

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑOS DERIVADOS DE HECHOS ANTERIORES A LA CONCEPCION DE LA VICTIMA

(Fallo de la Corte Federal, República Federal Alemana,
20 de diciembre de 1952).

Por **JOSE LUIS AGUILAR GORRONDONA**
Asistente en el Instituto de Derecho Privado

Doctrina establecida en el fallo

En caso de que siendo paciente de un hospital, una mujer casada sea contagiada de sífilis por culpa de un representante legal de la institución, si posteriormente la misma mujer da a luz un niño que, debido a la infección materna nace con sífilis congénita, dicho niño tiene derecho a ser indemnizado por el hospital, de acuerdo con el parágrafo 823, I, del Código Civil.

1.—Antecedentes del fallo (1)

El 9 de setiembre de 1946, la doctora A., nombrada médico-asistente por el hospital demandado, practicó una transfusión de sangre a la señora B., casada, quien estaba internada en la sección ginecológica del hospital de referencias. El donante de la sangre —Y— había sido aceptado como tal desde comienzos del año por la misma doctora A., quien sólo ordenó practicarle previamente una prueba de reacción de Wassermann, que resultó negativa. No se realizó ningún otro examen o prueba del donante hasta enero de 1948, fecha en la cual la reacción de Wassermann resultó positiva. El hospital, en seguida, practicó un examen de los enfermos que habían recibido transfusiones de Y., lo que permitió constatar que, entre veinte personas examinadas, diecisiete habían sido contagiadas de sífilis. Entre és-

(1) El fallo, comentado por el Prof. Rudolf Schmidt, se encuentra publicado en "Juristenzeitung", 1953, pág. 307 y siguientes. La correspondiente traducción así como las demás traducciones del alemán que fueron necesarias para este trabajo, han sido verificadas por la Dra. Katarina Prodanovic, a quien hacemos llegar nuestro agradecimiento.

tas se encontraba la señora B., quien, el 13 de octubre de 1947, había dado a luz una niña, nacida con sífilis congénita.

La señora B. vió satisfecha su pretensión a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por ella en razón del contagio, cuando, después de obtener sentencias favorables del Tribunal Regional y del Tribunal Regional Superior de Hamm, el recurso de casación ("Revisión", en alemán) interpuesto por el hospital demandado, fué rechazado por el II Senado de la Corte Federal de la República Federal de Alemania.

Posteriormente, la mencionada hija de la señora B., por sentencias del Tribunal Regional y del Tribunal Regional Supremo de Hamm, vió también favorecidas sus pretensiones de que se declarara que el hospital estaba obligado a pagarle el "pretium doloris" y a indemnizarle el daño que le había sido causado por la infección sifilítica de su madre con ocasión de la transfusión de sangre, así como los daños que aún pudieran originarse de ello.

El hospital demandado intentó el recurso de casación correspondiente, que decidió el mismo II Senado de la Corte Federal por el fallo objeto de la presente nota (2).

Conviene tener presente que la niña fundamentó su demanda en el parágrafo 823, I, del Código Civil alemán: "Quien dolosa o culpablemente lesiona de manera antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otro, responde a éste por la indemnización del daño que de ello deriva".

2.—Las cuestiones planteadas en el recurso.

El hospital demandado fundamentó su recurso en tres argumentos:

1º) Que la negligencia al tomar las medidas de precaución respecto de la transfusión de sangre practicada a la señora B., era un acto que se había dirigido de manera inmediata sólo contra la salud de dicha señora; que, en consecuencia, dicho acto no era sino un acto dañoso **mediato** respecto de la demandante y que, como los daños mediatos no originan un deber de indemnización, el hospital no tenía la obligación que pretendía la actora.

2º) Que la demandante invocaba en su favor el parágrafo 823, I, del Código Civil que considera aplicable al caso en

(2) Conforme a la letra del parágrafo 136 de la Ley Orgánica de los Tribunales Alemanes, la sentencia ha debido dictarse por todos los Senados Civiles reunidos, ya que contrariaba la doctrina anteriormente sentada por otro Senado. Pero para obviar las dificultades que presenta reunir ese tribunal plenario, en el caso concreto, de acuerdo con una práctica de dudosa legalidad, se consideró competente para dictar la decisión al II Senado, cuando el Senado contra cuya doctrina se iba a sentenciar respondió negativamente a la pregunta que de si perseveraba en su anterior concepción.

virtud de haber sufrido una lesión en su salud; pero que, en realidad, la actora no había sufrido tal lesión ya que toda lesión de la salud presupone una salud anteriormente ilesa siendo así que la demandante nunca había gozado de salud, puesto que desde el momento de la concepción el cigote o feto estaba enfermo.

3º) Que, a tenor del párrafo 823, I, del Código Civil, en el caso de una lesión de la salud, es necesario que alguien lesione la salud de “otro” para que pueda estar obligado a responder a éste de los daños resultantes y que ese “otro” no podía ser la actora ya que la misma no estaba siquiera concebida en el momento en que se cometió el hecho calificado de lesivo para ella.

Así pues, al menos ante la Corte Federal, no se discutió ni la antijuridicidad ni la culpabilidad del hecho de la doctora A. ni mucho menos, la responsabilidad del hospital por los hechos de sus médicos-asistentes, sino que sólo se plantearon las siguientes cuestiones: 1) la de si entre el hecho de la doctora A. y los daños sufridos por la demandante existía un nexo causal suficiente como para que la actora tuviera su pretendido derecho a ser indemnizada; 2) la de si realmente la actora sufrió una lesión en su salud; y 3) la de si ésta, carecía de un derecho a ser indemnizada por no haber estado concebida cuando se cometió el hecho del cual derivaron los daños sufridos por ella.

3.—El nexo causal entre el daño y la conducta antijurídica y culpable.

I) **Síntesis de la doctrina establecida en el fallo sobre el nexo causal.**—Respecto del problema de la causalidad, la doctrina del fallo aparece claramente expuesta en sus “Motivos”. Aunque el hecho de no haber sido escrupuloso al tomar las medidas de precaución necesarias en la transfusión de sangre practicada a la madre de la niña, en un primer momento, sólo se dirigiera de manera inmediata contra la madre, asienta la Corte que, no obstante, con posterioridad, ocasionó un daño a la actora sin que pueda sostenerse que se trata de una causación mediata del daño, inidónea para originar una obligación de indemnización. Para fundamentar una demanda de daños y perjuicios, de acuerdo con el fallo, basta que el hecho dañoso lesione, mediata o inmediatamente, uno de los bienes de vida o derechos absolutos enumerados en el párrafo 823, I, del Cód. Civil, siempre que, conforme a la teoría de la causa adecuada, se establezca un nexo causal entre el acto y la lesión del bien jurídico que de aquél resulta. Ahora bien, concluye la sentencia, es necesario reconocer en relación con el caso considerado que la experiencia demuestra que la infección sifilítica de una mujer es idónea para transmitir la enfermedad al niño que con posterioridad conciba.

II) **El fallo y la teoría de la adecuación.**—La Corte Fede-

ral, conforme al criterio del antiguo Tribunal del Reich, rechaza en materia civil la teoría de la condición sustentada por ambos en materia penal (3), para adherir expresamente a la teoría, de la causación adecuada. En este aspecto, la doctrina del fallo, coincide con la opinión dominante entre los juristas occidentales.

Por otra parte, vale la pena destacar que la Corte, también conforme a la opinión dominante, adhiere a la orientación objetiva de la teoría, toda vez que juzga de la adecuación entre el acto y el resultado sin tomar en cuenta el punto de vista del agente. En efecto, según el fallo, lo decisivo es que "la experiencia" demuestra que la infección sifilítica de una mujer idónea para transmitir la enfermedad al hijo que aquélla conciba más tarde.

Por lo demás, el fallo, sin optar por ninguna de las formulaciones objetivistas concretas de la teoría de la adecuación, rechaza las llamadas formulaciones "negativas". Es de advertir que la jurisprudencia del antiguo Tribunal del Reich había fluctuado entre las formulaciones "positivas" y "negativas" de la teoría. Personalmente, preferimos las formulaciones "negativas", cuyo prototipo puede ser la de Enneccerus, según la cual, el daño debe ser considerado jurídicamente como consecuencia de cualquier hecho que sea condición suya, salvo si este hecho, dada su naturaleza general, es totalmente indiferente para el nacimiento de semejante daño. En efecto, las formulaciones positivas, cuyo prototipo puede ser la de Träger, según la cual, la condición que se considere causa debe favorecer el resultado producido por elevar en general y de manera que no carezca de importancia, la posibilidad al mismo, conducen al resultado inadmisibles de no considerar como causas de daños, los hechos que sin aumentar los riesgos, los cambian (4).

III) La distinción entre daños directos e inmediatos y daños indirectos o mediatos.—Desde otro punto de vista, la Corte, declara irrelevante la distinción entre causación mediata o inmediata del daño a los efectos de la responsabilidad por los hechos ilícitos previstos en el parágrafo 823 I, del Código Civil, siempre que se pueda establecer el nexo causal entre el hecho y el daño de acuerdo con la teoría de la causa adecuada. En el mismo sentido, se había pronunciado el antiguo Tribunal del Reich ("Sentencias del Tribunal del Reich", tomo 157, página 13).

La distinción rechazada por el fallo para el Derecho alemán,

(3) Aunque, a veces, se mitigue su rigor mediante correctivos relacionados con la tipicidad. Cfr. JIMENEZ DE ASUA, "Tratado de Derecho Penal", tomo III, N° 1123, pág. 518.

(4) Cfr. ENNECCERUS LEHMANN, "Derecho de las Obligaciones", en ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, "Tratado de Derecho Civil", trad. cast. de la 35ª ed. alem., tomo II, vol. 1º, notas 7-11 a la pág. 69, § 11 (235), II, 22.

en cambio, es frecuentemente acogida por la Doctrina y jurisprudencia latina, e incluso por la jurisprudencia angloamericana (5), en orden a fijar los límites de la obligación de indemnizar daños causados por hechos ilícitos.

En nuestro Derecho, así como en los Derechos francés e italiano que le sirvieron de modelo al respecto, existe cierto fundamento legal para distinguir entre daños mediatos e inmediatos y entre daños directos e indirectos en materia de responsabilidad por hechos ilícitos. En efecto, el artículo 1275 de nuestro Código Civil —semejante a los artículos 1151 del Código napoleónico; 1229 del Código Civil italiano derogado y 1223 del Código Civil italiano vigente— reza así: “Aunque la falta de cumplimiento de la obligación resulte de dolo del deudor, los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor y a la utilidad de que se le haya privado, no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación”.

A) . **Daños directos e indirectos, mediatos e inmediatos, en el Derecho francés.**—El texto legal francés, que constituyó el modelo de los textos italianos y del nuestro, se refiere expresamente al caso de incumplimiento de una **convención** y está colocado en la reglamentación de los efectos de los contratos. De allí que, literamente, no sea aplicable a la responsabilidad civil “ex delicto”. Sin embargo, la doctrina francesa y belga discute el problema de si la norma, dictada para los contratos, no es la expresión de un principio más general en virtud del cual proceda la aplicación analógica del artículo 1.151 a la responsabilidad delictual. Salvo algunas excepciones (6), existe acuerdo en admitir que el daño requiere ser directo para ser susceptible de indemnización, como lo exigen numerosos fallos de los tribunales. Esta tesis ha conducido a esfuerzos de la más diversa índole para distinguir al daño directo del indirecto y el mediato del inmediato; pero el defecto de la terminología que sirve de base a tales estudios, ha conducido a muchos extravíos (7). Aunque se ha llegado a sostener que la condición de que el daño sea “directo” e “inmediato” es una condición adicional que requiere la ley para imponer al autor del hecho ilícito la obligación de indemnizarlo, hoy en día, la doctrina dominante en Francia y Bélgica, además de criticar las expresiones “daño directo” y “da-

(5) Cfr. para el derecho anglo-americano a WINFIELD, “Text book of the Law of Tort”, 5th ed., parágrafo 21, págs. 64 y siguientes.

(6) LAURENT, “Principes de Droit Civil Français” 5eme. ed., tomo 20, Nº 23; AUBRY ET RAU, “Cours de Droit Civil Français...”, 5eme. ed., tome VI, § 445, pág. 352, texto y nota 9 undecies; BRUN, André, “Rapports et Domaines de Responsabilités Contractuelle et Délictuelle”, Sirey, 1931, Nº 58, PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, “Obligaciones”, tomo VI, en Planiol-Ripert, “Tratado Práctico de Derecho Civil Francés”, trad. cast., La Habana, 1946, Nos. 539-40.

(7) DE PAGE, H., “Traité Elementaire de Droit Civil Belge”, 2eme, edit., tome II, 1948, Nº 963.

ño inmediato", sustenta el criterio de que el daño indirecto o mediato no existe sino cuando entre el hecho y el daño falta un nexo de causalidad suficiente, de modo que, en el fondo, el hecho de que el daño sea directo o indirecto, mediato o inmediato, no es una cuestión distinta de si el daño ha sido causado o no. En otras palabras, todo daño causado —en sentido jurídico— es un daño directo o inmediato (8). Sólo faltaría añadir que las anteriores afirmaciones, aunque no lo digan expresamente los franceses, presuponen el rechazo de la teoría de la equivalencia de condiciones, lo que en la práctica, significa la aceptación de la teoría de la causación adecuada. En efecto, admitida la equivalencia de condiciones, la noción de daño indirecto o mediato, tal como se aplica en Francia, no se identificaría con la noción de daño causado sino que habría de afirmarse que, si bien todo daño directo e inmediato sería causado, no todo daño causado sería directo e inmediato.

De manera pues, en definitiva, el problema del carácter directo e inmediato del daño no es en Francia sino otra etiqueta que se da al problema de la causalidad del daño y con la cual prácticamente, se expresa que este problema debe resolverse conforme a la teoría de la causación adecuada. Por ello, aunque la terminología podría despertar resistencias, sería perfectamente aplicable en Francia, la tesis sostenida en el fallo que comentamos de que para fundamentar una pretensión a ser resarcido por daños y perjuicios nacidos de hecho ilícito basta que, conforme a la teoría de la adecuación, se establezca una relación causal entre el acto dañoso y la lesión del bien jurídico del caso.

B) Daños directos e indirectos, mediatos e inmediatos, en el Derecho italiano.—Bajo el imperio del Código Civil derogado, el problema de los daños directos e indirectos, mediatos e inmediatos, se presentaba en Italia casi en los mismos términos que en Francia, aunque con la doble diferencia de que el texto legal italiano correspondiente al art. 1151 del Código Napoleón (Código Civil italiano de 1865, artículo 1.229), no se refería literalmente sólo al incumplimiento de una convención sino al incumplimiento de cualquier obligación y de que no figuraba en la reglamentación de los efectos de los contratos sino en la reglamentación de los efectos de las obligaciones en general. Ello, no obstante, bajo el imperio del Código del

(8) BAUDY-LACANTINERIE ET BARDE, "Traité Théorique et Pratique de Droit Civil", 3eme ed., tomo IV, N° 2880; RIPERT, "Traité Élémentaire de Droit Civil de Planiol", 3eme. ed., tomo II, N° 1022; JOSSERAND, "Cours de Droit Positif français", 3eme. ed., tomo II, N° 449; SAVATIER, René, "Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français...", 2eme. ed. 1951, tomo II, N° 457; MAZEAUD, H.-MAZEAUD, L., "Traité Théor. et Prat. de la Responsabilité Civile...", 4eme. ed., 1949, tomo II, N° 1669 y siguientes; COLIN-CAPTANT, 10eme. edit., 1948, tomo II, N° 302; DE PAGE, ob. cit., tomo II N° 1023.

65, se sostuvo en Italia que la limitación de la reparación a los daños directos e inmediatos no era aplicable al campo del hecho ilícito (9), aunque la opinión contraria, contaba también con buen número de partidarios (10).

Posteriormente, el Código Civil italiano vigente aplicó expresamente a la materia del hecho ilícito, la limitación de la indemnización a las consecuencias directas e indirectas del incumplimiento de la obligación (Código Civil italiano de 1942, art. 2056 en relación con el art. 1223). Pero la doctrina italiana no ha interpretado uniformemente el alcance de esa limitación. Algunos autores creen que la noción de daño directo es igual o semejante a la de daño causado conforme a la teoría de la adecuación (11) y que, por ende, el sentido de la limitación consiste en rechazar la teoría de la equivalencia de condiciones para determinar los daños causados por el hecho ilícito, otros autores consideran, en cambio, que el alcance del art. 2.056 del Código Civil italiano es el de consagrar la aplicación de la teoría de la equivalencia de condiciones en caso de daño directo o inmediato, sin que ello excluya la responsabilidad por los daños indirectos o mediatos vinculados al hecho ilícito por un nexo de causalidad "regolare". Así pues, según este último parecer, basta que el hecho ilícito sea la condición de un daño inmediato o directo para que origine el deber de indemnizarlo, mientras que es necesaria una "regularidad causal" —una causación adecuada— entre el hecho y los daños mediatos o indirectos para que exista deber de resarcirlos (12).

C) Daños directos e indirectos, mediatos e inmediatos, en nuestro Derecho.—En nuestro Derecho, cuyo texto fundamental en la materia coincide con el art. 1229 del Código Civil italiano derogado, nos parece preferible la opinión de que la ley,

(9) DE RUGGIERO, R., "Istituzioni di Diritto Civile", 5ª ed., 1930, vol. II, págs. 67-68. Además según DE CUPIS, Adriano de, "Il danno", 1944, pág. 124, nota 56, la misma tesis fué mantenida por PACIFICI-MAZZONI, "Istituzioni di Diritto Civile Italiano", 2ª ed., vol. V, págs. 165; FARANDA "Responsabilità civile ed azione di rivalsa nel giudizio penale", pág. 95; CONSOLO, Cesareo, "Trattato sul risarcimento del danno", págs. 204-5, 210; VENZI, "Manuale di Diritto Civile Italiano", 8ª edic., págs. 191-2.

(10) GIORGI, "Teoría General de las Obligaciones", trad. cast. de la 7ª edic. ital. Barcelona, 1929, vol. V, Nº 140; CHIRONI, "Culpa Extracontractual", trad. cast. vol. II, Nº 404; además cita DE LUPIS, ob. cit., ibidem, en este sentido a: LEONE "Nesso causale tra colpa e danno", págs. 604, 615; GABRA, "Nuove Questtioni di diritto civile", vol. I, pág. 226; POLACCO, "Le Obligazioni nel diritto civile italiano", 2ª ed., tomo I, pág. 605; MOSCA, "Fondamento della responsabilità civile dell'automobilista", in Riv. crit. Inf., 1926, pág. 26, y otros.

(11) BARASSI, L. "Istituzioni di Diritto Civile", 4ª ed., 1048, Nº 228, pááf. 636; MESSINEO, "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", 8ª ed., vol. II, p. II, § 115, Nº 3, let. d.); vol. III, p. I, § 169, No. 8, let. b.

(12) DE CUPIS, ob. cit., parte II, cap. I, Nº 5, págs. 117 y siguientes; BARBERO, "Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano, 3ª ed., vol. II, Nº 32, II.

al limitar la responsabilidad a las consecuencias directas e inmediatas, sólo quiso consagrar el principio de causalidad jurídica de manera que no resultara admisible la teoría de la equivalencia de condiciones. En otras palabras, consideramos que el problema debe resolverse como ha sido resuelto en Francia y que, por ende, el criterio que en la materia establece el fallo alemán comentado, es plenamente aplicable dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

IV) Hipótesis a las que se limita el alcance de la doctrina del fallo en materia de causalidad. Otras hipótesis.—Por lo demás debe recalcar que el fallo reconoce la existencia de una relación causal adecuada entre la infección **sifilítica** de una mujer **casada** y la transmisión de la enfermedad a un niño concebido más tarde **por la misma mujer**. En otros términos, el fallo limita su alcance por razón de la enfermedad, del estado civil de la persona contagiada, del sexo de ésta y del nexo entre ella y la víctima. Tales limitaciones del fallo invitan a considerar la cuestión causal en algunas hipótesis distintas del caso resuelto.

A) En caso de que la enfermedad transmitida sea una de fácil diagnóstico por parte de la persona contagiada y ésta, sin proveer a su curación mantenga relaciones sexuales matrimoniales de las cuales resulte la concepción de un hijo a quien se transmita la enfermedad, creemos que la responsabilidad del hospital frente al niño subsiste en la medida en que la conducta de la persona contagiada pudiera considerarse conforme a las reglas generales de la vida y que la eventual antijuridicidad de la conducta de dicha persona sólo excluiría la responsabilidad de hospital frente a la víctima, en el caso de que concorra dolo.

En efecto, la conducta no dolosa —incluso culposa— de un tercero que pone una “causa intermedia” del resultado no rompe el vínculo de causalidad entre el hecho y el daño cuando esa mediación se halla dentro del margen de la experiencia diaria (13).

B) Si en el caso resuelto por el fallo, la señora B. no hubiera estado casada para el momento del contagio, el problema hubiera consistido en determinar si, conforme a las reglas generales de la vida, debería considerarse que dicho contagio hubiera sido totalmente indiferente para la producción del resultado. Dentro de esta hipótesis, la respuesta afirmativa tiene validez universal o poco menos, en el caso de filiación legítima: el contagio de una mujer soltera no es totalmente indiferente, conforme a las reglas generales de la vida, para transmitir la enfermedad al hijo legítimo que conciba posteriormente, ya que el matrimonio de mujeres solteras y la procreación subsiguiente de hijos se encuentran sin lugar a dudas dentro del margen de la experiencia diaria. Por el contrario, en caso de filiación

(13) “Decisiones del Tribunal del Reich en Salas Civiles”, tomo 56, pág. 348; tomo 58, pág. 31.

ilegítima no puede darse la misma respuesta sino respecto de las sociedades, en que, como en la nuestra, la concepción de un hijo ilegítimo no constituye ni remotamente una excepción, y ni tampoco es objeto de las iras —reales o fingidas— del legislador. Por lo demás, no consideraríamos adecuado atender a circunstancias personales de la madre, tales como la edad y presencia física, para determinar si dadas esas circunstancias puede considerarse que el hecho de que ella procee hijos sea o no conforme a las reglas generales de la vida.

C) Si dados los hechos del caso resuelto por el fallo, la demandante fuera nieta y no hija de la mujer contagiada, creemos que su pretensión debería ser rechazada por falta de vínculo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño. En efecto, la transmisión de sífilis generación tras generación, a consecuencia física, para determinar si dadas esas circunstancias puede experimentarse cotidianamente.

4.—La lesión de la salud de la actora.

I) **Importancia del problema.**—La cuestión de si la niña actora había sufrido o no una lesión en su salud, tenía especial importancia en el proceso al cual puso fin el fallo comentado.

Recuérdese que el B. G. B. carece de un precepto de la generalidad de nuestro artículo 1185 del Código Civil en virtud del cual todo perjuicio siempre que se cause mediante una conducta antijurídica y culpable engendra el correspondiente deber de indemnización. Por el contrario, los supuestos más generales en los cuales el Código Civil alemán establece un deber de indemnización nacido de hecho ilícito, son: 1º) la del § 823, I, que supone la lesión antijurídica y culpable —dolosa o culposa— de determinados bienes jurídicos —vida, cuerpo, salud y libertad— o de algunos derechos subjetivos —que, conforme a la opinión dominante, acogida en el fallo comentado, son los derechos absolutos (14)— 2º) la disposición del § 823, II, que se refiere a daños causados culpablemente —dolosa o culposamente— en violación de una ley que tienda a la protección de la víctima; y 3º) la norma del § 826, relativa a los daños causados dolosamente de una manera contraria a las buenas costumbres. Esto supuesto, conforme al Derecho alemán, el fundamento de la pretensión de la actora dependía del hecho de haber sufrido una lesión en su salud.

II) **El alegato del recurrente.**—Como se ha indicado, el hospital demandado alegó que la demandante no había sufrido una lesión en su salud porque toda lesión de tal índole supone un estado anterior de salud ilesa que resulta alterado por el acto lesivo, siendo así que la actora nunca llegó a encontrarse en ese estado de salud ilesa puesto que, debido a la infección materna,

(14) ENNECCERUS.LEHMANN, ob. cit., vol. 2º, § 228, I, d.; y nota 11 del mismo parágrafo.

el cigote estaba enfermo desde el momento mismo de la concepción.

III) **Doble réplica del fallo.**—Aunque los alegatos del hospital contaban con el apoyo de una sentencia anterior del III Senado Civil de la Corte (15), el fallo comentado replica que tales planteamientos deben ser rechazados porque no son conciliables con el § 133 del B. G. B., y porque extiende indebidamente a los daños causados en los bienes de vida mencionados en el § 823, I, “*eiusdem*”, reglas que sólo son aplicables a los daños causados en los derechos absolutos o mediante otra lesión patrimonial.

A) En primer lugar, el fallo considera que el hospital en sus planteamientos no tiene en cuenta que es aplicable a la interpretación de las disposiciones legales, la norma de que: “En la interpretación de una declaración de voluntad se debe indagar la voluntad real y no detenerse en el sentido literal de la expresión” (B.G. B., § 133). En efecto, estima la Corte, que, sin olvidar dicha norma, no podría sostenerse que el § 823, I, del B. G.B., que considera como fuente de responsabilidad cualquier lesión a la salud, quiera dejar sin protección justamente al “*nasciturus*”, que, debido a su condición de tal, necesita aún más la protección que un ser viviente.

B) En segundo término, el fallo rechaza la interpretación restrictiva que da el hospital al supuesto de hecho de la norma del § 823, I, del B. G. B. Al respecto, sienta que tal interpretación se justifica en los casos de lesión de derechos subjetivos, porque éstos se encuentran exactamente delimitados por la ley conforme a criterios técnico-jurídicos; pero que, en cambio, no se justifica en los casos de lesión de los bienes de vida indicados en el § 823, I, del B. G. B., porque las nociones de tales bienes ni han sido delimitados por la ley ni responden a criterios técnico - jurídicos sino que son anteriores al ordenamiento jurídico y corresponden a realidades dadas por la naturaleza y la creación, de manera que si el Derecho las toma en cuenta, tiene que reconocerlas tal como le han sido dadas.

C) Por último, la sentencia trae un interesante razonamiento para afirmar que la demandante sufrió una lesión de su salud.

Comienza por sostener que, como lo destacara ya en 1902 el Tribunal del Reich de acuerdo con las observaciones de Planck, los bienes de vida no son derechos subjetivos, sino que sólo puede decirse que las personas —todas las personas, por lo demás— tienen un derecho a dichos bienes, tal como la Ley Fundamental habla del derecho de todos a la vida y a la incolumidad del cuerpo (16). Ahora bien, añade la Corte, si todas las perso-

(15) Sentencia de 14 de junio de 1951 a cuyo propósito cfr. “*Juriszeitung*”, 1951, pág. 789, y 1925, págs. 167 y siguientes.

(16) Las citas son del propio fallo que, además, invoca en su apoyo a OERTMANN, “*Obligaciones*”, 5ª ed., nota 1 al § 823.

nas tienen derecho a los bienes de vida protegidos por el § 823, I, del B. G. B., cada una de ellas, tiene derecho también a que el crecimiento y el desarrollo orgánico no sea perturbado o menoscabado por obra de mano humana. En consecuencia, toda perturbación o menoscabo proveniente de otro ser humano que obstaculice o perjudique dicho crecimiento o desarrollo constituye una lesión de tales bienes jurídicos. De allí que sea exacta la definición de la lesión de la salud como “la causación de la perturbación de los sucesos internos de la vida” (17). Esto supuesto, concluye el fallo, no cabe duda de que la niña demandante ha sufrido una lesión en su salud, porque es evidente que los sucesos internos de su vida han sido perturbados.

El Prof. Rudolf Schmidt, al comentar la sentencia en cuestión, entre otras críticas, propone la de que todas las anteriores argumentaciones—que encuentra discutibles— eran innecesarias para fundamentar la decisión porque para ello bastaba establecer que el feto, desde el momento de la concepción, tiene una capacidad jurídica suficiente como para reconocerle personalidad y, por ende, la protección que implica el § 823, I, del B. G. B. En efecto, sentada esta base, afirma Schmidt, bastaba argüir que, como la infección sifilítica del feto sólo se produce alrededor de los cuatro meses de la concepción, en el caso decidido, el feto gozaba de una salud ilesa antes de sufrir la infección sifilítica, con lo cual quedaba desvirtuado el alegato del hospital de que la actora no pudo haber sufrido una lesión en su salud por cuanto nunca estuvo sana (18). En nuestro concepto, la Corte resuelve la cuestión de derecho que existe en los alegatos del hospital, mientras que Schmidt se contenta con rebatir los argumentos del recurrente en el plano de los hechos. Ambas vías son igualmente legítimas y en el caso concreto conducen al mismo resultado.

5.—El carácter de “*infans non conceptus*” de la actora para el momento de la comisión del hecho.

I) **Planteamiento de la cuestión en el proceso y doctrina del fallo.**—El último argumento del hospital en contra de las pretensiones de la actora fué que ésta no existía para el momento de la comisión del hecho; que, según el § 823, I, no nace un deber de indemnización sino cuando se causa una lesión en los bienes o derechos de “otro”; y que, por lo tanto, en el caso concreto, el deber no había nacido en cabeza del hospital porque no existía ese “otro” requerido por la ley. Al respecto, el fallo se limitó a replicar que en el litigio de referencias no se discutía la lesión sufrida por un feto o un ser no concebido, sino el daño que sufre la demandante por haber nacido sifilítica.

(17) “Comentario de Miembros del Tribunal Reich”, 9ª ed. párrafo 823, nota 5, citado en el fallo objeto de la presente nota.

(18) “Juristenzeitung”, 1953, pág. 308.

II) **La cuestión de los daños “prenatales” en el sistema anglo-americano.**—En el sistema anglo-americano se ha discutido hasta la saciedad sobre la indemnización de los que llaman daños “prenatales”, o sea, de los daños que derivan de un hecho cometido mientras la víctima se encontraba en el vientre materno. Tales casos no son idénticos al caso alemán de referencias; pero los problemas jurídicos correspondientes están estrechamente vinculados.

A) En Inglaterra, la procedencia de la correspondiente acción por la indemnización es incierta. En el caso particular de muerte causada a una de las personas enunciadas en el Acta de Accidentes Fatales de 1846, se reconoce al niño que sólo estaba concebido para el momento del deceso el derecho a ser indemnizado de la pérdida del beneficio económico que podía haber recibido del occiso. Pero, en cambio, no existe ningún precedente inglés ni en favor ni en contra de la existencia de un deber de indemnizar los daños físicos causados a un niño durante su gestación, aunque es muy significativo que en el famoso caso “Dulien v. White” sólo se reclamaran los daños sufridos por la madre de un niño nacido idiota a consecuencia, según los actores, de un “shock” nervioso causado a la madre mientras está encinta (19).

B) En el caso irlandés “Walker v. G. N. Ry. of Irland” se negó toda indemnización a un niño que nació lisiado y deforme después de que, durante su gestación, la madre sufrió un accidente del cual se consideró responsable a la compañía demandada. Para ello, se arguyó: 1º) que la compañía no tenía ningún deber de cuidar al niño ni en virtud de contrato porque no podía haberlo entre ella y el niño; ni en virtud de la ley de “tort” porque la compañía no conocía la existencia del niño; y 2º) que el niño no estaba “in esse” para el momento de la concepción, ya que la existencia “in esse” de los fetos no es sino una simple ficción del derecho romano y codificado que no puede servir de base en “common law” a una acción por daños personales (20).

C) Más numerosos que en Inglaterra e Irlanda son los antecedentes en los Estados Unidos (21). El primer caso parece haber sido “Dietrich v. Northampton” en el cual se rechazó la demanda por considerar que “el hijo por nacer era parte de la madre al tiempo de cometerse el acto ilícito”, de modo que era ésta y no aquél quien podía pedir una indemnización. Un voto disidente en el caso “Allaire v. Luke’s” consideró en cambio que debía reconocérsele la acción al niño que sufra daños mientras se encuentra en el vientre materno. Posteriormente, la Cor-

(19) Sobre el derecho inglés en la materia, cfr. WINFIELD, ob. cit., parágrafo 24, págs. 96 y siguientes.

(20) Cfr. WINFIELD, ob. cit., “ibidem”.

(21) Al respecto, cfr. Phanor A. EDER y Félix D. UÑO en “La Ley”, Buenos Aires, número del 2 de agosto de 1952, pág. 1 y siguientes.

te de Apelaciones de Nueva York reiteró la doctrina del caso "Dietrich v. Northampton" en "Drobner v. Peters"; pero, en el caso "Scott v. Mc. Pheeters", la Corte de Apelaciones de California acogió el criterio del voto disidente en "Allaire v. Luke's", aunque no se fundamentó en el "comon law" sino en el artículo 29 del Código Civil del Estado, que reconoce personalidad jurídica limitada al feto que posteriormente nazca vivo (22). El Tribunal Superior de Ohio, la Corte de Apelaciones de Maryland, el Tribunal Superior de Georgia y, recientemente, la propia Corte de Apelaciones de Nueva York han decidido que nada obsta en el "Common law" para que puedan reclamarse daños causados a la víctima cuando se encontraba en el vientre materno.

D) Por su parte, el Corte Suprema del Canadá ha concedido la indemnización demandada en nombre de un niño que nació con los pies torcidos en razón de un hecho ilícito cometido contra su madre durante la gestación del actor (23).

E) La resistencia a admitir que la víctima tiene derecho a ser indemnizada por los daños derivados de hechos ilícitos cometidos mientras se encontraba en el vientre materno hace pensar que, en el sistema anglo-americano, se rechazaría la idea de que la indemnización deba extenderse a los daños causados con anterioridad a la concepción de la víctima.

III) La cuestión de si conforme a nuestro Derecho existe la obligación de indemnizar daños causados con anterioridad al nacimiento de la víctima de un hecho ilícito.

El alegato del hospital alemán de que en el caso resuelto por el fallo que comentamos no existía un "otro" a quien el agente del hecho hubiera causado el daño, sugiere dudas acerca de si conforme a nuestro Derecho él debe indemnizarse los daños resultantes de hechos antijurídicos y culpables realizados antes del nacimiento de la víctima. Aunque en menor escala, conducen también dudas análogas, los razonamientos angloamericanos de que no existe el deber de indemnizar daños derivados de hechos ilícitos cometidos durante la gestación de la víctima porque en ese período la víctima no está "in esse" sino que forma parte de la madre.

Las consideraciones anotadas pueden, en efecto, conducir a la formulación de un argumento en pro de la negativa: Los daños de referencias no engendran una obligación de indemnizar a la víctima porque no existe víctima o porque ésta, en el momento de la comisión de un hecho anterior a su nacimiento, carece de la capacidad necesaria para adquirir el derecho a la indemnización.

Sin embargo, varias son las observaciones que pueden hacerse a una argumentación semejante:

(22) "Una persona no concebida, pero aún no nacida, se reputará como persona existente, en todo lo que sea necesario para proteger sus intereses, en caso de que nazca posteriormente".

(23) Cfr. WINFIELD, ob. cit., parágrafo 24, pág. 96.

1º) Para plantear correctamente el problema debe tenerse en cuenta que los daños de que se trata no son daños realizados antes del nacimiento de la víctima sino daños que ésta sufre con posterioridad a su nacimiento. En los casos de que tratamos lo único que es anterior al nacimiento de la víctima es el hecho antijurídico y culpable que causó los daños posteriormente realizados. La expresión "daños prenatales" tomada en sentido literal es inexacta. Prenatales no son, en las hipótesis examinadas, sino los hechos que causan los daños resultantes.

En consecuencia, si por víctima se entiende el sujeto pasivo de un daño, no puede decirse que en los supuestos considerados falta una víctima. Para que haya víctima no hace falta una persona que sufra un daño en el momento de la comisión del hecho sino que basta la existencia de una persona que sufra un daño producido por dicho hecho en el momento en que se actualiza ese daño.

Caso contrario, habría de concluirse que no existe homicidio si al explotar una bomba de tiempo colocada en un hospital, causa la muerte a un niño nacido después de la colocación de la bomba, ni siquiera cuando el agente haya actuado con la intención de dar muerte a ese niño determinado. En efecto, dentro de ese criterio, faltaría un elemento objetivo del tipo: la persona a quien se causa la muerte.

2º) En el caso particular a que se contrae doctrina anglo-americana bajo el rubro de "daños prenatales", o sea en el caso particular de que los daños cuya indemnización se reclame deriven de un hecho ocurrido durante la gestación de la víctima, no cabe duda de que ésta no carece de la capacidad necesaria para adquirir el derecho a ser indemnizada ni siquiera en la relación con el momento en que se comete el hecho del cual derivan los daños. En efecto, en la hipótesis considerada bastaría aplicar el artículo 17 del Código Civil conforme al cual "El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, hasta que haya nacido vivo".

3º) Por lo demás, tanto en el caso de daños derivados de hechos ocurridos durante la gestación de la víctima como en el caso de daños derivados de hechos anteriores a la concepción de la misma, el alegato de que ésta no tiene la capacidad necesaria para adquirir el derecho a la indemnización resulta erróneo porque presupone que este derecho nace necesariamente en el momento de la comisión del hecho causante del daño, lo cual es inexacto. El derecho de referencias tiene por objeto la indemnización de un daño; sin daño no hay indemnización posible; sin indemnización, falta el objeto del derecho y derecho sin objeto es una "contradictio in terminis". Así pues, el derecho a la indemnización nace con el daño. Ahora bien, como en los casos considerados, los daños son posteriores al nacimiento de la víc-

tima (v. “supra”, bajo 1º), es evidente que, cuando nace el derecho a la indemnización, la víctima tiene ya la capacidad necesaria para adquirirlo.

Al razonamiento anterior pueden hacerse, sin embargo, dos objeciones: En varios ordenamientos jurídicos es posible intentar acciones antes de la producción del daño derivado de un hecho antijurídico y culpable ; y en la jurisprudencia y doctrina francesas suele afirmarse que el daño futuro, siempre que sea cierto, puede originar un deber actual a la correspondiente indemnización.

La primera objeción carece de validez porque la tesis es que el derecho actual a la indemnización no nace antes de la producción del daño, lo cual no obsta para que un determinado ordenamiento jurídico reconozca en el futuro acreedor un interés legítimo y actual para obtener pronunciamientos judiciales relacionados con la indemnización, pero que no consisten en la condena al pago inmediato de la indemnización. Tal es el caso, por ejemplo, de la facultad de obtener conforme al Derecho alemán una sentencia que declare con lugar la pretensión a la indemnización por lo que respecta a su fundamento.

La segunda objeción es sólo aparente.

Como reconoce Savatier, “normalmente”, en caso de daños futuros se pronuncian condenas a término con el fin de que la indemnización corresponda en el tiempo a la producción de los daños (24). Tal es el caso de la condena del agente a pagar una renta a la víctima. En tal hipótesis no se reconoce pues un deber actual a la indemnización nacido antes que el daño, sino, como en la hipótesis a que se refiere la objeción anterior, sólo se reconoce un interés legítimo y actual del demandante en obtener un pronunciamiento judicial relacionado con su derecho a la indemnización sin constituir una condena al pago inmediato de la misma.

Cuando los Tribunales condenan a un pago inmediato para indemnizar daños “futuros”, lo que sucede es que los daños no son “futuros” en sentido estricto, o sea, en el sentido de que su acaecimiento no ha ocurrido aún, sino que se trate de daños acaecidos ya en razón de la consideración de un acontecimiento todavía no realizado, pero que seguramente se realizará. Así, por ejemplo, el daño derivado del estado de un edificio del cual se sabe que se derruirá pronto no es un simple daño futuro: en razón de su próxima ruina, el valor del edificio ha sufrido una depreciación total o casi total, el propietario tiene la necesidad actual de tomar medidas para demolerlo antes de que pueda ocasionar daños a terceros, etc. Todos esos son daños actuales.

Es precisamente por las razones expuestas que se dice aún en Francia que, en rigor, el daño futuro no origina un deber

(24) Ob. cit., tomo II, N° 523.

—actual— de indemnización (25); que el punto de partida del nacimiento de la acción para obtener la indemnización es la producción del daño (26); que la prescripción corre en la materia a partir de la fecha de la aparición del daño y no del hecho del cual deriva (27).

Así pues, el derecho a la indemnización no hace sino con el daño, de modo que en el caso de daños derivados de hechos anteriores al nacimiento o incluso a la concepción de una persona; pero producidos en ésta con posterioridad, no cabe alegar que la víctima carecía de la capacidad necesaria para adquirir el derecho a la indemnización. Como a su vez éste era el único argumento para negar la obligación de indemnizar dichos daños en nuestro Derecho, debemos pronunciarnos en favor de la existencia de tal obligación. Resulta significativo al respecto que los hermanos Mazeaud sostengan expresamente que el niño concebido entre la "faute" y la producción del daño, tiene derecho a obtener una indemnización personal por la muerte de su padre (28). Resulta significativo también que el ordinal b) del artículo 53 de la ley francesa de 30 de octubre de 1946, exija que el hijo que solicita en materia de accidentes de trabajo una indemnización por la muerte de su padre estuviera ya concebido para la fecha del accidente. En efecto, la existencia misma de esta norma induce a pensar que conforme al derecho común no es necesario el requisito exigido por la ley especial.

(25) LALOU, H., "Traité Pratique de la Responsabilité Civile", 5^{ème} ed. 1955, N° 139.

(26) MAZEAUD-MAZEAUD, ob. cit., N° 656.

(27) SAVATIER, ob. cit., II, No. 649; LALOU, ob. cit., No. 31 bis y 136.

(28) MAZEAUD-MAZEAUD, ob. cit., tomo III, No. 2.409.