de transfusión de sangre.

En el análisis de este tema que suscita este tipo de reflexiones ético - valorativas, el derecho no puede prescindir de la noción de éstas para apreciar en alguna medida la trascendencia social del SIDA. Por ello me referiré brevemente a algún problema en particular que nos preocupa, vinculado con un fallo jurisprudencial francés dictado el año pasado, de reciente publicación.

Desde el punto de vista de la legislación interesa analizar como derecho comparado la disposición sancionada dos años atrás que se relaciona con la protección de personas que se prestan a la investigación biomédica, como una respuesta a todos los males que afectan la salud física y a veces mental. Así tenemos la respuesta inmediata de los investigadores que están buscando alguna solución, algún remedio, algún paliativo para esta grave

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

dolencia. La ley francesa 88 - 1138, sancionada el 20 de diciembre de 1988, regula específicamente este tema y sostiene, entre otros aspectos, que esta prestación voluntaria para la investigación médica que hacen ciertas personas con un carácter muy altruista, siempre debe ser hecha bajo la condición de que no importe un riesgo para su salud. Esta ley se ha incorporado al Código de la Salud, en el que hemos podido ver, en un volumen muy amplio y muy detallado, disposiciones referidas precisamente a enfermedades infecto - contagiosas, como, por ejemplo, la sífilis, afección sexual bastante controlada en los últimos tiempos y actualmente el SIDA que ahora causa mayor preocupación que aquella.

No hay disposiciones legales sobre el SIDA. El legislador se ha mantenido al margen de la regulación de esta materia, seguramente porque piensa que las soluciones generales son las mejores para resolver los casos que se puedan presentar.

Desde ya destaco como un concepto adquirido por los juristas que es obvio que quien transmite una enfermedad como el SIDA es responsable, a título de culpa, no sólo desde el punto de vista civil, sino también penal. Lo afirma la doctrina, y precisamente se recuerda en el aludido trabajo del autor que cité hace unos momentos.

¿Cuál es el problema que trata el fallo al que me quiero referir? El tema tiene un inicio bastante trivial, porque se trata de una mujer casada que en 1985 sufrió un accidente de tránsito - el automóvil en el que se desplazaba chocó con otro -, aparentemente sin otra consecuencia mayor que un problema de tipo óseo que mereció una intervención quirúrgica respecto de la cual había deducido una acción para que le repararan el daño físico sufrido por la intervención quirúrgica, y luego promovió otra acción que paso a señalar. Durante su permanencia en el hospital, y a raíz de una transfusión de sangre, contrajo el SIDA, y aquella primitiva demanda que había sido fallada y establecía la responsabilidad del conductor del otro vehículo, se extiende a la indemnización por haber contraído esa enfermedad. La Cámara de Apelaciones de París falló en el sentido de atribuir la responsabilidad al conductor del otro vehículo, porque la víctima había contraído el SIDA con motivo de la transfusión de sangre de un dador que la dio por inadvertencia, o por falta de control médico, o por alguna otra circunstancia de las que con tanta solvencia nos habló el doctor Bueres.

¿Qué hizo el tribunal? Examinó atentamente las pruebas, sobre todo las que indicaban que esa persona no tenía ningún síntoma antes del accidente, y, además, por su condición social y estado de familia, no era sospechosa de portar o traer en su cuerpo esta enfermedad. Vale decir, se estableció con precisión que esa señora contrajo la enfermedad a raíz de la transfusión de sangre.

Bien puede sostenerse que en el derecho argentino no existiría una relación de causalidad entre el accidente en sí y el hecho de contraer la enfermedad. Pero, ¿qué ocurrió en el caso que comentamos? Ya los tribunales franceses habían establecido que en los casos de septicemia había relación de causalidad; fallos dictados en 1976 consideraban que existía una relación de causalidad cuando la víctima de un accidente de tránsito había contraído

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

una enfermedad infecto - contagiosa como consecuencia de la atención médica recibida después del accidente. Por extensión, la Corte de Justicia de París impuso esta responsabilidad al autor del accidente y lo condenó a pagar la suma de 2.600.000 francos por ese concepto, lo que equivalía aproximadamente a 400.000 dólares.

Quizás a nosotros nos pueda parecer muy rigurosa la solución dada por la Justicia francesa, pero quiero señalar que ella se basó en dos disposiciones del Código Penal francés, los artículos 319 y 320, referidos a lesiones corporales. Y en materia de lesiones corporales basta con la culpa y cualquiera que fuere la causa, es decir, no interesa si la causa es adecuada; basta que haya habido una causa que dé lugar a la enfermedad. Esta tesis del tribunal francés tiene sustento legal, se apoya en el Código Penal, en los artículos que he citado.

Interesa destacar algunos argumentos expuestos en este fallo sobre por qué debe darse la indemnización. En primer lugar, porque hay una lesión corporal que se traduce en esta enfermedad, respecto de la cual los mismos jueces analizan las distintas etapas de su evolución. En segundo término, hay un problema de orden sexual; se trata de una mujer casada que en lo sucesivo no podrá continuar en sus prácticas sexuales porque se corre el serio riesgo de infectar a su marido. La persona afectada de SIDA es rechazada por su familia y por toda la sociedad. En este caso concreto, al saber cuál era la situación de su madre, el hijo decidió no tratarla más. Todos estos aspectos humanos fueron contemplados por el tribunal.

En definitiva, basado en estos argumentos, el tribunal llegó a la conclusión que acabo de señalar, sin dejar de advertir que el autor del daño producido por el choque de tránsito podrá ocurrir ante quienes estime responsables - éste es el aspecto interesante del fallo - para reclamar el reintegro de lo que hubiese pagado a su víctima. En este aspecto que nos interesa sobremanera, el tribunal destaca la noción de culpa del conductor del otro vehículo - la hubo -, el cual responde por esa causa, aunque no tendría una relación adecuada con el accidente; y lo afirma en términos categóricos.

Además, se deja abierta la posibilidad para que el conductor declarado culpable pueda accionar contra quienes considere responsables, por lo general, el médico, el banco de sangre, el dador de sangre, aspecto este último que analiza el fallo en cuestión porque quien había dado su sangre, al parecer "O positivo", ignoraba que era portador de la enfermedad. Este aspecto del fallo que traigo a la reflexión de ustedes nos muestra la dimensión del problema.

Personalmente hice otra encuesta en la provincia de Bretaña, que tiene varios departamentos, para determinar si había algún fallo de los tribunales vinculado con esta enfermedad. El centro de Cómputos al que recurrí en la búsqueda de datos no arrojó ningún caso en que se planteara un problema de SIDA, y es interesante destacarlo porque indica que a la sazón no existan o no se denunciaban, y, en consecuencia, no llegaban a los estrados judiciales.

Estos arduos temas que hoy nos convocan no nos pueden gratificar sino, por el contrario, nos entristecen en grado sumo, y nosotros, los abogados,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

sabemos que alguna vez deberemos intervenir de una u otra manera en su dilucidación, por lo que es necesario que tengamos elementos de juicio, elementos de valor como para poder ubicarnos oportunamente ante un supuesto concreto. Y a este efecto, también quiero traer otro problema que se nos plantea, el de la predisposición de la víctima, tema que en Francia ha merecido varios estudios en materia de derecho civil a fin de determinar en qué medida esa predisposición puede influir para evitar la responsabilidad. Hay mucho que decir sobre estos temas, pero como el tiempo apremia cedo la palabra al orador siguiente.

DOCTOR TOBIÁS.

Me voy a ocupar de lo que podríamos calificar como un subtema dentro del genérico de la responsabilidad por transmisión de enfermedades.

Sabido es que una de las formas de transmisión de las enfermedades es la que se produce por vía hereditaria o por contagio en la concepción. Este problema se presenta principalmente en las enfermedades venéreas, y ahora con mayor gravedad y dramaticidad en el SIDA. En este último caso, las estadísticas médicas señalan que el 50% de los hijos nacidos de padres enfermos del SIDA contraerán la enfermedad.

Se plantea, entonces, en el plano jurídico, el delicado problema de determinar la eventual responsabilidad de los padres frente a una acción de responsabilidad iniciada por el hijo como corolario de la transmisión de la enfermedad.

El solo planteamiento del tema evidencia las dificultades y el conjunto de valores morales, religiosos y sociales que de manera consciente o inconsciente influirán sobre el intérprete. Incluso se puede aceptar que el solo planteo del tema genere una especie de sensación de rechazo en la medida en que está formando una hipótesis de conflicto de hijos contra padres, con su consecuente influencia en la institución familiar.

Empero, no debe creerse que el tema sea exclusivamente teórico o de gabinete. La cuestión se ha planteado en la jurisprudencia italiana, y un fallo de la Corte de Justicia de Piacenza hizo lugar a la acción de daños y perjuicios promovida por el hijo contra sus padres en razón de que éstos le habían transmitido una enfermedad venérea.

Por otra parte, la progresiva extensión de la enfermedad del SIDA, con el dramático índice del 50% de hipótesis de que el hijo contraerá la enfermedad, no debe descartar la eventualidad de que en el transcurso de no demasiado tiempo se planteen acciones de estas características. Por lo tanto, me parece conveniente el análisis del tema acerca de la procedencia e improcedencia de la acción de responsabilidad que el hijo intente contra sus padres por la transmisión de alguna de estas enfermedades.

Un análisis inicial podría llevar a la conclusión categórica de la existencia de la responsabilidad. Parecería que los presupuestos de la responsabilidad están cumplidos. Existe el daño. ¿Cómo negarlo frente a la existencia de la enfermedad con todas

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Existiría el hecho culposo, consistente en que los padres conocían o debían conocer la existencia de la enfermedad y además su carácter transmisible; habría un nexo causal entre la consecuencia dañosa y el hecho culposo, y finalmente se habría violado el deber genérico de no dañar a otro.

Este fallo del tribunal de Piacenza dio lugar a una serie de comentarios de la doctrina italiana. Algunos criticaron severamente la conclusión judicial, y otro buen número de civilistas, en cambio, la defendieron.

En el derecho italiano, la crítica al fallo se basó esencialmente en la circunstancia de que no existiría en la persona por nacer el derecho a la integridad física y a la salud que presupone la existencia de un cuerpo humano y, por ende, la calidad de persona, y a partir de esta consideración se negaba la acción de responsabilidad.

Debe recordarse que para el Código Civil italiano el comienzo de la existencia de la persona se ubica en el nacimiento, no en la concepción, como lo establece nuestro Código.

Si bien el derecho italiano reconoce al concebido algunos derechos, en general se entiende que éstos son de carácter puramente patrimonial. Sobre este enfoque se sustentó buena parte de las críticas al fallo del tribunal de Piacenza.

En nuestro derecho parece manifiesto que este enfoque es insostenible: desde el momento de la concepción existe la persona y, por lo tanto, la capacidad jurídica y aptitud para ser titular de derechos subjetivos.

No obstante que el artículo 64 del Código Civil circunscribe esos derechos a la aptitud de recibir bienes por donación o herencia, el criterio de la doctrina argentina es unánime en que esa enumeración es meramente enunciativa y no excluye la aptitud para ser titular de otros derechos no patrimoniales y, desde luego, los personalísimos.

En consecuencia, el fundamento de esas críticas al fallo sería inaceptable en nuestro derecho.

Otra peculiaridad que brinda el tema es la vinculada con la característica con que se presenta dentro de la estructura del derecho de familia. Un criterio muy clásico en la Argentina - que se analizó a propósito de otro tema, el de los daños y perjuicios derivados de las sentencias de divorcio - postulaba que en el ámbito del derecho de familia el comportamiento culposo tiene su sanción específica. En el caso de divorcio, la sentencia de divorcio con los efectos de la declaración de culpabilidad; en materia de patria potestad, las causales de pérdida o suspensión de la patria potestad; y de la circunstancia de que existían sanciones específicas, se sostenía - reitero, con motivo del análisis del tema de los daños y perjuicios que derivan de la sentencia de divorcio - que no cabía la existencia de sanciones resarcitorias o económicas, en vista precisamente de que existían sanciones específicas. Pero como es sabido, todo este enfoque tiende a replantearse.

También a propósito del tema de los daños y perjuicios emergentes del divorcio, parece extenderse, más recientemente, el criterio que postula que, en la medida en que los mismos hechos estén contemplados por más de un supuesto normativo, nada impide que advengan los efectos jurídicos

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

previstos por más de una norma jurídica; sin que sea admisible, por lo tanto, aplicar algunos efectos jurídicos - los específicos del derecho familiar -, con exclusión de los otros. De manera que la sola circunstancia de que este problema se plantee en el ámbito del derecho familiar no es por sí sólo excluyente de la eventualidad de la procedencia de una acción de responsabilidad.

El interrogante que se presenta es si cabe o no después de esto aceptar las conclusiones del fallo, y, en todo caso, en virtud de qué razones.

La primera reflexión importante acerca del tema - que no se debe descuidar en una valoración de la situación - se vincula con la gravedad de las secuelas y de la extensión que pueda significar aceptar el principio de la responsabilidad en estas hipótesis. Porque de admitir en este caso de la transmisión de enfermedad hereditaria la acción de responsabilidad, el interrogante siguiente sería por qué no admitirla también con los mismos argumentos en el caso que se ha producido una herencia de taras físicas o mentales. Y si la aceptamos en este caso, ¿por qué no aceptarla también cuando los padres han concebido en una edad de alto riesgo y los hijos han nacido mogólicos o enanos? Y aun extremando el análisis, ¿por qué no admitirla también cuando alguien ha heredado una nariz demasiado grande o torcida?

Me parece - y descarto que el doctor Bueres, por un enfoque que esbozó en su exposición, no va a coincidir en las conclusiones - que el tema central se debe ubicar en el siguiente interrogante: ¿existe o no el cuarto presupuesto de la responsabilidad civil, es decir, el daño?

De aceptarse la existencia del daño, hay que comenzar por aceptar que el concebido o el hijo tendría un derecho subjetivo a que no se le transmitan enfermedades por vía hereditaria. Ese derecho supone el correlativo deber de los padres de no transmitirla, y el único modo de satisfacer ese deber es haberse abstenido de concebir, como única manera de evitar la transmisión de la enfermedad. Si esto fuera así, parece ineludible concluir que ese derecho a la no transmisión de enfermedades se identificaría con el derecho a no ser concebido, es decir, el derecho a la nada o la no existencia. Y entonces el interrogante que se plantea es si puede afirmarse que existe como bien jurídico tutelado el derecho a no ser.

Es cierto que la vida se puede considerar como el máspreciado de los bienes o el peor de los males, según las circunstancias; pero más cierto todavía es que, a fin de apreciar si la vida constituye un valor, hay que atenerse a la opinión media o normal o generalizada del ámbito social que es, en definitiva, lo que el derecho recoge, y desde este punto de vista no puede negarse la esencial relevancia del valor vida. Y si esto fuera así, el interrogante es si puede quedar tutelada una acción que se dirige contra el origen del valor vida, que es la concepción.

Para decirlo de otra manera, si consideramos que el daño en un sentido muy general es la pérdida o la alteración de una condición favorable, ¿se puede afirmar que ser, aunque enfermo, sea más desfavorable que el no ser? Desde este punto de vista, nosotros concluimos en que el valor vida, aun con las limitaciones que produce la enfermedad, es una condición o una

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

situación más favorable que el no ser, y en este sentido no habría bien jurídico afectado porque la otra hipótesis habría sido la de no ser.

Si el tema se analiza desde este enfoque, aunque pueda considerarse exagerado, debe recordarse que en nuestro derecho el resarcimiento debe ser en especie como regla general. Pero acá el resarcimiento de quien ha contraído la enfermedad por vía hereditaria tendría que satisfacerse a través del no ser, es decir, ¡a través de la desaparición de la vida..!

Por lo tanto, nosotros concluimos en la inexistencia del presupuesto de la responsabilidad civil daño, y, por ende, en la improcedencia de la acción de daños del hijo contra el padre cuando ha mediado la transmisión de una enfermedad hereditaria.

En orden a otro aspecto, habría que agregar, circunscripto al ámbito matrimonial, que si el fin primario del matrimonio es la generación de la vida, cómo el cumplimiento de ese fin puede constituirse en una conducta antijurídica.

Habiendo concluido con este tema, voy a hacer una reflexión muy breve acerca del tema de la responsabilidad por la transmisión de la enfermedad en el ámbito médico de los establecimientos asistenciales, porque estimo que tiene una particular relevancia en cuanto a la transmisión de las enfermedades.

Por la ley 17132, de ejercicio de la medicina, a la Secretaría de Estado de Salud Pública, ahora Subsecretaría de Salud, le incumbe el deber y el derecho de habilitar los establecimientos asistenciales, y esta norma legal le otorga una serie de facultades de control sobre esos establecimientos, que pueden ser clausurados parcial o definitivamente cuando sus instalaciones fueran inadecuadas.

Una buena parte de las hipótesis que se plantean en los tribunales del país, en el tema de la transmisión de las enfermedades y la responsabilidad de los médicos y de los establecimientos asistenciales, se vincula con los supuestos en que el enfermo ha contraído en el quirófano el tétanos, por deficiencias en la desinfección o en el aseo de ese ámbito quirúrgico.

Desde este punto de vista y sin perjuicio de la responsabilidad del establecimiento asistencial y eventualmente la concurrente del facultativo, alguna vez me planteé el interrogante acerca de si a esa responsabilidad se podía acumular la del órgano que de alguna manera tiene un poder de policía sanitaria, con facultades y deberes de control, clausura, etcétera.

Me parece que de ninguna manera debe descartarse esa responsabilidad concurrente en determinadas hipótesis, como la de aquel caso que debió resolver un tribunal argentino en el que el establecimiento asistencial habilitado tenía un quirófano forrado de madera, respondiendo a un tipo de construcción determinado, lo cual impedía una desinfección adecuada, cuando en rigor debe ser de un material que permita la asepsia en el mayor grado posible. En esta hipótesis habría una responsabilidad concurrente de esa repartición nacional, pues existe la relación de causalidad adecuada entre su actuar culposo y la consecuencia dañosa.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

DOCTOR YUNGAÑO.

Voy a referirme a un aspecto distinto de los que se han tratado hasta ahora: el médico - biológico y en alguna medida el social, y a acentuar conocimientos de interés general sobre todo para clarificar ciertas nociones que se presentan equívocas a través de muchos órganos de difusión.

1. Introducción. - Mi exposición estará encaminada a puntualizar cuáles son aquellas enfermedades que provocan daños en las personas o en la prole y los casos en que habrá derecho a la indemnización, como ya han explicado los anteriores relatores.

Si bien la lista es muy extensa, nos interesa destacar, desde el punto de vista del derecho civil, del derecho de familia y de la eugenesia misma, las enfermedades venéreas - la sífilis, en particular - y algunas enfermedades transmisibles que pueden provocar daños no sólo en las personas que las contraen sino también en la prole, es decir, que son enfermedades o agentes teratógenos porque van a provocar alteraciones en el desarrollo del embrión y del feto; hay enfermedades que se adquieren muy fácilmente en hospitales y sanatorios: así, la hepatitis de hospital, la hepatitis sérica o hepatitis de virus B y finalmente me referiré al SIDA, con todo lo que significa, con sus connotaciones social, médica, biológica, etcétera.

2. Respecto de la sífilis, no es una enfermedad histórica; subsiste, pues lamentablemente aún no ha sido erradicada. No altera los genes, no hay distrofias en los cromosomas, pero sí se transmite al feto, y es una enfermedad de naturaleza congénita.

¿Cómo se contrae la sífilis? Fundamentalmente por la relación sexual, es decir, por vía genital. Pero también puede contraerse por transfusiones de sangre, a través de la placenta y de la leche materna cuando el niño todavía está en el período de lactancia.

Es una enfermedad de larga evolución. La incubación dura alrededor de tres semanas a un mes; quince o veinte días después aparece el período primario con un chancro en las zonas genitales, un ganglio que se hace tumefacto y grande o varios ganglios en la misma zona homolateral; éste es el período de contagio. Ceden los síntomas, pero al cabo de uno o dos meses comienza el período secundario con otra sintomatología. Aparecen las roséolas sífilíticas, que son manchas rosadas, pequeñas, del tamaño de una arveja, en casi todo el cuerpo y luego se hacen más altas, como si fueran pequeñas pápulas.

También el período secundario es contagioso, y por eso conviene prevenir la relación sexual.

A los tres o cuatro años y por un lapso de veinte o veinticinco años aparece el período terciario, que es fatal para quien padece la enfermedad.

Si la sífilis no se trata bien en el período primario y en el período secundario, en el terciario será mortal con el derrumbe físico, moral e intelectual del individuo. Aparecen las gomas, los tubérculos, la neurosífilis, la parálisis general progresiva y la demencia. Algunos clásicos dicen que al período terciario llegan los grandes intelectuales. No sé si eso es exacto, pero

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Maupassant murió después de un largo período de parálisis general progresiva y demente.

Desde el punto de vista de la transmisión a la prole, los cromosomas del embrión no se afectan, aunque provocará daños en el feto que aún no se ha terminado de formar; a partir del quinto mes del embarazo pasa a la placenta, y, por ende, al feto.

¿Qué efectos va a tener? Pueden ocurrir abortos espontáneos, que, a menudo, son muy peligrosos después del quinto o sexto mes; nacidos muertos, partos prematuros, o nacidos vivos con sífilis congénita. Esta sífilis se va a manifestar de manera precoz en las primeras semanas de producido el nacimiento y hasta los dos años, aproximadamente. No existe el período primario porque el contagio no fue venéreo, sexual, pero aparecerán las manifestaciones del período secundario. El niño presenta una serie de ampollas sifilíticas que se denominan pénfigo, diseminadas por todo el cuerpo; después va a llegar a una sífilis semejante a la terciaria, con problemas neurológicos, con cuadros de parálisis, etcétera, pero con una particularidad: el niño que contrae sífilis a través del seno materno no tiene lesiones cardiovasculares, como generalmente se presentan en el sifilítico que adquiere la enfermedad por la vía sexual.

La enfermedad puede estar latente por un período de ocho a diez años y manifestarse tardíamente a los diez años de edad, y entre los diez y veinte años vuelve a presentar la sintomatología de los períodos secundario y terciario.

¿Cómo se detecta la sífilis? El certificado médico prenupcial que se extiende en nuestro país no responde a un examen específico para la sífilis. Se usa un sistema que se denomina VDRL, que significa Laboratorio de Búsqueda de Enfermedades Venéreas (V, venérea, venéreas; D, disease, enfermedad; R, research, búsqueda; L, laboratory, laboratorio).

Puede ocurrir que este examen dé falsos positivos, y cuando aparece un VDRL positivo la gente se alarma, se considera sifilítica. En ese caso hay que hacer un examen complementario más específico, con otras técnicas que se utilizan precisamente para determinar si hay o no enfermedad sifilítica.

Corresponde señalar que hay otras enfermedades, como el paludismo, la lepra y la hepatitis misma que pueden dar VDRL positivo.

¿Cómo se manejan los médicos de los hospitales oficiales? En rigor, habría que decir cómo no se manejan, porque lamentablemente los antígenos escasean en los hospitales.

3. Paso a enumerar algunas de las enfermedades transmisibles que ocasionan daños en la prole, es decir, que son teratógenas, si bien ninguna de éstas es causa de aborto terapéutico en nuestro país.

La rubéola produce malformaciones o trastornos cardíacos, microcefalia (disminución de la masa cerebral) y retardo mental.

La toxoplasmosis, transmitida por algún animal doméstico, ocasiona retardo mental.

La varicela produce lesiones en la piel.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

El contagio de una enfermedad, cualquiera que fuere, que provoque en una madre gestante una fiebre superior a los 39 grados durante cinco o seis horas, ocasionará en el feto un grave cuadro de síntomas neurológicos.

La talidomida, droga que se usó durante una época en algunos países nórdicos, dio lugar a malformaciones cardíacas, estenosis anal, trastornos en el desarrollo de los miembros, y algunos niños nacieron sin manos o sin brazos.

Las radiaciones provocan trastornos de todo tipo y retardo mental.

El consumo frecuente, reiterado, de tabaco provoca disminución del crecimiento del feto y una disminución de su capacidad mental y física.

El alcohol origina retardo mental, microcefalia, malformaciones cardíacas, trastornos renales.

Las drogas en general, sea cual fuere su tipo, sean estimulantes, depresoras o alucinógenas provocan contracción cerebral, es decir, el cerebro no se desarrolla normalmente.

4. Una enfermedad que debe ser mencionada es la hepatitis sérica, muy frecuente por el uso de jeringas que no han sido convenientemente esterilizadas o desechadas. En rigor, las jeringas deben ser desechadas, salvo que el método de esterilización sea muy seguro, muy adecuado.

5. Pasamos ahora al SIDA, respecto del cual el doctor Salerno señaló que es un tema muy preocupante.

No sé si el SIDA es más peligroso que la sífilis, tengo mis dudas. La sífilis sigue siendo una enfermedad actual y el sifilítico que llega al período terciario lo hace después de un proceso de veinte o treinta años y es una ruina física, moral, mental, intelectual, es decir, es el derrumbe de la personalidad.

Yo no diría lo mismo respecto del SIDA, simplemente porque en la lista declarada oficialmente en Estados Unidos, Inglaterra y Europa continental a los tres años figuraban muertos alrededor del 60 por ciento de los afectados por la enfermedad. Esto nos lleva a pensar que hasta tanto se encuentre una droga eficaz no sabemos cuál es peor si la sífilis terciaria o el SIDA.

¿Cómo empezó la epidemia del SIDA? Parecería que se desaló por primera vez en África Ecuatorial en países como Uganda y Zaire, en la década del '70, sin precisarse por qué ni cómo.

¿Qué corrientes inmigratorias tiene? Hay una ola de la enfermedad que va a Haití y otra ola inmigratoria va a Francia, país en el que viven muchos africanos.

Y de Haití pasa a los Estados Unidos, con más precisión a San Francisco y a Nueva York. Pero ésta es sólo una hipótesis.

De todos modos, oficialmente la enfermedad se detecta en laboratorios de Atlanta, Estados Unidos, cuando cinco homosexuales son tratados de una neumonía no común que afecta a personas con gran déficit en sus defensas orgánicas. Esos cinco homosexuales eran sanos, no tenían antecedentes en su salud.

Con posterioridad, la enfermedad se detecta en California y en Nueva York,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

en esta oportunidad con un sarcoma, una forma de cáncer que se llama cáncer de Kaposi, que se da endémicamente en pueblos mediterráneos y judíos, en personas de muy avanzada edad, luego de los 60 o 70 años, y aquellos jóvenes tenían edades que oscilaban entre los 20 y 30 años, y no había ninguna posibilidad de efectuar una comparación con el sarcoma de Kaposi común.

Desde el punto de vista estadístico, los estudios más valiosos se llevan a cabo en los Estados Unidos, Inglaterra y Australia.

En cuanto a la investigación del virus y de lo que se está haciendo para contrarrestar la enfermedad, figuran a la cabeza el laboratorio de Maryland, donde trabaja el científico Robert Gallo, quien en 1984 descubrió el virus, y el Instituto Pasteur, donde un año antes uno de sus científicos descubrió otro virus, que se asocia con la enfermedad.

Quiero advertir que aún no está definido si la enfermedad se produce por un único virus que tiene una capacidad genética extraordinaria; es que tiene la posibilidad, al entrar en el linfocito, que es una célula de defensa, de cambiar su ARN, que es uno de los ácidos básicos de la vida, por el ADN, y se hace desoxirribonucleico como gestante de la vida, y de la muerte, en este caso. Su poder es sorprendente.

Veamos las estadísticas. En los Estados Unidos en 1985, sobre 10.000 enfermos del SIDA, 7.200 eran homosexuales y bisexuales, 1.600 drogadictos, 65 hemofílicos, 81 heterosexuales, 184 habían sido sometidos a transfusiones de sangre y 670 con un interrogante.

También en 1985 se detectan 113 menores de 12 años afectados por el SIDA: 81 de ellos eran hijos de padres con SIDA o que estaban en zonas de alto riesgo; 6 eran hijos de padres hemofílicos; 15, de padres que habían sido transfundidos en el período de la concepción y 11 se debían a otras causas.

En una estadística latinoamericana de 1985, de 700 casos de SIDA, la mitad, 340, se asignan a Haití; le siguen Brasil, México, y nosotros con el 2 por ciento, o sea, alrededor de 12 enfermos oficialmente detectados.

¿Quiénes pueden contraer la enfermedad? Los homosexuales y los bisexuales.

¿Por qué más los varones que las mujeres? Porque hay una preferencia por la invasión en la mucosa del recto del varón. Las prácticas antinaturales determinan que el varón receptivo sufra daños en la mucosa del recto y ahí entra con facilidad el virus. ¿Por qué no entra con tanta facilidad en la mujer? Porque la mucosa de la vagina es mucho más fuerte, mucho más resistente. También el índice de contagio de la mujer al varón es muy bajo, apenas de un 6 por ciento. A los homosexuales y bisexuales siguen los toxicómanos que usan drogas endovenosas y utilizan jeringas de enfermos del SIDA, que son otra fuente de contagio.

Continúan luego los hemofílicos, que reciben productos que han sido fabricados sobre la base de elementos de sangre que contenían el virus de la enfermedad. La hemofilia es una enfermedad que la mujer transmite al varón y, en general, es una enfermedad controlada - salvo en el caso del SIDA - con el suministro reiterado del llamado Factor VIII, que mantiene la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

coagulación de la sangre. Si ese factor está infectado, lógicamente el hemofílico va a contraer la enfermedad.

También hay que incluir a pacientes que sufren otros tipos de transfusiones. Asimismo, están los compañeros o compañeras de heterosexuales, es decir, un hombre que tiene relación con una mujer, o viceversa, que le transmite la enfermedad al otro.

Los lactantes de madres con SIDA se incluyen con interrogantes, porque la enfermedad se puede transmitir a través de la leche materna.

También hay dos grupos que se clasifican dentro de los que pueden transmitir la enfermedad. En el África Ecuatorial y en Haití están como grupos independientes, lo que significa que son zonas de alto riesgo.

En relación con las causas, apenas hace cinco o seis años que se detectó el virus causante de la enfermedad. En un momento dado se pensó que algún estimulante que usaban los drogadictos podría ser el causante de la enfermedad.

El nitrito de amilo, que todavía se usa para algún problema cardíaco, provoca la relajación del esfínter anal y la mucosa del recto facilita la penetración del virus, pero no se dan otros elementos que aparecen habitualmente.

Finalmente, en 1983, en Francia, y en 1984, en los Estados Unidos, se aísla y cultiva el HTLV - 3, si bien con anterioridad se habían descubierto dos virus, uno de los cuales provoca leucemia y es muy raro.

¿Puede haber cofactores de la transmisión de la enfermedad, es decir, en la adquisición? Con interrogante: ¿sensibilidad genética?

El semen tiene un gran poder antigénico, es decir, tiene una gran agresividad por cualquier vía. En la mujer eso no ocurre porque la defensa de la vagina, que por otro lado es el mecanismo natural, destruye la peligrosidad del semen.

Con respecto a la saliva, en Inglaterra se ha tomado una serie de medidas. Así, frente al enfermo de SIDA o dudoso, el odontólogo debe adoptar un buen número de precauciones, como usar guantes, bozal, etcétera, y los bomberos, cuando tienen que hacer un rescate en ese caso, no hacer respiración boca a boca. La Iglesia Católica de Londres formuló una consulta al Ministerio de Salud si a través del cáliz de comunión podía transmitirse la enfermedad por la saliva que queda allí impregnada.

¿Se detecta el SIDA? Por supuesto, y al respecto hay tres métodos básicos. Uno se denomina ELISA, que es la sigla de una prueba enzimática para poder detectar la enfermedad, y es la que se usa en el país. Los otros dos métodos son muy caros: uno es el de la prueba de inmunofluorescencia, y el otro test se llama Western blot - mancha del Oeste - porque en el espectro aparece, en un lugar determinado, la presencia del anticuerpo que forma el organismo para hacer frente al SIDA.

¿Cómo se presenta el SIDA? En primer lugar, esto es como una pirámide en cuya base hay generalmente una zona de gran riesgo, que es la de la homosexualidad y la drogadicción; luego están las otras causas que ya enumeré. En el paciente hay un período que corresponde al momento en que se contrae la enfermedad, que se denomina linfadenopatía general

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

persistente que también es un debilitamiento de las defensas provocado por un virus similar al del SIDA. Y parecería que hay otros dos virus que se anticipan al del SIDA, y que son como una especie de exploradores antes de que llegue el virus de éste.

En la primera etapa hay fatiga, fiebre, sudoración, diarrea, disminución de peso. Después hay una etapa posterior, la del complejo relacionado con el SIDA, provocado por otros virus, y acá se insertan un cúmulo de infecciones oportunistas: diarrea seguida, fiebre sudores, hongos en la boca y manchas en la piel. Y, por último, llega el SIDA, que además se puede asociar con linfomas, carcinomas, anemias, verrugas, etcétera. Se presentan los siguientes síntomas: fatiga intensa prolongada, tumefacción de casi todos los ganglios del cuerpo, disminución acentuada de peso, fiebre persistente, sudoración nocturna, manchas rosadas violáceas en todo el cuerpo, hongos bucales y, a veces, trastornos mentales y demencia.

Para el tratamiento no hay nada, salvo combatir las infecciones colaterales. Se está trabajando en el sentido de frenar al virus antes de que entre en la célula T, que es una célula del linfocito T, punto inicial de la defensa del cuerpo, o antes de que se ponga en marcha la enzima que le hace cambiar el ARN por el ADN, o antes de que comience el derrumbe de las defensas orgánicas.

**DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO.** - Es la oportunidad para formular planteamientos significativos a los panelistas, quienes, a posteriori de esta instancia, podrán expresar consideraciones finales.

**PARTICIPANTE.** - Esta pregunta va dirigida al doctor Bueres: la relación entre el médico y el paciente ocasional de la calle, ¿es extracontractual?

**DOCTOR BUERES.** - Depende de lo que usted llame "paciente ocasional de la calle". Si se trata de un accidentado que ha perdido el conocimiento, por ejemplo, la doctrina mayoritaria considera que la relación es extracontractual.

**PARTICIPANTE.** - Desearía que el doctor Tobías dijera si hay precedentes de contagio de enfermedades derivadas de la prostitución o de relaciones prematrimoniales de uno de los cónyuges. De no haber precedentes, ¿cuál es su opinión personal?

**DOCTOR TOBÍAS** - Hay un precedente muy conocido que se dio en los Estados Unidos: el SIDA que había contraído un actor de cine, Rock Hudson, generó la promoción de una demanda por daños y perjuicios de quien era su compañero - llamémosle así - . Hasta donde yo conozco del tema, la Corte de Justicia de los Ángeles rechazó la demanda porque no se probó la existencia del SIDA en ese compañero y consideró que la mera eventualidad de que lo pudiera adquirir configuraba una hipótesis que nosotros llamamos de daño eventual no resarcible.

Respecto del análisis técnico, la cuestión consistiría en determinar si la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

transmisión culposa del SIDA o de una enfermedad venérea por vía de relaciones sexuales genera responsabilidad.

Si se toma nota de alguna anécdota publicada en diarios de nuestro país, según la cual un turista argentino en el Brasil un día se encontró con un cartel que decía "Bienvenido al club del SIDA" o algo parecido, considero que en ese caso podría plantearse la hipótesis de dolo o de una conducta lindante con el dolo. Parecería que está abierta la acción de responsabilidad. Lo complejo del tema sería evaluar cómo gravita la propia conducta de quien ha sido víctima del contagio en tanto conoció o pudo conocer la enfermedad de quien se la habría transmitido. Pero no conozco precedentes judiciales de transmisión de enfermedad infecto - contagiosa por vía sexual fuera del mencionado.

**PARTICIPANTE.** - Doctor Yungano: ¿Qué responsabilidad le compete al Estado en caso de contagio masivo, por ejemplo, por aguas contaminadas o por falta de tecnología adecuada para detectar en un banco de sangre la existencia de hepatitis B en sangre aportada por un dador? Si cabe la responsabilidad, ¿por medio de qué vía se puede canalizar?

**DOCTOR YUNGANO.** - El juez siempre resuelve el caso particular, de manera que la posibilidad de que las aguas estén contaminadas escapa a la competencia del magistrado, si no se ha presentado la persona que ha sufrido un daño.

**DOCTOR BUERES.** - Creo que habría que aclarar si se plantea un caso de daño colectivo o un caso de daño individual.

**PARTICIPANTE.** - La pregunta que voy a hacer tiene por destinatario al doctor Salerno.

¿Qué sucede si el que contrae una enfermedad no es un particular sino un profesional que ejerce su actividad en determinada institución? Traigo a colación el caso de la doctora García Prego, que reclamó contra Nueva York o contra el hospital en que trabajaba o contra la persona que dispuso que ella desechara cierto material.

¿Cómo se maneja aquí este tema ? ¿Existen precedentes para reclamar con posibilidades de éxito?

**DOCTOR SALERNO.** - El caso que usted plantea y se produjo en Estados Unidos ni siquiera ha llegado a sentencia porque hubo una transacción para evitar un pronunciamiento, porque ello crearía en cadena una suerte de responsabilidad permanente por los problemas que sufran los médicos que asumen gran parte de este riesgo en las enfermedades infectocontagiosas. En esa especialidad, el médico sabe a lo que se expone.

Yo dejo de lado el caso concreto aludido aquí en el que se utilizó una aguja hipodérmica infectada que se manipuló mal, pero evidentemente hay una serie de prácticas médicas para evitar la infección. Habría que analizar, a su vez, si el médico no ha incurrido en culpa, porque nuestro Código Civil es

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

claro al establecer que si el propio paciente, el que sufre la enfermedad, ha incurrido en culpa porque ha bebido agua contaminada o se pinchó con la aguja infectada, no cabe asignar la responsabilidad al hospital, ni al Estado.

PARTICIPANTE. - El doctor Tobías se refirió a que uno de los fines primarios o el fin primario del matrimonio es el de la procreación. Querría preguntar al señor relator si este fin se agota en la procreación o si podríamos exigir una procreación responsable.

PARTICIPANTE. - Complementando la pregunta que acaba de formularse, desearía hacer este planteo. Si la procreación es la finalidad primaria del matrimonio y el fin querido del derecho canónico, debería entenderse que el matrimonio tendría implicancias éticas sólo para los creyentes respecto del derecho canónico, pero no para el derecho civil.

DOCTOR TOBIÁS. - La pregunta se puede contestar de varias maneras. Trasladando el interrogante, también podríamos preguntarnos si constituye una actitud responsable concebir a una edad en que existe el alto riesgo de que el hijo nazca mogólico. Insisto un poco en la idea básica, que de todas maneras no es el argumento principal esencial. de la peligrosidad de la extensión del principio. A partir de la afirmación de la existencia de la responsabilidad por el cumplimiento de estos presupuestos, casi insensiblemente se puede caer en extremos inadmisibles. Incluso el doctor Yungano ha ampliado la lista de hipótesis, y desde un plano muy rígido cabría preguntar si es una actitud responsable la de la mujer fumadora empedernida que concibe sabiendo que generará los riesgos que señaló el doctor Yungano. Y así los ejemplos se podrían multiplicar. A mi juicio el enfoque central es otro: si existe o no el presupuesto de daño. Este es el interrogante clave y su dilucidación permitirá concluir si prospera o no la acción de responsabilidad. El tema se centra en esa pregunta y en su respuesta, y no tanto en la afirmación que hice más en carácter de idea complementaria que de esencial.

DOCTOR YUNGANO. - A lo dicho por el doctor Tobías quiero hacer un agregado. En primer lugar, el fin natural del matrimonio es la procreación, el fin civil del matrimonio no es la procreación. En segundo término, soy fervoroso partidario de ciertas normas eugenésicas, respecto de las cuales se consigna en todo el derecho la prohibición del matrimonio entre venéreos por ejemplo. El SIDA es una enfermedad venérea, por lo que habría que ampliar la ordenanza municipal sobre el certificado médico prenupcial en el sentido de que se realice la prueba también respecto del SIDA. Además, lo dicho por el doctor Tobías tiene también su margen de razonabilidad. A pesar de que soy ferviente defensor de la eugenesia, me

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

hago este planteo: si se hubiera impedido el matrimonio de un padre sifilítico con una madre que no sé qué otro problema padecía, en 1770 no habría nacido Beethoven.

**PARTICIPANTE.** - Algo que me preocupó bastante es el contagio del SIDA por vía de la saliva.

Yo no sé si interpreté mal al doctor Yungano, pero entendía que dijo que puede contagiarse a través de la saliva. ¿Es así, doctor?

**DOCTOR YUNGANO.** - Las vías de transmisión son la sangre, el semen, la leche materna y posiblemente la saliva. Por eso los ingleses recomiendan no dar besos húmedos...

(RISAS).

**PARTICIPANTE.** - Mi pregunta va al doctor Salerno.

En el accidente automovilístico ocurrido en Francia, respecto del cual el nexo causal es mediato, en el caso del conductor del vehículo, e inmediato en el caso del instituto hospitalario, ¿por qué se acciona en principio contra el conductor y a posteriori se le deja expedita la vía para que accione judicialmente? Es una cadena que no veo clara.

**DOCTOR SALERNO** - Yo he señalado que en el Código Penal francés existen normas que sirven de apoyo al fallo del tribunal para establecer la causalidad. Esas normas dicen que el responsable debe responder cualquiera que haya sido la causa, e incluso de las lesiones de la entidad que sufrió la damnificada que no son a título de dolo, sino de culpa. El conductor se hace cargo de todas las consecuencias y aun de éstas que en rigor no aparecen visibles.

En el derecho argentino no habría motivo para condenarlo, pero sí en el derecho francés.

Destaco que el fallo está impregnado del problema del SIDA y por su naturaleza lo hacen responsable, y que él después accione. ¿Por qué? Porque si no, esa persona infectada tal vez no encuentre al responsable, ya que en el banco de sangre, por ejemplo, le van a decir que tomaron la debidas precauciones y que no tuvieron la culpa.

Este problema se lo transmiten al autor del daño y éste, a su vez, tendrá que hacer el proceso que crea conveniente.

Concuerdo con usted en cuanto a lo riguroso del fallo, pero se debe a la naturaleza de la enfermedad contagiosa.

**PARTICIPANTE.** - Con respeto al SIDA, ¿qué responsabilidad le cabe al médico que en un caso de urgencia opta por hacer una transfusión inmediata?

Tengo entendido que el SIDA se detecta a los 30 días aproximadamente.

**DOCTOR YUNGANO.** - El período de incubación puede llegar a 28 meses.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

DOCTOR SALERNO. - Sería un problema de culpa...

DOCTOR BUERES. - Es un estado de necesidad. No hay un presupuesto de la responsabilidad civil por actos ilícitos, por haber estado de necesidad.

PARTICIPANTE. - Supongamos que a raíz de la transfusión la persona contrae el SIDA.

DOCTOR BUERES. - El planteo es el siguiente. No se le puede hacer la prueba serológica del SIDA por razones de tiempo, y hay que transfundir con urgencia porque la persona se muere.

El médico tiene que hacer la transfusión. Se justifica la antijuridicidad de su obrar, o sea, no hay antijuridicidad, no hay responsabilidad por acto ilícito, puesto que falta un presupuesto.

PARTICIPANTE. - Voy a desarrollar la pregunta que le formulé al doctor Tobías.

Yo me dedico al derecho de familia y observo con preocupación que los menores en la mayoría de los casos están bastante desprotegidos, y me parece que la madre y el padre deberían ser responsables. Vayamos a casos extremos en que la madre o el padre transmiten el SIDA o alguna otra enfermedad grave. Pregunto si no tiene que haber un equilibrio en el derecho hacia los dos bienes jurídicos protegidos, porque, aunque hay un derecho a la procreación, el que nace también tiene derecho a nacer en las mejores condiciones posibles, y los adultos deben ser responsables de sus actos.

En concreto, mi pregunta es la siguiente: ¿cómo se hace para equilibrar los dos derechos?

DOCTOR TOBÍAS. - Antes de ir específicamente a la contestación, quiero señalar que el problema de la responsabilidad por transmisión de la enfermedad en el ámbito del derecho de familia es aún más amplio que el que aquí hemos analizado.

También se plantea una hipótesis posterior; por ejemplo, los padres que omiten dar vacunaciones que son de aplicación extendida además de obligatorias.

Aquí me parece que el tema es más fácil de resolver.

Yo no tengo dudas de que uno de los deberes de la patria potestad es el de velar por mantener la salud de los hijos y adoptar un comportamiento activo tendiente a evitar que contraigan enfermedades. En esta hipótesis que también se incluye en el ámbito del derecho de familia, me parece razonable admitir la acción de responsabilidad, por ejemplo, cuando el hijo contrae la poliomielitis por haber omitido los padres la aplicación de las vacunas que son casi de regla y enormemente extendidas.

Entiendo que no corresponde una negativa cerrada a admitir dentro del ámbito de padres e hijos la exclusión en todas las hipótesis en que se plantee la acción de responsabilidad

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

En el supuesto objeto de esta exposición, tengo para mí, reitero, que todo gira en torno del concepto de daño.

El derecho del hijo a nacer sin enfermedades supone el correlativo deber de los padres de no transmitirlos. ¿Cómo se pudo haber satisfecho este deber? Habiéndose abstenido de concebir.

Insisto, por lo tanto, en la idea de que el supuesto derecho a la no transmisión se identificaría con el inexistente derecho a no ser concebido.

Sigo sin ver cómo la situación posterior, es decir, el "ser" enfermo, sea peor que la preexistente al presunto daño, que el "no ser".

De cualquier modo el tema lo he introducido a propósito porque me parece delicado, difícil y dudoso.

PARTICIPANTE. - El padre puede elegir, el que va a nacer no tiene derecho a elegir que va a nacer. La obligación es de quien lo concibe. Yo no elegí nacer, mis padres decidieron que yo naciera. Creo que hay una responsabilidad por ello. Yo no puedo elegir nacer ni dónde voy a nacer.

DOCTOR SALERNO. - Usted plantea un caso de responsabilidad.

PARTICIPANTE. - Obviamente, es una acción por daños y perjuicios.

DOCTOR BUERES. - El punto sobre el cual se nos interroga suscita, sin duda, una gran perplejidad, desde el punto de vista doctrinal. Prueba de ello es que fue examinado con distintos enfoques por los autores italianos, tras el dictado del fallo del Tribunal de Piacenza - del 31 de julio de 1950 -, al que hizo referencia el doctor Tobías. También en España estudió el tema Fernando Pantaleón Prieto con rigor científico.

Por otra parte, y en lo que concierne a la posición asumida por el doctor Tobías en el curso de su exposición, disiento respetuosamente de ella. No parece apropiado que intentemos responder de forma definitiva y en este acto a todos los argumentos expuestos por el distinguido colega, pues recién los hemos escuchado. La seriedad y meditación del planteo efectuado por el doctor Tobías reclama un estudio más detenido. No obstante intentaremos defender nuestra postura, y de paso replicaremos al doctor Tobías, aunque más no sea de una manera improvisada o provisional - por calificarla de algún modo - .

En general, la doctrina que niega acción al hijo contra el padre, en supuesto de transmisión de enfermedad hereditaria de parte de éste a aquél, aduce que el padre tiene un derecho a la intimidad que involucra el derecho a mantener relaciones sexuales. Pantaleón Prieto afirma que esa prerrogativa jurídica está consagrada en el art. 18 de la Constitución española. En nuestro medio, Zannoni acepta este temperamento y, por lo mismo, sostiene la licitud del acto obrado por el padre, en un trabajo publicado en 1989, en el libro realizado en homenaje al profesor Mosset Iturraspe, titulado Derecho de daños.

Conocemos otra opinión, contraria a las anteriores, proveniente del doctor Banchio, profesor de la Universidad de Córdoba, vertida en un trabajo,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

inédito hasta ahora, pero que va a tener difusión en un libro sobre Responsabilidad por daños de próxima aparición. Banchio reconoce legitimación al hijo y esto nos parece correcto, aunque no compartimos el camino elegido por el distinguido profesor mencionado. Efectivamente, Banchio expresa que el art. 1066 consagra una antijuridicidad formal, pero, sin embargo, el art. 1109 amplía el campo de dicha ilicitud objetiva y consagra una antijuridicidad material (o genérica). Por tanto, el autor concluye que dañar con culpa o todo daño culposo es antijurídico. Reiteramos que por ese cauce no se localiza el problema ajustadamente, pues se están mezclando dos presupuestos de la responsabilidad civil que son autónomos, incluso en el terreno del art. 1109: la antijuridicidad y la culpabilidad.

Tampoco me parece que en el caso haya inexistencia de causalidad y de daño, como supone el doctor Tobías.

Con respecto a lo primero, creo inatacable que el resultado nocivo proviene del hecho de los progenitores (imputatio facti) . En cuanto a lo segundo (ausencia de perjuicio), es claro que el tener una nariz como la de Cirano - por exagerar la hipótesis - o el recibir ciertas cargas o problemas psicofísicos por herencia, no puede constituir un daño, pues se trata de molestias, perturbaciones o deficiencias, si cabe, propias de todo existir. Pero de allí no puede seguirse - como lo hace el doctor Tobías - que el transmitir al hijo una sífilis o el SIDA no configura un daño. A partir del dato de que el daño - o perjuicio - es la lesión a un interés jurídico, se nos ocurre que en la actividad del intérprete tendiente a seleccionar cuáles son los intereses que merecen el amparo del derecho, han de quedar afuera de esa selección las susodichas molestias, perturbaciones o deficiencias naturales, pero una elemental razón de solidaridad social, entre otras, impide, en cambio, dejar fuera del significado de daño (jurídico, se entiende) la transmisión por herencia de la sífilis, del SIDA o de cualquier otra enfermedad grave de similar entidad. Cabe notar que el criterio de la solidaridad social es utilizado para elegir los intereses dignos de tutela por Rodota - y por otros autores italianos como Galgano o Giovanna Visintini -, sobre la base de lo dispuesto en el art. 2° de la Constitución italiana. Ese principio - que constituye un valor que se inserta en el valor supremo justicia - también surge del Preámbulo de nuestra Constitución, en tanto en él se habla de promover el bienestar general.

Visto así el asunto, aparecen en conflicto (o enfrentados) dos derechos subjetivos - de raigambre constitucional, incluso - que son éstos: el derecho de los padres a la intimidad o a tener relaciones sexuales (como parte del libre desarrollo de sus personalidades) y el derecho a la integridad corporal (cuerpo y psiquis) que tiene el hijo. No vamos a entrar en la discusión, un tanto bizantina, sobre si los derechos reconocidos por la Constitución se encuentran en igual plano de jerarquía o si, por el contrario, existe una suerte de ordenación jerárquica de tales prerrogativas. Pero lo cierto es que el relativismo de todo derecho hace que el que asiste a los padres colisione con el derecho que ostenta el hijo. Por tanto, la conducta dañosa de aquéllos no puede en modo alguno encontrar como causa de Justificación el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

ejercicio legítimo de un derecho. Y esto significa que esa conducta dañosa e injustificada es antijurídica.

Por último, estimamos que el factor de atribución podrá ser la culpa o bien el abuso del derecho (al libre desarrollo de la personalidad). En este último caso, la responsabilidad sería objetiva, pues, a nuestro criterio - y en consonancia con lo que sostienen Bustamante Alsina, entre nosotros, y Castán Vázquez, Rivero Hernández y Roca Trías, en España, por ejemplo, la figura del abuso del derecho no requiere para configurarse la presencia de la culpa.

DOCTOR YUNGANO. - Querría referirme muy brevemente a dos cosas.

En primer término, el planteo entre no nacer y nacer mal no es ontológicamente correcto, porque desde el punto de vista de la ontología son cosas distintas. No se puede comparar el no nacer con el nacer mal, es decir, se puede comparar nacer bien o nacer con defectos. De cualquier manera, el tema no puede resolverse con patrones generales, habría que volver a algunos principios clásicos.

En segundo lugar, en la medida en que pueda demostrarse una culpa consciente, dicho sea esto un poco entre comillas, tal vez yo abriría la responsabilidad de los padres por los daños causados al hijo, pero en determinados casos, porque no es lo mismo la transmisión de una varicela que la transmisión de la sífilis o del SIDA.

DOCTOR BUERES. - Estamos de acuerdo. Reiteramos nuestra incredulidad con respecto al principio de la compensatio lucri cum danno - aplicado a estos casos - o al juicio de valor entre el no existir o el existir con taras.

DOCTOR TOBÍAS. - Para finalizar, quiero insistir en la idea de que mi planteo es más técnico. Si el daño en un sentido general supone la pérdida o alteración de una situación preexistente más favorable, sigo pensando que acá no hay un daño porque es más valioso ser, aunque enfermo, que no ser.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Agradezco las exposiciones de los señores profesores y la presencia de los asistentes a esta mesa redonda, que doy por concluida.

- Aplausos prolongados.

**Tema: LA FRUSTRACIÓN DEL FIN DEL CONTRATO**

Relatores: PROFESORES DOCTORES FEDERICO N. VIDELA ESCALADA, JOSÉ MARÍA GASTALDI, SANTOS CIFUENTES Y JORGE ALBERTO ZAGO

Participantes: DOCTORES MARÍA LUISA CASAS DE CHAMORRO VANASCO, DIEGO HERNÁN ZENTNER Y JUAN CARLOS KING