

RESPONSABILIDAD CIVIL POR MANIPULACIÓN GENÉTICA

Por Eugenio Llamas Pombo *

SUMARIO

I.-Preliminar. II.- Daños causados directamente al paciente. III.-Responsabilidad por destrucción-desviación de material genético. IV.-Responsabilidad por transmisión de enfermedades genéticas prevenibles. 1.- Planteamiento. 2.- Responsabilidad del médico. a) Frente a los padres del nacido con enfermedades o malformaciones. b) Frente al nacido con taras o malformaciones (*wrongful life*). 3.- Responsabilidad de los padres frente al nacido. 4.- Responsabilidad del donante de gametos. V.- Daños derivados de las técnicas de reproducción asistida. VI.- Indicación bibliográfica.

I.- Preliminar

A partir de la década de los 80 (alguna impronta científico-práctica tenía que dejar el emblemático año orwelliano), hemos asistido a una verdadera eclosión de las técnicas científicas relacionadas con la genética humana, si por tal eclosión entendemos un notable abaratamiento de costes, y el paso del silencio del laboratorio al rumor de los *mass media*. El estudio del funcionamiento de la herencia y la transmisión de los caracteres genéticos de los seres vivos, mediante el aislamiento (y clonación) de los genes -no otra cosa es la genética-, antes se hacía con guisantes, conejos o cabras, y ahora se aplica a la persona humana, con resultados espectaculares, sobre todo en fertilización y en la prevención de enfermedades genéticas.

* Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Salamanca. Abogado.

Junto a algunos problemas ético-jurídicos (como la licitud de determinadas técnicas, entre las que se encuentra la clonación u otras manipulaciones de embriones, la maternidad por sustitución o la inseminación artificial *post mortem*), y otros efectos jurídicos (determinación de la filiación tanto inter vivos como mortis causa, o de la autoría en la investigación criminal), es evidente y numerosísimo el catálogo de posibles daños resarcibles desencadenados como consecuencia de la aplicación de los modernos avances en genética humana, tanto con fines terapéuticos como de investigación, u otros. Por ello, quizá resulte útil ofrecer de manera resumidísima un catálogo sistemático de dichos supuestos dañosos, y plantear de momento los problemas más llamativos de cada uno de ellos, dejando para trabajos más extensos los detalles y las soluciones a dichos problemas.

II.- Daños causados directamente al paciente

La aplicación de ciertas técnicas genéticas conlleva casi siempre una intervención sobre el cuerpo humano: extraer una muestra de líquido amniótico de la gestante para realizar un diagnóstico prenatal por amniocentesis, recolectar los óvulos o implantar embriones en la fecundación *in vitro*, etcétera. Tales actuaciones pueden, es evidente, causar daños al paciente, por lo que abren nuestro catálogo; lesiones que, en principio, debemos someter a los criterios generales que definen los contornos de la responsabilidad civil del médico, bien conocidos hoy ya, e íntegramente aplicables a estos supuestos.

Deberá tenerse en cuenta, eso sí, que dada la novedad de buena parte de estas técnicas, su desempeño está regido por las pautas o requisitos objetivos aplicables a toda actividad médica de investigación terapéutica, establecidos en las Declaraciones de la Asociación Médica Mundial de Helsinki (1964) y Tokio (1975), y entre los que destacan las rigurosas exigencias -deben llegar aquí a su grado máximo- sobre consentimiento informado, la proporcionalidad -de siempre difícil valoración- entre los objetivos buscados y los riesgos que se corren, el respeto de los principios morales y científicos de la investigación en Medicina, y la alta y especializada cualificación de los intervinientes. El desprecio de cualquiera de dichas pautas, con resultado dañoso, dará lugar sin ninguna duda a la correspondiente responsabilidad profesional, que muy frecuentemente alcanzaría tintes penales.

III.- Responsabilidad por destrucción-desviación del material genético

Este segundo grupo de supuestos es hoy particularmente problemático: por la enorme disponibilidad de material embrionario “sobrante” de las técnicas de reproducción asistida (hace ya tiempo señaló TRABUCCHI que es mucho más caro un embrión de chimpancé que uno humano); por el campo de actuación que abren los embriones, fetos y sus materiales biológicos en la fabricación industrial de productos farmacéuticos, diagnósticos, cosméticos, etc.; y por el siempre difícil equilibrio entre la libertad y progreso científicos, patrimonio de la Humanidad, por una parte, y los derechos de la personalidad

como la vida, la libertad o la dignidad humana, por otra. Todavía resuena el eco de la polémica abierta este mismo año 1996, a raíz de la Sentencia dictada en el Reino Unido autorizando la inseminación con gametos criopreservados procedentes de un antiguo marido (hoy divorciado) de la paciente, y contra la voluntad de aquél; polémica que estuvo aderezada con la inevitable declaración de la Iglesia Católica a propósito de la destrucción del material embrionario.

Sin entrar en la calificación de la naturaleza jurídica del material embrionario, lo que requeriría mayor detenimiento, existen al menos dos reglas de oro que presiden esta materia, con independencia de que el embrión nos parezca un *nasciturus*, una “vida en formación”, una *spes hominis*, o una persona no nacida: 1ª) Tal material constituye *res extra commercium*, como cualquier órgano del cuerpo humano, o la sangre (según calificación de la mayor parte de las legislaciones sobre trasplantes y hemodonación), lo que determina la nulidad radical de todo contrato que recaiga sobre el mismo. Eventualmente, apunta la doctrina (PANTALEON) la posibilidad de compensar gastos por desplazamientos o absentismo laboral de los donantes de gametos, lo que nunca puede verse como una contraprestación. 2ª) Ha de excluirse toda manipulación genética sobre embriones de la que pueda derivarse un sacrificio de la vida humana, u otras graves consecuencias para el porvenir de la misma. En palabras de TRABUCCHI, “ni siquiera la perspectiva de un destino mejor para la vida del hombre del mañana, puede justificar el sacrificio de la vida de hoy”.

Tales principios han tenido su adecuada formulación positiva en España, a través de la Ley 42/1988, de 28 diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. En Argentina, el 2º Congreso de Daños (Buenos Aires, junio 1991) propugnó una responsabilidad contractual y objetiva para toda destrucción o utilización desviada del material genético, lo que ha dado lugar a recientes críticas de ZANNONI.

IV.- Responsabilidad por transmisión de enfermedades genéticas previsibles

1.- Planteamiento.

Parece ser que el 5% de las enfermedades infantiles en el nacimiento (como el síndrome de Down o la hemofilia, por ejemplo), obedecen a trastornos genéticos. Y teniendo en cuenta el avance de las técnicas de diagnóstico prenatal (amniocentesis, biopsia coriónica, etc.), se llega a la conclusión de que las enfermedades y deficiencias físicas o psíquicas de origen genético, entran a menudo dentro del campo de lo previsible y, por tanto, en muchos casos, dentro de lo evitable. Porque, en efecto, cuando se detecta una tara o enfermedad genéticamente transmisible, la evitabilidad del fatal resultado es bastante simple: bien previniendo la concepción mediante fórmulas anticonceptivas, bien interrumpiendo la gestación ya iniciada (aborto terapéutico), allí donde no esté legalmente prohibido.

Esa posibilidad humana de prever y evitar un resultado dañoso (y tener un

hijo con deficiencias o enfermedades frecuentemente incurables, o padecerlas uno mismo, indudablemente constituye “un resultado dañoso”), nos lleva de lleno al mundo de la responsabilidad civil: en unos casos, derivada de no prever lo previsible, errando el diagnóstico, por ejemplo; en otros, dimanante de no permitir evitar, o de no evitar, lo que es evitable, una vez que fue previsto, en los casos de responsabilidad por contracepción impedida o por aborto impedido.

A menudo se han estudiado estos problemas de una manera unitaria, mezclando unos casos con otros, lo que lleva a veces a soluciones ridículas. Por ello, es importante un esfuerzo sistemático encaminado a deslindar los distintos posibles responsables y las diferentes eventuales víctimas del daño, para estudiarlos por separado, como se hace a continuación:

2.- Responsabilidad del médico

a) Frente a los padres del nacido con enfermedades o malformaciones.

Nos referimos aquí a uno de los supuestos de *wrongful birth* (junto con los casos de esterilización, contracepción o aborto fallidos, que provocan el nacimiento de un hijo sano, pero no deseado), frente al *wrongful life*, que se reserva a las pretensiones resarcitorias del niño nacido tarado, las que ofrecen una problemática mucho más compleja.

Si se trata de **procreación natural**, es clara la responsabilidad del médico frente a los padres, fundamentada en el deber, generalmente contractual, que tiene el médico de realizar unas pruebas genéticas y diagnósticas, e informar a esos padres de los riesgos del nacimiento. Tal responsabilidad ha sido reconocida en Alemania (Bundesgerichtshof, 18 enero 1983, por no diagnosticar una rubeola de la madre), y en EE.UU. (Trib. Apelación de New York, caso Becker, por no realizar amniocentesis a la madre de 37 años de un niño con síndrome de Down), según relata PANTALEON. En España, recientemente el Juzgado de lo Penal Nº 1 de Figueras condenó a un ginecólogo en una reclamación casi idéntica al caso Becker. La culpa consistirá en la contracepción impedida o el aborto impedido (allí donde el aborto terapéutico está legalizado, claro es). Y el resarcimiento alcanzará tanto el daño patrimonial, consistente en los mayores gastos derivados de las taras (no todos los gastos de cuidado y mantenimiento del niño, como sostiene PANTALEON, pues ese niño hubiera nacido de todos modos), como el daño moral constituido por el natural sufrimiento que comporta un hijo tarado.

Si se trata de **procreación asistida**, la responsabilidad del médico resulta todavía más clara: el deber de diagnosticar y asesorar sobre los riesgos genéticos alcanza un grado de exigencia más elevado, por lo que comparto la opinión de tan citado autor español de que tal deber pesa aunque los padres no hayan consultado, pues el médico coparticipa activamente en la procreación, y además lo hace como experto.

b) Frente al nacido con taras o malformaciones (*wrongful life*).

En caso de **procreación natural**, son tres las posiciones que pueden encontrarse en la jurisprudencia comparada (seguimos aquí el trabajo de PANTALEON): 1ª) La mayoritaria, que niega la responsabilidad médica frente al nacido. 2ª) La que admite tal responsabilidad, pero limitada a los *special damages*, es decir, a los gastos del tratamiento que excedan a los que ya se tuvieron en cuenta en la indemnización reconocida a los padres, con el argumento de que es imposible determinar el resto de los perjuicios, dado que la diligencia del médico hubiera llevado a la no existencia del niño, lo que, para éste, hubiera constituido un daño aún mayor. Ésta parece ser la más extendida en EE.UU. 3ª) Admitir sin limitaciones la responsabilidad, extendida incluso a los *general damages*, como la pérdida de posibilidades de obtener empleo o rentas, sufrimiento, etcétera.

La segunda tesis resulta rechazable, pues viene a ser una *compensatio lucri cum danno*. La misma existencia del niño no puede considerarse un lucro que vaya en beneficio del médico negligente. Y la primera, a mi juicio, también lo es, por varias razones: 1) Es inaceptable afirmar que el niño no tiene daño (“es mejor nacer con taras que no nacer”), pues como se ha afirmado, ése es un juicio personalísimo e insustituible por el Juez, por la Ley, (¿e incluso por los padres?). 2) Tampoco convencen quienes niegan la imputabilidad subjetiva al médico, afirmando que el médico no ha desencadenado las taras (esto es cierto), que dicho profesional tiene deber frente a los padres de permitir que impidan el nacimiento, pero no frente al hijo nacido, frente al que ni siquiera tiene el deber de permitir que sean los padres quienes decidan, pues tampoco estos padres tienen derecho a decidir. Y no convencen porque, en definitiva, alguien tiene que acabar decidiendo, y prefiero que sean los padres quienes “pechen” con tal elección, que no el médico (quien al no informar a los padres, está optando por el nacimiento). 3) Además, como intuye PANTALEON, ¿cómo vamos a negarle la pretensión indemnizatoria al principal perjudicado, que es el hijo, si se la otorgamos a los padres? Por muy duro que sea tener un hijo tarado, más lo es vivir toda la vida con la propia tara. Es más, de no admitir esta responsabilidad, encontraríamos que el fallecimiento de los padres exoneraría en la práctica al médico. Por todo ello, me inclino por la verdadera *restitutio in integrum* que supone la indemnización de los *general damages*.

En caso de **procreación asistida**, la responsabilidad del médico frente al nacido es tan clara, que incluso quienes niegan la legitimación de éste en la procreación natural, la admiten en este caso. Y existen numerosos argumentos: en la natural puede discutirse el deber jurídico del médico de impedir que el niño venga al mundo tarado, pero en la asistida es indudable el deber jurídico de *no contribuir*, de no provocar activamente un *wrongful life*. Además, al disociarse sexualidad y procreación, ya no están implicados los derechos de los padres (intimidad, desarrollo de la personalidad...), y el compromiso de terceros intervinientes (médico, clínica...) ofrece la posibilidad y exigencia de un mayor control y diagnosis. Es más, ni siquiera el consentimiento o petición de los padres, sabedores de los riesgos o posibles malformaciones, puede exone-

rar al médico o la clínica, por ese deber que pesa sobre éstos de no contribuir en ese objetivo.

3.- Responsabilidad de los padres frente al nacido

El punto de partida en esta materia lo constituye la famosa Sentencia del Tribunal de Piacenza (1950), que obligó a una pareja a resarcir a su hijo nacido con sífilis hereditaria, por haberlo generado sin curarse esa enfermedad de transmisión genética o hereditaria. Se consagraba así la responsabilidad “por un hecho que transforma el gran don de la vida en una tremenda infelicidad”, en palabras de la propia Sentencia.

Frente a dicha aseveración, se suele negar la viabilidad de tal responsabilidad civil de los padres por el *wrongful life* del hijo, argumentando que *maius est esse et esse miserum, quam omnino non esse*, o sea, mejor vivir enfermo o tarado, que no vivir.

Tan tremenda polémica sigue abierta. Así, por ejemplo en Argentina -pese a opiniones autorizadas, como la de ZANNONI- en las XIII Jornadas de Derecho Civil, se aprobó un despacho proclamando la “responsabilidad de los padres frente a los hijos por taras hereditarias que ocasionen a raíz de una enfermedad de la que tuvieran conocimiento”. Y el problema, a mi juicio, es que no todos los argumentos que se utilizan para negar esta responsabilidad son siempre de recibo. Analicemos tales razonamientos uno a uno, y discutamos su virtualidad:

1) La *compensatio lucri cum danno*, según la cual, los padres no responden, pues al fin y al cabo, han dado al hijo un bien mucho mayor, como es la vida. No me convence. La generación del nuevo ser hace posible la lesión, no la compensa.

2) No hay lesión de bien jurídico (TRABUCCHI), pues “no ser” no puede considerarse un bien jurídico lesionable. No me convence tampoco. Las taras o malformaciones son, sin duda, un daño contra el bien jurídico integridad física o psíquica, contra el desarrollo de la personalidad, contra la salud, y otros derechos de tal personalidad.

3) Cuando se realiza el acto que genera la responsabilidad (la procreación), no existe un sujeto titular de un derecho a la integridad física o psíquica, y cuando nace, ya tiene las lesiones, por lo que éstas nada menoscaban, y no existe daño. Tampoco resulta convincente, pues nada impide hoy resarcir daños surgidos en momento posterior al acto que los provocó (el mal llamado “daño sobrevenido”, tan frecuente, por ejemplo, en las lesiones derivadas de accidente).

4) Falta la antijuricidad, pues la relación sexual generatriz es un acto lícito. Tal argumento no se tiene en pie: el moderno derecho de daños, resarcitorio y no sancionatorio, tiende a reparar todo perjuicio, con independencia de que éste proceda de actos lícitos o ilícitos; así, estamos hartos de ver cómo un acto perfectamente lícito, como conducir un vehículo, o practicar la caza, obliga a quien lo realiza a resarcir los daños que produzca. Y es que antijuricidad es injusticia del daño (*danno iniusto*) y no ilicitud del acto u omisión dañosa.

5) Sin embargo, ese cuarto argumento tiene una segunda cara más convincente: predicar esta responsabilidad de los padres, a la larga equivale a anular el derecho de la pareja a planificar su reproducción (integrante de la intimidad familiar), aunque sea como efecto no deseado de tal responsabilidad, que podría llevar a conclusiones absurdas y atentatorias contra los derechos más elementales de los progenitores, como hacerles responsables de “no haber abortado”.

Dado lo poco convincentes que resultan todos esos argumentos tradicionalmente esgrimidos en contra de la responsabilidad de los padres frente a los hijos tarados, se me ocurren otros -quizás en una línea más valorativa-, que no pueden ser desconocidos:

- La procreación es un valor en sí mismo, desde el punto de vista de la vida como bien supremo, privilegiado por el Derecho (así lo señala la famosa Sentencia del T. Constitucional español de 11 abril 1985, a propósito de la constitucionalidad de la Ley de despenalización de determinados supuestos de aborto).

- La eventual indemnización derivada de tal responsabilidad no podría cumplir nunca una verdadera función resarcitoria. Los padres tienen, cierto es, el deber de cubrir las consecuencias patrimoniales que la lesión acarrea para el hijo; pero tal deber no procede de su responsabilidad extracontractual, sino de su *officium* de patria potestad, o incluso, de su obligación legal alimenticia.

- Repugna la idea de considerar al hijo como un mero acreedor de los padres, que pueda contabilizar los pros y los contras de haber nacido, o de haberlo hecho con mejor o peor calidad de vida. Como dice TRABUCCHI, el hijo, heredero de los padres, no puede aceptar la vida a beneficio de inventario. Rechazo, por inhumana, la película del Ministerio Fiscal reclamando judicialmente una indemnización, en nombre y beneficio del hijo enfermo o tarado, frente a los padres que empiezan a asumir y superar el drama que para ellos supone tal enfermedad o malformación (seguramente no es dramática para ellos la misma vida del hijo, pese a todo).

- A mi juicio, el mundo de la responsabilidad civil, tan necesario hoy, precisamente por introducir criterios de humanidad frente al maquinismo, el consumismo y el desarrollismo a toda costa, no puede irrumpir estrepitosamente en el seno de la relación paterno-filial, basada en los afectos, y en unos deberes inherentes a la propia naturaleza de esa relación. La generación, la procreación, dan lugar al surgimiento de una especialísima relación jurídica de filiación, y no a un aséptico derecho de crédito.

Cuestión distinta es tal responsabilidad de los padres cuando la procreación es asistida, en la que aquéllos incumplen una legítima prohibición por parte de la sociedad y del legislador, dirigida a vedar el acceso a tales técnicas asistidas cuando exista riesgo grave de taras o deficiencias hereditarias (tal prohibición se recoge en el artículo 2.1 de la Ley española sobre Reproducción Asistida Humana, de 22 noviembre 1988).

4.- Responsabilidad del donante de gametos

Es evidente la responsabilidad civil del donante de gametos que, conociendo o sospechando tener una enfermedad de transmisión hereditaria, oculta tal información y efectúa la donación. Responsabilidad tanto frente a la madre usuaria de dichos gametos, como frente al marido o compañero de la misma, como frente al propio nacido, y que tendrá carácter solidario con la del médico o centro, que no realizó las verificaciones oportunas.

Algo tan evidente tiene un grave escollo en España: el anonimato del donante que consagra el artículo 5.5 de la Ley citada, y que ni siquiera cesa en este supuesto.

V.- Daños derivados de las técnicas de reproducción asistida

Entramos aquí de lleno dentro de los dominios de la responsabilidad médica, que cobran ciertos matices específicos al aplicarse a esta materia, y de los que nos hemos ocupado pormenorizadamente en otro lugar, hace ya tiempo. Baste aquí, por razones de espacio, dejar enunciados los posibles actos u omisiones que pueden dar lugar a esta responsabilidad:

- Falta de información o inadecuación de la misma.

- Ausencia o defectos de consentimiento. La inseminación artificial contra la voluntad de la madre dará lugar, además de a la responsabilidad penal correspondiente (es una suerte de violación), a una responsabilidad civil de los agentes similar a la derivada de las esterilizaciones fallidas, que alcanzará los gastos de mantenimiento del nuevo ser. Tal responsabilidad, como dice PANTALEON, no atenta en absoluto contra la dignidad del nacido, y no se ve afectada por el hecho de que la madre no haya abortado o dado el hijo en adopción. La fecundación *in vitro*, y en la inseminación artificial, tanto homóloga como heteróloga, realizadas sin consentimiento del esposo o compañero, genera responsabilidad civil del médico o centro y, si ella consintió, solidariamente de la madre.

- Fallos o defectos en el material genético utilizado, tanto originarios (gametos portadores de enfermedades hereditarias) como sobrevenidos (derivados de la obtención, conservación o manipulación posterior). Caso especial constituye el nacimiento de un hijo de raza diferente de la de los padres usuarios de las técnicas asistidas, que ya ha dado lugar a algunos fallos (y a no pocas polémicas) en el Reino Unido.

- Realización de procedimientos ilícitos o “no deseables” (como eufemísticamente los denominan las normas sobre la materia). Así, allí donde no esté permitida (en España lo está), la inseminación artificial *post mortem* plantea una eventual indemnización al hijo por el daño consistente en “nacer sin padre”.

- Desconocimiento o desprecio de la *lex artis*, al estilo de la culpa médica general, al realizar la técnica irrogando daños al paciente o pacientes (omisión o mala ejecución de pruebas de histocompatibilidad, preintervención, etc.).

- Hay, por último, algunos daños y responsabilidades que no derivan de la

manipulación o intervención genética, sino del juego de las relaciones resultantes de la aplicación de las técnicas (filiación, de pareja, etc.), que obligan a pronunciarse primero sobre la licitud de ciertas prácticas.

VI.- Indicación bibliográfica

ESSER, A.: “¿Genética, gen-ética, Derecho genético? Reflexiones político-jurídicas sobre la actuación en la herencia humana”, en *La Ley*, 1986, N° 1397. LLAMAS POMBO, E.: “Responsabilidad médica y reproducción asistida”, *V Congreso Mundial de Derecho de Familia*, (Chiapas, México, 1989). MAPPES, Th. A., *Biomedical Ethics*, (New York, 1981). MONTES PENADES, V. L.: “La genética actual y el Derecho de familia”, *Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia*, (Cáceres, 1987). MORO ALMARAZ, M^a J.: *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, (Bosch, Barcelona, 1988). PANTALEON PRIETO, F.: “Procreación artificial y responsabilidad civil”, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1988. RESCIGNO, P.: “*Il danno da procreazione*”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1956, págs. 614 y ss. RUIZ VADILLO, E.: “La investigación científica y genética”, en *Revista General de Derecho*, 1986. SILVA RUIZ, P.: “La inseminación artificial. Reproducción asexual. Implicaciones jurídicas de las nuevas tecnologías de reproducción humana”, en *Revista de Derecho Puertorriqueño*, vol. 32, 1992, págs. 45 y ss. TRABUCCHI: “*La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1982, págs. 617 y ss.; *íd.*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1986, N° 5, pág. 508. ZANNONI E.: “Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil”, en TRIGO REPRESAS y STIGLITZ, R., *Derecho de daños. Homenaje al Prof. Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, 1989, págs. 619 y ss. ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA: “La naturaleza jurídica de los elementos biológicos”, en *Revista General de Derecho*, 1986.