

Josefina Alventosa del Río
Coordinadora de la Sección Jurídica

Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural*

María Luisa Atienza Navarro

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Valencia

Resumen

En el presente estudio se analizan los supuestos en que cabría exigir responsabilidad civil a los padres por los daños con que nacen sus hijos. Para ello, debe distinguirse según el daño sea causado directamente por la conducta de los padres durante la gestación, de los supuestos en que la enfermedad sea meramente transmitida o contagiada por los progenitores. Entre estos casos se encuentran el alcoholismo, el tabaquismo, y las toxicomanías.

Palabras Clave

Responsabilidad civil. Procreación natural. Daño. Nacimiento.

Summary

In the present study there are analyzed the suppositions in which it would be necessary to demand civil responsibility of the parents for the damages with which their children are born. For it, it must differ according to the damage it is caused directly by the conduct of the parents during the gestation, of the suppositions in which the disease is merely transmitted or infected by the progenitors. In these cases they find the alcoholism, the smoking and the drugs addiction.

— Correspondencia a: _____
Autora: María.L.Atienza@uv.es
Coordinadora: josesfina.alventosa@uv.es

* Este trabajo es una parte de otro más amplio que aparece publicado en el libro *Daños en el derecho de familia*, (coord.: De Verda Beamonte, J. R.), ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 41 a 74.



Key Words

Civil responsibility, natural procreation, damage, birth.

I. CONSIDERACIONES GENERALES: ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS QUE PUEDEN PRESENTARSE

Creo que es conveniente hacer una distinción entre dos grandes grupos de supuestos: 1) Casos en que los padres, o uno solo de ellos, causan directamente la enfermedad o tara del hijo; 2) Supuestos en que la enfermedad es transmitida por los progenitores a sus descendientes.

En el primer grupo de casos podrán incluirse, a su vez, supuestos bien heterogéneos: desde enfermedades o malformaciones causadas por la madre ya iniciada la gestación (por ejemplo, a causa del consumo de alcohol, drogas, medicamentos, accidentes de tráfico, irregularidades de su alimentación cuando la gestante no provea voluntariamente de los nutrientes necesarios al feto, etc.), hasta aquéllas que sean debidas a agresiones que la propia madre embarazada sufre por parte del padre.

En el segundo grupo de casos (esto es, cuando la enfermedad es meramente transmitida por los progenitores) se incluirán los supuestos en que el hijo padece la enfermedad a consecuencia de su patrimonio genético (síndrome de down, por ejemplo) o de una infección contagiada por la madre o por el padre (como puede ser el sida o la sífilis), distinguiendo según el contagio se produzca en la concepción o durante la gestación. En estos casos, además, habrá de tenerse en cuenta si los padres a su vez padecían antes la enfer-

medad o si, ya iniciada la gestación, descubren que el hijo está afectado por ella. En el primer caso, se plantea el problema de los límites a la libertad de procreación, para los disminuidos síquicos o físicos o para los transmisores de enfermedades contagiosas; en el segundo, la posibilidad de que el hijo reclame a la madre que, conocedora del problema de salud de aquél, haya decidido no abortar (cuestión, esta última, que se analiza en el último epígrafe de este trabajo).

2. CASOS EN QUE LA CONDUCTA DE LOS PROGENITORES CAUSA DIRECTAMENTE LA ENFERMEDAD DEL HIJO

En este grupo de supuestos, en muchas ocasiones, nos encontraremos ante una conducta constitutiva de un delito de lesiones prenatales (arts. 157 y 158 C.p.).

Según el art. 157 C.p. *“el que por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años”*.

Se trata de un delito incorporado novedosamente por el C.p. de 1995, y que ha sido



aplaudido por la doctrina mayoritaria¹. En él se da protección penal al derecho a la salud física y síquica del feto², ya que, como señala algún penalista, "el Derecho debe intentar posibilitar su nacimiento libre de daños que puedan condicionar toda su futura existencia"³.

Hay que notar, además, que, a pesar de la referencia al feto, se interpreta mayoritariamente que debe incluirse también al embrión. Según esta tesis, la tutela a la salud comienza con la completa anidación del óvulo fecundado en el útero materno, y, por consiguiente, el tipo penal vendrá integrado tanto por las lesiones al feto en sentido estricto, como al embrión⁴.

¹ Con anterioridad a la promulgación del C.p. de 1995, se discutía cuál era la protección penal de la vida humana en fases de desarrollo anteriores al nacimiento. Comoquiera que sólo se contemplaba expresamente el delito de aborto, según una posición, podía aplicarse en estos casos el tipo de tentativa de aborto. Otra posibilidad, que también se barajó, fue acudir a los tipos de lesiones cuando aquéllas permanecieran en el nacido (el TS admite esta última vía en su sentencia de 5 de abril de 1995; aunque se trató de una cuestión muy debatida doctrinalmente). Acerca de este problema, entre otros: GONZÁLEZ RUS, J. J.: "Comentario al art. 157 C.p.", en Compendio de Derecho penal español, (A.A.V.V.), dir. por COBO DEL ROSAL, M., ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 88; VALLE MUÑIZ, J. M.: "Comentario al art. 157 C.p.", en Comentarios a la parte especial del Derecho penal, (A.A.V.V.), dir. por QUINTERO OLIVARES, G., ed. Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 146.

² SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: "Comentario al art. 157 C.p.", en Comentarios a la parte especial del Derecho penal, (A.A.V.V.), dir. por RODRÍGUEZ MOURULLO, G., ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 448; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal. Parte especial, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; p. 135; SANTANA PÁEZ, E. y SENENT MARTÍNEZ, S.: "Comentario al art. 157 C.p.", en Comentarios al Código penal, (A.A.V.V.), dir. por COBO DEL ROSAL, ed. Edersa, Madrid, 1999, p. 641; GONZÁLEZ RUS: "Comentario al art. 157 C.p.", cit., p. 89; VALLE MUÑIZ: "Comentario al art. 157 C.p.", cit., p. 147.

³ VALLE MUÑIZ: "Comentario al art. 157 C.p.", cit., p. 147.

⁴ SUÁREZ GONZÁLEZ: "Comentario al art. 157 C.p.",

Sujeto activo de este delito puede serlo cualquiera; también, por tanto, la propia madre embarazada⁵. En consecuencia, dado que el comportamiento típico del art. 157 C.p. consiste en causar dolosamente al feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en él una grave tara o síquica, podrán sancionarse penalmente, con base en este precepto, los casos en que, por ejemplo, la enfermedad o tara con que nace el hijo se debe a los malos tratos que la madre ha sufrido por parte del padre que consciente de su embarazo la agrede⁶. Igualmente, cabría entender que quedan incluidos todos aquellos supuestos en que la propia madre lleva a cabo un comportamiento del que es consciente que se derivará un resultado lesivo para su hijo; en ese sentido, algún autor hace referencia precisamente a los casos de falta de cuidado por parte de las mujeres embarazadas, que podrían ser constitutivos de este delito en cuanto a actuaciones con dolo eventual (así, por ejemplo, en los supuestos de mujeres toxicómanas o alcohólicas que, conscientes de su embarazo, no abandonan

cit., p. 449; SANTANA PÁEZ y SENENT MARTÍNEZ: "Comentario al art. 157 C.p.", cit., p. 642; VALLE MUÑIZ: "Comentario al art. 157 C.p.", cit., pp. 147 y 148.

En contra, GONZÁLEZ RUS: "Comentario al art. 157 C.p.", cit., p. 89, entiende que el límite mínimo del delito viene dado por el fin de la vida embrionaria (es decir, a partir del tercer mes de gestación).

⁵ SUÁREZ GONZÁLEZ: "Comentario al art. 157 C.p.", cit., p. 450, quien advierte que se da la paradoja de que el auto aborto doloso (art. 145.2 C.p.) se halla conminado con una pena inferior (seis meses a un año de prisión o multa de seis a veinticuatro meses) que la causación de unas lesiones dolosas al feto producidas por la propia madre. En el mismo sentido: SANTANA PÁEZ y SENENT MARTÍNEZ: "Comentario al art. 157 C.p.", cit., p. 649; GONZÁLEZ RUS: "Comentario al art. 157 C.p.", cit., p. 90.

⁶ SANTANA PÁEZ y SENENT MARTÍNEZ: "Comentario al art. 157 C.p.", cit., p. 646..



el consumo, lo cual afectará al desarrollo del feto y podrá provocarle alguna tara o enfermedad⁷. No obstante, en muchos de estos casos, aun cuando pudiera apreciarse un dolo eventual, el propio estado de la madre podría constituir una eximente penal. Por otra parte, como también se admite la posibilidad de su comisión por omisión⁸, cabría cuestionar la aplicación del art. 157 C.p. en los casos en que la madre, conscientemente, deja de alimentarse y, en consecuencia, no le llegan al feto los nutrientes necesarios para su desarrollo. En relación con todos los supuestos anteriores hay que tener en cuenta que el tipo penal (causación por cualquier medio de una lesión o enfermedad) es quizá lo bastante amplio como para poder incluirlos.

Por su parte, el art. 158 C.p. se refiere a la modalidad gravemente imprudente de las lesiones al feto⁹. En este caso se excluye, sin embargo, a la embarazada como sujeto activo del delito. Las razones son de política-criminal, al igual que sucede en el caso del aborto cuya modalidad imprudente tampoco está sancionada penalmente para la mujer (art. 146 C.p.). En ese sentido, se ha alegado que no puede exigirse a la gestante un deber de cuidado penalmente impuesto sobre el transcurso del

embarazo¹⁰. No obstante, también se ha destacado que, en ocasiones, será difícil distinguir los supuestos en que la falta de cuidado de la embarazada sea constitutiva de un dolo eventual (y sancionada por el art. 157 C.p.) de aquéllos en que la conducta sea meramente negligente (con la consecuente exoneración de responsabilidad penal para la gestante, con base en el art. 158 C.p.)¹¹.

No hay duda de que en todos esos supuestos penalmente tipificados, además de la responsabilidad penal, se originará la obligación de indemnizar el daño derivado de esa conducta. Es decir: la madre que con dolo (aún eventual) causa la enfermedad o tara del hijo, y el padre que con su conducta dolosa o gravemente negligente produce ese mismo resultado, responderán penal y también civilmente de las consecuencias dañosas derivadas de ese delito (así lo establece, como es sabido, el art. 109 C.p., según el cual "*la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados, en los términos previstos en las Leyes*"; y el art. 116.1 C.c.: "*Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios*").

El problema se plantea cuando el comportamiento de los progenitores no puede sancionarse penalmente (por no ser posible, por ejemplo, subsumirlo en el tipo penal, como ocurre cuando la conducta de la madre es

⁷ *Citan ese ejemplo: SANTANA PÁEZ y SENENT MARTÍNEZ: "Comentario al art. 157 C.p.", cit., p. 646.*

⁸ *SUÁREZ GONZÁLEZ: "Comentario al art. 157 C.p.", cit., p. 448; GONZÁLEZ RUS: "Comentario al art. 157 C.p.", cit., p. 89.*

⁹ *Establece el art. 158 C.p.: "El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto".*

¹⁰ *SUÁREZ GONZÁLEZ: "Comentario al art. 157 C.p.", cit., p. 451, entiende que la exclusión de la embarazada "se encuentra vinculada a la idea de la poena naturalis que conlleva el resultado lesivo". En el mismo sentido: VALLE MUÑOZ: "Comentario al art. 158 C.p.", cit., p. 150.*

¹¹ *En ese sentido: SANTANA PÁEZ y SENENT MARTÍNEZ: "Comentario al art. 157 C.p.", cit., p. 654*



meramente negligente), ¿puede no obstante exigirse la responsabilidad civil?

Los principales inconvenientes de responsabilizar civilmente a la madre de los daños que provocan en su hijo esas conductas de riesgo son dos:

1) En primer lugar, que se exigiría a la embarazada un deber de cuidado (que le impondría incluso una especial atención para no sufrir accidentes domésticos, de tráfico o laborales, etc.), que podría suponer una intromisión en su vida personal, con posibles efectos dañosos además en la unidad familiar¹². Por ello, en algunas ocasiones se ha entendido que atentaría contra la autonomía y libertad personal de la mujer exigirle responsabilidad civil por unos daños que derivan de fumar, consumir drogas o alcohol durante la gestación¹³.

No hay duda de que el argumento es convincente; sin embargo, creo que en estos casos debe prevalecer el interés del hijo a una vida sana, y que podría considerarse que el límite a la libertad de actuación de la madre se encuentra en la propia salud del niño. De hecho, como hemos visto, conductas llevadas

a cabo por la madre con un dolo eventual (y por el padre, incluso, con negligencia grave) son merecedoras de reproche penal y pueden llevar consigo una pena de prisión.

2) En segundo lugar, también se ha alegado que, fuera de los casos de actuaciones dolosas, falla la antijuridicidad porque la conducta de la madre no podrá ser considerada ilícita. Sin embargo, como es sabido, además de que hoy se cuestiona este presupuesto como elemento integrante de la responsabilidad civil en nuestro Derecho (hay responsabilidad también por conductas lícitas), siempre cabría considerar que el principio *alterum non laedere* se ve vulnerado en estos casos porque existe un interés prevalente del hijo a tener una vida sana¹⁴.

Por último, habría que hacer mención a otro grupo de supuestos en los que, si bien la conducta de los progenitores no ha sido la causa directa de la enfermedad, están íntimamente relacionados con los anteriores, porque dicha enfermedad podría haberse evitado con un comportamiento distinto de los padres. Se trata de los casos en que el hijo sufre algún problema de salud que puede ser resuelto con una intervención quirúrgica cuando todavía está en el seno materno. Si la madre se niega a someterse a la misma (y, por ende, a permitir la operación del *nasciturus*, y su consecuente curación), ¿podrá después el hijo exigirle responsabilidad civil?¹⁵. Nuevamente podrían esgrimirse los planteamientos anteriormente

¹² *El planteamiento se ha realizado en alguna sentencia norteamericana, que niega el derecho del hijo a reclamar a su progenitora por este tipo de daños (me remito al análisis de esa jurisprudencia en MEDINA, G.: Daños en el Derecho de familia, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 333).*

¹³ *En ese sentido, MACÍA MORILLO, A. La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 67, que cita el caso de Inglaterra donde se ha excluido la responsabilidad de la mujer en esos casos, aunque se exceptúan los supuestos en que los daños se producen por accidentes de circulación. Creo que el hecho de que en estos últimos sea una compañía aseguradora la que pague con la indemnización del daño, no es motivo jurídico para admitir la responsabilidad y excluirla en otras conductas de riesgo similares por el hecho de no estar aseguradas.*

¹⁴ RUIZ LARREA, N.: "El daño de procreación: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos", en *La Ley*, 1998, D-62, tomo I p. 2041.

¹⁵ *Se plantea también la cuestión: MACÍA MORILLO: La responsabilidad médica..., cit., p. 67, quien concluye que "la reclamación de responsabilidad del hijo se enfrenta al obstáculo de la protección de los intereses y derechos de la mujer, sin que exista una respuesta unánime al respecto".*



realizados acerca de la libertad personal de la madre, del conflicto que plantea respecto de la protección del niño y de la inexigibilidad a la madre de llevar a cabo una conducta diferente; y, de nuevo, también las mismas dudas acerca de la emisión de una conclusión definitiva y certera.

No obstante, creo que hay que analizar esta cuestión desde el punto de vista del nexo causal o, mejor, hacer uso de la distinción —cada vez más extendida¹⁶— entre causalidad e imputación objetiva. En ese sentido, hay que tener en cuenta que, cuando la conducta es omisiva, como sucede en el supuesto objeto de análisis (madre que decide no someterse a una intervención que curaría al feto), no cabe, como apunta PANTALEÓN, “distinguir entre problemas causales y problemas de imputación objetiva, pues no puede hablarse con propiedad de causalidad de las omisiones (ex *nihilo nihil fit*)”¹⁷. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico, sí que será posible imputar el resultado dañoso con base en el criterio del «incremento del riesgo»; es decir, siempre que se constate con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza que el daño no se habría verificado si el sujeto hubiese llevado a cabo la conducta exigida, que resulta omitida¹⁸. En el caso que nos ocupa, en mi opinión, puede cumplirse dicho presupuesto siempre que se verifique, con esa probabilidad rayana en la certeza, que el niño habría nacido sin

¹⁶ *Acerca de la distinción y de los criterios de imputación objetiva del daño (entre ellos, el propuesto en el texto)*, vid: PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, tomo II. Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 1561 a 1591; y en «Comentario al art. 1.902 C.c.», en *Comentarios al Código civil, tomo II*, ed. M.ª Justicia, Madrid, 1993, pp. 1981 a 1988

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

la enfermedad si la madre hubiera llevado a cabo la conducta omitida (esto es, la intervención quirúrgica). Podría objetarse que esa conducta omitida no es exigible a la madre; sin embargo, y aunque de nuevo la cuestión puede suscitar dudas, entiendo que en estos casos debería prevalecer el interés del hijo. Es decir, en mi opinión, aún de admitirse la libertad de la madre para decidir, después debería responder civilmente del daño porque éste podría imputarse objetivamente a su comportamiento.

En conclusión, entiendo que siempre que resulte probado que la acción u omisión de los progenitores ha sido la causa de la grave enfermedad o tara con que ha nacido su hijo, cabrá exigirles responsabilidad civil (y en muchos casos también penal)¹⁹.

3. CASOS EN QUE LA ENFERMEDAD DEL HIJO ES TRANSMITIDA O CONTAGIADA POR SUS PADRES

A) Presupuestos preliminares

A diferencia de los anteriores, en estos casos el comportamiento de los padres no causa directamente la enfermedad del hijo; éste la padece porque aquéllos se la han transmitido o se la han contagiado durante la concepción o en un momento posterior de la gestación. Por tanto, podría incluirse tanto

¹⁹ *No obstante, en ocasiones será difícil demostrar que la enfermedad del hijo ha sido causada por ese comportamiento de los progenitores, ya que son muchos los factores que pueden concurrir en la causación de una enfermedad o malformación (igual: SANTANA PÁEZ y SENENT MARTÍNEZ: “Comentario al art. 157 C.p.”, cit., p. 645).*



la transmisión de enfermedades genéticas o hereditarias como las contagiosas.

Creo que no es necesario distinguir las enfermedades según se transmitan por predisposición genética o hereditaria, o se contagien por ser los padres transmisores de enfermedades contagiosas, sino que lo relevante será el conocimiento que estos últimos tuvieran de ellas antes de concebir²⁰. Además, en los casos de enfermedades contagiosas, creo que también hay que tener en cuenta cuándo se produce el contagio, esto es, según se dé durante la concepción o en un momento posterior de la gestación.

B) Padres que, desconocedores de la enfermedad, la transmiten o contagian a sus hijos

Si los padres desconocen la enfermedad que transmiten o contagian a sus hijos, ninguna responsabilidad cabría exigirles porque no habría comportamiento negligente por su parte²¹.

La única duda que plantea este supuesto es si el desconocimiento debe también ser inimputable a los padres. Es decir, si cabría únicamente hablar de diligencia por su parte cuando se hubieran sometido a los exámenes médicos oportunos para detectar la enfermedad. Parece que, hoy en día, en nuestro entorno, no cabe exigir de los padres tal comportamiento, con lo que bastará con que,

²⁰ También tiene en cuenta el conocimiento de los padres acerca de la enfermedad: MARTÍN GRANIZO, M.: La incapacitación y figuras afines, ed. Colex, 1987, pp. 53 a 55.

²¹ En el mismo sentido: MARTÍN GRANIZO, La incapacitación y figuras afines, ed. Colex, 1987, p. 53 a 55; RUIZ LARREA: "El daño de procreación...", cit., p. 2041.

por el motivo que fuera, no conocieran la enfermedad de la que son transmisores²².

C) Padres que, conocedores de la enfermedad, la transmiten o contagian a sus hijos mediante la concepción

a) Posiciones doctrinales

En este supuesto los padres son conocedores de la enfermedad por padecerla ellos mismos, por haberse sometido a un examen médico antes de la gestación, por ser portadores en atención a los antecedentes familiares, etc., y aún así deciden concebir un hijo que nace con dicha enfermedad. Como puede verse, el primer problema con que se enfrenta el reconocimiento de la responsabilidad es que la transmisión de enfermedades o taras juega muchas veces con criterios de probabilidad y no de certeza²³. Sin embargo, en los casos en que se tenga esa certeza, o el riesgo de transmisión sea muy elevado, parece que no cabe aplicar los preceptos del C.p. (arts. 157 y 158 C.p.) que castigan las lesiones al feto, porque la enfermedad se transmite o contagia a través de la concepción y no en un momento posterior de la gestación²⁴.

²² Ni siquiera en los casos de grupo de riesgo existe en nuestro ordenamiento esa obligación de someterse a un diagnóstico previo al embarazo (MACÍA MORILLO: La responsabilidad médica..., cit., p. 68, en nota 94).

²³ Así lo señala MACÍA MORILLO: La responsabilidad médica..., cit., p. 68 (nota 94).

²⁴ Entiendo que tampoco cabría aplicar los delitos de lesiones generales, que contemplan, en el C.p. actual, la posibilidad de sancionar penalmente la transmisión contagiosa de una enfermedad. Se interpreta, como es sabido, que entre los casos en que "por cualquier medio o procedimiento" se causa a otro "una grave enfermedad somática o psíquica", cabe incluir el supuesto de contagio de enfermedades como el Sida (art. 149 C.p.). De forma más específica el C.p. de 1973, en su art. 348. bis establecía que quien "maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor. No obstante,



Aquí cabría traer a colación una célebre sentencia del Tribunal de Piacenza de 31 de julio de 1950²⁵. En el caso resuelto por la decisión una hija reclamó a sus progenitores los daños sufridos por haberle transmitido el padre la enfermedad de la sífilis durante su concepción. El demandado, consciente de su enfermedad, había mantenido relaciones sexuales con una empleada doméstica, fruto de las cuales nació la demandante. El Tribunal reconoció la responsabilidad del padre con base en la idea de que si la transmisión de una enfermedad infecto-contagiosa (como lo es la sífilis) es una conducta ilícita (incluso desde el punto de vista penal) no hay motivo para que deje de serlo por el hecho de transmitírsela a un concebido, en lugar de a un ser ya nacido²⁶. La sentencia fue muy debatida por la doctrina italiana, que mayoritariamente la criticó²⁷, aunque con algún autor a su favor²⁸.

los Tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, podrán imponer la pena superior inmediata, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere delito más grave”.

Hay que tener en cuenta que la aplicación de todas estas normas precisa la existencia de una persona ya nacida o como mucho -podría discutirse- ya concebida (como expliqué en la nota 21, antes de que se contemplara expresamente el delito de lesiones al feto, se discutió si cabía aplicar las normas generales del delito de lesiones, por cuanto éste presupone que el sujeto pasivo debe ser una persona).

²⁵ Foro it. 1951, I, p. 991.

²⁶ La sentencia, además, especifica que, aun cuando la vida sea un gran don, puede transformarse en una fuente de infelicidad inmensa cuando la transmisión de la enfermedad condiciona completamente la vida del nacido.

²⁷ CARNELUTTI: en su “Comentario” a la sentencia en Foro it. 1951, I, p. 990; ELIA: “Responsabilità dei genitori verso il figlio ereditario?”, Foro it., 1951, I, p. 987 y ss.; CASELLA: “Ancora sul diritto dell’ereditario al risarcimento dei danni da parte dei genitori”, Riv. Dir. Comm., 1952, II, pp. 338 y ss.; LERNER: Mero delito civile la procreazione?, en Foro it., 1952, IV, 18; TRABUCCHI: “La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità”, Riv. Dir. Civ., 1982, I, pp. 617 y ss.

²⁸ MUSATTI: “Ancora sulla responsabilità della procreazione”, Foro it., 1952, IV, pp. 15 y ss.;

Entre la doctrina española que se ha ocupado de este tema, hay también posiciones diversas.

Algunos autores rechazan la posibilidad de acudir al Derecho de daños en los casos en que los padres llevan a cabo la actividad procreadora *natural*, pese a ser *conscientes* de la significativa probabilidad de transmisión al futuro ser de enfermedades infecciosas, genéticas o hereditarias. En ese sentido, MARTÍN GRANIZO entiende que la consecuencia no puede ser la responsabilidad civil porque le parece “un concepto demasiado áspero, enconado, inclemente, no sólo por venir aquí proyectado sobre el estricto círculo de unas relaciones paterno-filiales no crispadas y sí generalmente fuertemente matizadas de un profundo afecto e incluso pesar, sino porque en todo caso suponen a lo sumo una falta de exquisita diligencia referida a unos aspectos que, como la genética, exigen unos niveles culturales todavía no alcanzados por el nivel medio español”.

Como a este autor no le parece satisfactorio, ni conveniente, aplicar el art. 1.902 C.c., propugna, aunque sólo “a título de aventurar una opinión”, la idea de que los progenitores, en esos casos, tendrían con sus hijos una “obligación natural”, basada en la necesidad de que el descendiente obtuviera un apoyo o auxilio económico que le permitiera la subsistencia en relación con el defecto o tara que padece. Para garantizar esa compensación económica, el autor defiende que los padres podrían concertar un seguro especial en el que el hijo enfermo fuera el beneficiario, o incluso otorgar un testamento en el que fuera mejorado, si hubiese también otros descendientes.

RESCIGNO: “Il danno da procreazione”, en Riv. Dir. Civ., 1956, pp. 615 y ss.



En una posición contraria, RUIZ LARREA²⁹ entiende que es posible exigir la responsabilidad civil en los casos en que la enfermedad o tara genética que portaban los padres era conocida por éstos y ha sido heredada por el descendiente. Para ello será necesario que el progenitor conociese la dolencia o su posibilidad de transmisión por pertenecer a un grupo de riesgo, porque de lo contrario no cabría hablar de comportamiento negligente. De ese modo, los daños transmitidos al feto por sus padres podrán imputarse a éstos, según esta autora, cuando, sabedores de sus taras, no hubiesen adoptado ninguna medida para evitar engendrar al hijo. Por su parte, también UREÑA MARTÍNEZ³⁰ se plantea la posibilidad de que el hijo enfermo, a través de un defensor judicial, ejercite una pretensión indemnizatoria contra los padres que lo conciben, a sabiendas del riesgo de transmisión por su parte de una enfermedad infecciosa o hereditaria, y defiende que aquéllos son civilmente responsables por ese motivo³¹.

En una posición intermedia encontramos a aquellos autores que muestran sus dudas

²⁹ RUIZ LARREA: "El daño de procreación...", cit.

³⁰ UREÑA MARTÍNEZ, M.: "Comentario a la STS de 6 de junio de 1997", en C.C.J.C., nº 45, 1997, pp. 1115 y 1116.

³¹ En sus palabras: "quizás en un futuro podría plantearse ante nuestros tribunales pretensiones indemnizatorias de menores nacidos con SIDA contra sus padres, o exclusivamente contra el progenitor transmittente de dicha enfermedad por el daño corporal inferido al hijo, para compensarle de alguna manera por los gastos, pena y el dolor que estos seres pueden sentir al haber sido contagiados de por vida por una enfermedad como el SIDA" (UREÑA MARTÍNEZ: "Comentario a la STS de 6 de junio de 1997", cit., pp. 1115 y 1116). La autora, aunque sigue a PANTALEÓN (vid. infra el texto principal y las notas siguientes) en cuanto a la necesidad de distinguir según la concepción sea artificial o natural, en este último caso se muestra partidaria acerca de la exigencia de responsabilidad civil.

acerca de la posibilidad de exigir a los padres que indemnicen a sus hijos en los supuestos comentados. En ese sentido, PANTALEÓN PRIETO concluye que se trata de una cuestión sumamente discutible. Así, mientras en el caso de la procreación artificial le parece indudable la responsabilidad de los padres por las enfermedades que conscientemente transmiten a sus hijos, en el de la procreación natural la cuestión le parece dudosa³². El autor explica gráficamente la distinción: "es posible que el niño nacido tarado no pueda reprochar a sus padres el haberle hecho participar sin su consentimiento en esa "lotería de Babilonia" que es venir al mundo como la Naturaleza ha programado; pero sólo si es la Naturaleza, no la técnica, la que ha organizado el sorteo. Es posible que deba ser aceptada pura y simplemente la herencia naturalmente deferida; la deferida artificialmente puede, en mi opinión, ser aceptada a beneficio de inventario"³³. Por ello, aunque le parece discutible, al final defiende que los padres que, concededores del riesgo de transmisión de una enfermedad a su hijo, no impiden su concepción natural, no serán civilmente responsables porque podrían ampararse en su derecho a planificar libremente su propia reproducción, parte integrante del derecho fundamental a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 C.E.³⁴.

³² PANTALEÓN PRIETO, F.: "Procreación artificial y responsabilidad civil", en La filiación a finales del S. XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco, ed. Trivium, 1988, p. 276.

³³ En el caso de la procreación artificial, entiende PANTALEÓN PRIETO: "Procreación artificial...", cit., p. 275, que "el legislador puede y debe prohibir a quienes quieren ser padres el acceso a (y a los médicos la realización de) las técnicas de reproducción asistida, de existir un riesgo significativo de que los futuros seres fruto de ellas nazcan con serias taras físicas o psíquicas".

³⁴ PANTALEÓN PRIETO: "Procreación artificial...",



Creo que para analizar el tema que nos ocupa hay que relacionarlo, como hace PANTALEÓN, con la libertad de reproducción y su libre planificación.

b) La responsabilidad civil de los padres en estos supuestos y su relación con la libertad de procreación

No procede, por las características de este trabajo, analizar con detalle la discusión acerca de la naturaleza de la procreación como derecho subjetivo o como libertad³⁵, ni tampoco su carácter ilimitado o limitado (esto es, si puede el Estado interferir en ese derecho o libertad de procreación o si corresponde sólo a los individuos en la esfera íntima de la vida privada)³⁶; y los problemas que plantean las injerencias estatales que tienden a su limi-

cit., p. 275.

También MACÍA MORILLO: La responsabilidad médica..., *cit.*, pp. 68 y 69, entiende que con base en esa libertad de procreación cabría afirmar la irresponsabilidad civil de los padres.

³⁵ En contra, se ha argumentado que no encaja dentro de la estructura del derecho subjetivo, porque no existe un sujeto pasivo obligado a realizar cierta conducta a favor del activo, ni un objeto, porque el hijo no puede ser considerado como tal (de lo contrario se le cosificaría: LLEDÓ YAGÜE, F.: "Ley sobre técnicas de reproducción asistida", en A.D.C., 1988, p. 1241; BUSTOS PUECHE: El Derecho civil ante el reto de la nueva genética, ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 96).

A favor de su consideración como derecho subjetivo, en cambio: GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: El derecho a la reproducción humana, Madrid, 1994, pp. 40 y ss.

³⁶ En Argentina, mayoritariamente se propugna su carácter ilimitado. En ese sentido, MEDINA: Daños en el Derecho de familia, *cit.*, p. 302, señala que el Estado no debe en ningún caso interferir en el ámbito de la procreación. Por ello entiende que nunca podría llegar a imponerse coactivamente la realización de test genéticos o a prohibir concebir a los sujetos que sean transmisores de enfermedades, ya que ello resultaría atentatorio contra la propia dignidad y respeto de las personas y constituiría una práctica que avasallaría los derechos individuales.

tación (por su semejanza, en algunos casos, a odiosas prácticas eugenésicas)³⁷.

Creo que puede partirse de que la procreación es una manifestación del principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.) y que significa que la persona tiene autonomía para decidir libremente entre las distintas opciones vitales. En este caso, como apunta DEVERDA, "la opción vital es concebir, o no, un hijo, decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano"³⁸.

³⁷ Polémica, en ese sentido, resultó la STC de 14 de julio de 1994, nº 215/1994, B.O.E. de 18 de agosto de 1994, que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad acerca del art. 428 C.p. anterior (tras su reforma por la Ley orgánica 3/1989). Según el precepto: "No será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cuando aquélla haya sido autorizada por el juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz". El Tribunal Constitucional reconoció que la autorización de esterilización de los incapaces, contemplada en el precepto, constituía una práctica impeditiva del ejercicio de su libertad de procreación, que se deriva del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.). Sin embargo, el Constitucional consideró que dicha limitación de la libertad de procreación era procedente, en los términos legalmente previstos, porque se imponía precisamente en beneficio de los incapaces, para evitar que tuvieran que asumir las cargas que lleva consigo tener un hijo. Es decir, según esa interpretación, la finalidad del precepto era proteger a los incapaces ("mejorarles en sus condiciones de vida y su bienestar", sin imponerles "otras trabas que las imprescindibles que deriven necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece"); y no, en cambio, evitar que transmitieran sus enfermedades a través de la procreación. Aunque, según el voto particular que emitió el magistrado MENDIZÁBAL ALLENDE, R., esa última podía ser la oculta y vergonzosa finalidad de la norma: "En tales coordenadas, se habla del bienestar del incapaz (...), ocultando por otra parte que el objetivo real es evitar la transmisión hereditaria de la incapacidad, finalidad explícita en otros tiempos y vergonzante en éstos, de cualquier manifestación de una política eugenésica".

³⁸ DE VERDA BEAMONTE, J. R.: "Libertad de



Lo importante es centrarse en la conexión que hay entre la libertad de procrear y planificar la propia procreación, y la responsabilidad de los padres por las enfermedades que transmiten o contagian a sus hijos. Y es que dicha libertad podría invocarse para exonerar a los padres, por dos razones:

1) En primer lugar, porque cabría considerar que, si los progenitores tienen libertad para decidir acerca de la procreación, exigir después su responsabilidad en los casos en que transmiten una enfermedad a sus hijos podría suponer un atentado contra su derecho a la privacidad e intimidad, o en última instancia contra el libre desarrollo de su personalidad (del que la libertad de procreación es manifestación).

2) En segundo lugar, porque cabría entender que la actuación de los padres, en estos casos, es completamente lícita, y se ampara en el ejercicio de esa libertad de procreación. Dicho en otras palabras: la responsabilidad debe excluirse, según se entiende, porque no hay una conducta antijurídica de los padres que pueden potencialmente transmitir al hijo taras genéticas o enfermedades hereditarias o infecciosas. Prueba clara de que no existe esa actuación contraria a Derecho es que el Estado no prohíbe ni interfiere en las prácticas sexuales de esas personas enfermas³⁹.

Por ello, en muchas ocasiones se ha negado la responsabilidad civil de los progenitores con base en la idea de que su conducta no es

procreación y libertad de investigación. (Algunas reflexiones de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida), en *La Ley*, nº 6161 (4 de enero de 2005).

³⁹ ZANNONI, E.: "Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)", en la obra colectiva *Derecho de daños (en homenaje a MOSSET ITURRASPE, J.)*, ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 619 y ss.

antijurídica porque existe un reconocimiento legal de la libertad de procreación⁴⁰. Desde ese punto de vista, los padres llevan a cabo un hecho –la concepción– que no puede considerarse ilícito, y que es lógico que no lo sea porque toda injerencia estatal en ese ámbito podría tildarse de intromisión a la privacidad o a la intimidad.

Sin embargo, esos dos argumentos también pueden rebatirse con otros igualmente convincentes:

1) En primer lugar, frente a la "libertad de procreación" cabe esgrimir la idea de "procreación responsable", que permitiría obligar a los padres a asumir las consecuencias dañosas derivadas de sus decisiones relativas a la procreación⁴¹. Además, de que cabría entender que una cosa es poder decidir libremente acerca de la reproducción y otra distinta que, si deriva un daño de dicha decisión, quepa exigir responsabilidad. Es decir, con esta perspectiva, cabría considerar que cada persona es libre para decidir si concibe o no, pero sí lo hace y después se verifica el daño, debe asumir su costo, y no sólo prestando la asistencia que como progenitor corresponde, sino también indemnizándolo⁴².

⁴⁰ En el mismo sentido: MACÍA MORILLO: *La responsabilidad médica...*, cit., p. 65.

⁴¹ La idea de que exista un deber jurídico de procreación responsable, no obstante, se niega entre nuestros autores que reconocen que, aunque podría ser deseable de lege ferenda, no es más que un deber moral (MACÍA MORILLO: *La responsabilidad médica...*, cit., p. 68, en nota 94, y la bibliografía allí citada).

⁴² Como reconoce PANTALEÓN PRIETO: "Procreación artificial...", cit., p. 276, cabe alegar ese otro argumento (en contra de su idea de que los padres son irresponsables con amparo en su derecho de procreación): no se prohíbe o impide a los padres procrear, sino que simplemente, con la responsabilidad civil, "se trata únicamente de desincentivar una planificación familiar irresponsable poniendo a su cargo todos los costos inherentes a sus decisiones



2) En segundo lugar, en relación con la no-licitud del comportamiento de los padres cabría alegar dos datos (a los que ya hice referencia *supra*). De un lado, la dudosa exigibilidad de este requisito en nuestro ordenamiento jurídico. De otro, el hecho de que también la responsabilidad puede derivar de un actuar lícito, en atención a la idea de la injusticia del daño inferido⁴³. En ese sentido, se podría considerar antijurídica la conducta de los padres por cuanto lesiona el interés prevalente del hijo a tener una vida sana⁴⁴.

Así, como ya señalara PANTALEÓN, es verdad que, si se admite la responsabilidad de los padres en los casos propuestos (concepción, conscientes del riesgo de transmisión de alguna enfermedad), se estaría predicando una suerte de responsabilidad por "acto lícito" sin que ninguna ley la regule⁴⁵. Sin embargo, como también él advierte, hay que tener en cuenta que las normas de la responsabilidad civil no tienen una función punitiva, ni pretenden perseguir el castigo de las conductas ilícitas, sino únicamente la distribución del daño; además de que nuestro sistema de

reproductoras y no sólo la parte de los mismos cubierta por la obligación legal de alimentos".

⁴³ MEDINA: Daños en el Derecho de familia, *cit.*, p. 308.

⁴⁴ En ese sentido, RUIZ LARREA: "El daño de procreación...", *cit.*, p. 2041, entiende que los padres que deciden procrear en esas condiciones sí que incurren en un acto antijurídico porque, con su negligencia, originan en el feto daños y perjuicios difícilmente reparables con una quiebra clara del principio *alterum non laedere*.

⁴⁵ En sus palabras: "o la conducta de los padres se considera desvaliosa y reprochable, y entonces debería ser impedida en interés de los futuros hijos (lo que parece incompatible con lo dispuesto en el art. 18.1 C.E.), o se considera socialmente adecuada, y entonces no existe precepto legal alguno en que apoyar la pretensión indemnizatoria del hijo tarado" (PANTALEÓN PRIETO: "Procreación artificial...", *cit.*, p. 275).

responsabilidad se caracteriza por la atipicidad de las acciones originadoras de la obligación indemnizatoria, y los operadores jurídicos siempre podrán deducir del sistema esa regla de responsabilidad.

3) Por último, cabría considerar que el ejercicio de la libertad de procreación encontraría como límite el derecho de los demás; en particular, el derecho e interés del niño a nacer sano⁴⁶.

Creo que todos estos argumentos demuestran que la libertad de procreación, por sí sola, no sirve para afirmar la irresponsabilidad civil de los padres que conciben a su hijo a sabiendas del riesgo de transmisión de una enfermedad hereditaria o infecciosa. Por ello, habrá que analizar si existen otros motivos jurídicos para rechazar la responsabilidad en estos casos y para propugnar la inaplicabilidad del art. 1.902 C.c. (lo cual es objeto de análisis en el apartado D).

D) Padres que, concedores de la enfermedad, la contagian negligentemente a sus hijos durante la gestación

En el caso de las enfermedades contagiosas creo que, todavía, es posible distinguir según el momento en que son contagiadas a los hijos. No es lo mismo, según entiendo, que los padres, enfermos, pero amparados en su libertad de procreación decidan procrear;

⁴⁶ MEDINA: Daños en el Derecho de familia, *cit.*, p. 303. En ese sentido, según PARELLADA, C.: "Una aproximación del Derecho de daños frente al manipuleo genético", en Derecho de familia. Libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, ed. Rubinzal-Cunzoni, Anta Fe, 1990, p. 311, pp. 409 y 410: "no se vulnera el derecho a la intimidad cuando se hace responsable a los padres que en forma negligente han transmitido una enfermedad a los hijos, sin que se les obligue a tomar a su cargo las consecuencias de la íntima decisión dañosa. El respeto por la intimidad de los padres no puede significar el desprecio por el derecho a la vida normal del hijo".



que el caso en que los padres, ya iniciada la gestación, no tomen precauciones para evitar dañar al embrión o al feto. El supuesto, en realidad, se asimilaría a los que hice referencia *supra* de causación directa de la enfermedad por la conducta negligente o dolosa de los padres (alcoholismo, violencia del padre sobre la madre, etc.).

Por ello, en mi opinión, cabría cuestionar la posibilidad de aplicar los arts. 157 y 158 C.p. a estos casos en que, por ejemplo, el padre transmite el Sida a la madre gestante y al feto, al no tomar precauciones en sus relaciones sexuales, tras conocer que padece esa enfermedad. Según entiendo, es posible identificar la transmisión de una enfermedad o tara con la causación de lesiones o enfermedades al feto "por cualquier medio o procedimiento" (art. 157 C.p.)⁴⁷. Tal equiparación no me parece descabellada porque cuando la transmisión de la enfermedad se produce entre sujetos ya nacidos se incluye, normalmente, en el delito de lesiones del art. 149 C.p. que se pronuncia en unos términos muy similares a los del art. 157 C.p.: el que "por cualquier medio o procedimiento" causa a otro "una grave enfermedad somática o psíquica".

Sea como fuere, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, entiendo que en estos supuestos sí que es exigible a los padres un deber de cuidado en orden a la evitación del contagio de enfermedades al feto y en los casos en que éste se produzca, a causa de esa falta de cuidado, cabría exigir su responsabilidad. Aquí no podrían ampararse en esa libertad de procreación, ni tampoco en su

⁴⁷ Parece defenderlo, aunque no distingue los supuestos en que el contagio sea durante la concepción o en un momento posterior: RUIZ LARREA: "El daño de procreación...", *cit.*, p. 66. En cambio, a MACÍA MORILLO: La responsabilidad médica..., *cit.*, p. 66, le parece muy dudosa la equiparación

libertad sexual, porque debería prevalecer el interés del hijo.

Lógicamente, será necesario que el contagio se produzca de manera negligente, porque de lo contrario fallaría el presupuesto de la culpabilidad para aplicar el art. 1.902 C.c.

4. Las diferencias, a los efectos de la responsabilidad civil, según la enfermedad sea causada por los progenitores o meramente transmitida o contagiada por ellos al concebir al hijo, o en un momento posterior

En los epígrafes anteriores, me he decantado –aún con las reservas que, en algunos casos me suscita– por la posibilidad de que los padres respondan civilmente frente a sus hijos cuando sus comportamientos (al ingerir alcohol, drogas, ser negligentes en la conducción, etc.) sean la causa de la enfermedad con que nacen. Asimismo, creo que los progenitores deberían responder en los casos en que les contagien negligentemente una enfermedad durante la gestación. Sin embargo, también he adelantado que es mucho más dudoso que quepa exigirles responsabilidad civil cuando conciben un hijo aún a sabiendas de que es altamente probable, o seguro, que herede o resulte contagiado de la enfermedad con la que después nace.

La diferencia entre unos supuestos y otros, a la hora de aplicar el art. 1.902 C.c., se encontraría según entiendo en el nexo causal y en la posibilidad de imputar objetivamente el daño a la conducta realizada por los padres:

En los casos en que los progenitores causan directamente la enfermedad o tara de sus hijos puede establecerse que la conducta de aquéllos es la causa física del daño (esto es, la enfermedad). Por poner algún ejemplo: si el padre no hubiese agredido físicamente a la



madre, el daño no se habría producido; o si la madre no hubiera ingerido estupefacientes durante el embarazo, el niño no habría padecido la enfermedad. Además, sería posible imputar objetivamente el daño a la conducta de los progenitores con base en el "criterio de la adecuación", que, como es sabido, permite esa imputación respecto a los daños que no habrían sido calificados como extraordinariamente improbables por un observador experto con los mismos conocimientos del agente y que hubiese considerado la cuestión *ex ante*⁴⁸.

Lo mismo cabría decir en los supuestos en que los padres contagian a sus hijos una enfermedad, por no tomar las precauciones debidas para evitar la transmisión, una vez ya concebido el niño: la causa de la enfermedad de éste se debería a un comportamiento negligente de los padres que, al no observar el cuidado que les es exigible, contagian al hijo. Y también, como en el caso anterior, creo que podría imputarse objetivamente la enfermedad a esa conducta con base en el "criterio de la adecuación".

En cambio, en los casos en que la enfermedad se transmite o contagia en el momento de la concepción, creo que es más difícil establecer la relación de causalidad entre la conducta de los padres y el daño, porque el nacimiento, aún con enfermedad, (que es la consecuencia que se deriva de la conducta de los padres que deciden procrear) no puede ser considerado un daño (como se explica en el epígrafe siguiente), y el daño –que es la enfermedad, y no el nacimiento, insisto– no ha sido causado por ellos.

⁴⁸ PANTALEÓN PRIETO: «Causalidad e imputación objetiva...», *cit.*, pp. 1561 a 1591; y en «Comentario al art. 1.902 C.c.», *cit.*, pp. 1981 a 1988

Aquí podría encontrarse, en mi opinión, la clave para distinguir la responsabilidad civil entre los supuestos de causación directa de la enfermedad y de contagio durante la gestación, de aquellos otros en los que la enfermedad meramente se transmite o contagia en el momento de la concepción.

En los primeros, el daño –la enfermedad– podría haberse evitado con una conducta distinta del progenitor. O dicho en otras palabras: el niño habría nacido sano si los padres hubieran observado el comportamiento exigible en orden a la evitación de la enfermedad (no fumar o no beber en exceso, u observar el cuidado debido para no contagiar al feto). Y, como ya he señalado, creo que el interés prevalente del hijo a una vida sana justifica la exigencia de ese deber de cuidado.

En cambio, en los segundos supuestos, cuando la enfermedad meramente se transmite o contagia durante la concepción no hay manera de evitar el daño si no es a través de la no-concepción. Y, como ya señalara en su día PANTALEÓN, por si acaso es mejor nacer con taras que no nacer⁴⁹ –cuestión en la que no vamos a entrar, y que en cualquier caso entiendo irresoluble– creo que nada hay que reprochar jurídicamente a los padres que, amparados en su libertad de procreación, deciden concebir en esos casos. Porque, insisto, en esos supuestos, la única manera de evitar la enfermedad sería a través del no-nacimiento.

Hay que tener en cuenta que, según se admite, no existe un interés jurídicamente protegido a "no nacer", porque la vida es un bien constitucionalmente protegido⁵⁰. En ese

⁴⁹ PANTALEÓN PRIETO: "Procreación artificial...", *cit.*, pp. 272 y 273.

⁵⁰ Acerca de este tema, vid.: DE VERDA BEAMONTE, J. R.: "Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano", *Daños en el Derecho de familia, cit.*, y la jurisprudencia que cita al respecto.



sentido, con mayor precisión, podría decirse que no existe un derecho a no nacer con graves anomalías porque, como precisan algunos autores, ello sólo sería posible si se considerara que la "no vida" es preferible a una vida con malformaciones, enfermedades o anomalías (y, como acabo de señalar es preferible no entrar en ese tipo de juicios, además de que podrían implicar una valoración negativa de la vida de las personas con discapacidades)⁵¹.

Sí que, en cambio, existe un derecho a la salud, pero sólo los daños causados a dicho derecho por la conducta negligente de otra persona son indemnizables. Con lo cual, entiendo que únicamente cuando la enfermedad del hijo sea imputable objetivamente al comportamiento negligente de sus progenitores cabría obtener una indemnización.

En suma: no creo que los padres tengan el *deber de impedir* que sus hijos vengan al mundo, aun cuando vayan a nacer con enfermedades (como ocurre en los casos de las hereditarias o genéticas o de las que se contagian a través de su concepción), con lo cual no cabrá exigirles responsabilidad civil por su transmisión. En cambio, sí que tienen, en mi opinión, el *deber de no provocar, de no contribuir activamente* a que su hijo las padezca (como sucede cuando ellos mismos las causan, o no evitan su contagio con su conducta negligente); y cuando contrarían ese deber sí cabría, quizá, exigirles el resarcimiento conforme al art. 1.902 C.c.⁵².

⁵¹ MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.: "Comentario a la STS de 7 de junio de 2002". C.C.J.C., nº 60, p. 1121.

⁵² Sigo en la terminología a PANTALEÓN PRIETO: "Procreación artificial...", cit., p. 273, quien la utiliza no para el caso que nos ocupa, sino para distinguir los supuestos en que el hijo reclama contra el médico que no ha diagnosticado su enfermedad o taras a tiempo de que su madre pudiera abortar. En el caso de la procreación natural entiende que el médico no tiene, frente al hijo, el deber de impedir que nazca, aunque vaya a nacer enfermo con lo que no tendría responsabilidad alguna

En íntima relación con lo anterior, hay que tener en cuenta que, en los casos de enfermedades que se transmiten o contagian, la viabilidad de este tipo de reclamaciones también se ha negado a veces con base en la inexistencia del requisito del daño. Se ha dicho que todo daño se produce frente a un empeoramiento o alteración de una situación y que en los casos comentados dicho supuesto no se da. El acto por el cual se concibe al hijo enfermo constituye la causa misma de la transmisión de la enfermedad, con lo que la única alternativa al "ser enfermo" sería la de "no haber ser"; o dicho en otras palabras: la alternativa a "no nacer enfermo" sería la de "no nacer"⁵³.

Pues bien, hay que tener en cuenta, que ese argumento, de admitirse⁵⁴, sólo serviría para los casos de transmisión de enfermedades hereditarias o infecciosas en el momento de la concepción, no en cambio para los supuestos en que he defendido la responsabilidad de los padres; esto es, cuando los daños se producen por una conducta negligente de la madre (consumo de alcohol, estupefacientes, etc.), o del padre (malos tratos a la gestante) o de ambos progenitores (transmisión consciente de una enfermedad) una vez el hijo ya ha

frente a él por ese motivo; en cambio, en el de la procreación artificial, afirma que existe para el médico un deber de no provocar, de no contribuir activamente a que el daño se produzca.

⁵³ La doctrina italiana ha prestado especial atención a este argumento (entre otros: PUGLIESE, G.: "Responsabilità morale e responsabilità giuridica per la procreazione di figli ereditativi", en Giur. Comm. Cass. Civ., 1951, III, p. 1097; MUSATTI, A.: "Ancora sulla responsabilità della procreazione", en Foro it., 1952, IV, 15; LERNER: Mero delitto civile la procreazione?, en Foro it., 1952, IV, 21).

⁵⁴ Discusión que, como puede observarse, tiene tintes morales, más que jurídicos, y en la que en este momento, por las características de este trabajo, no creo útil entrar.



sido concebido. En estos casos sí que podría decirse que inicialmente el estado de salud era óptimo y se se ve empeorado por dicha conducta de los progenitores⁵⁵.

Por último, en relación con el daño, hay que matizar que, en los casos en que puede admitirse la responsabilidad de los progenitores, no debe tratarse de defectos insignificantes o de afecciones que no alteren el desarrollo normal de la vida de la persona. De lo contrario, como ha puesto de manifiesto algún autor, se colapsarían los tribunales con demandas de este tipo en las que los hijos podrían reclamar a sus progenitores incluso por no estar satisfechos con su aspecto físico⁵⁶. Por ello, se propugna que sea un daño grave a la salud (dado que la definición que de este concepto da la OMS es demasiado amplia: "un estado de completo bienestar psíquico, mental y social, y no consistente sólo en una ausencia de la enfermedad). Por consiguiente, será necesario que se trate de alguna enfermedad, tara, malformación o discapacidad que priven gravemente al hijo de un estado saludable⁵⁷.

⁵⁵ *En un sentido parecido, MEDINA: Daños en el Derecho de familia, cit., p. 310.*

⁵⁶ *ELIA: "Responsabilità dei genitori...", cit., c. 988.*

⁵⁷ *MACÍA MORILLO: La responsabilidad médica..., cit., p. 76.*