

RESPONSABILIDAD CIVIL Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Recientemente, han recaído dos fallos que contienen pronunciamientos condenatorios en materia de responsabilidad civil médica relacionados con la práctica defectuosa de la reproducción asistida.

1. El art. 5.6 de la Ley Española 14/2006, de 26 de mayo, dispone que el estado psicofísico de los donantes ha de cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio, “que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia”.

El primero de los casos al que refiero tiene que ver con esta norma: un niño, fruto de una fecundación in vitro con óvulo de donante anónima y espermatozoides del marido de la usuaria, nació con la enfermedad de la hemofilia, razón por la cual los padres interpusieron una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios contra la clínica en la que se había practicado la reproducción asistida, reprochándole negligencia en la selección del óvulo de la donante.

La SAP Valencia (Sección 7ª) de 30 de marzo de 2016, rec. nº 764/2015, negó que la clínica hubiera sido negligente en la selección del óvulo, porque no había antecedentes de hemofilia, ni en la donante, ni en su familia, razón por la cual no le era exigible realizar un test genético específico para descartar la existencia de una enfermedad infrecuente. Sin embargo, estimó la demanda, al considerar que la información suministrada a los demandantes (en la cual se reproducía literalmente el tenor del art. 5.6 de la Ley, respecto al contenido que debe tener el protocolo obligatorio para asegurarse del correcto estado psicofísico del donante) era deficiente, entendiéndose que, al no ser “expertas en medicina ni en su terminología”, no se les había transmitido “la realidad sobre las pruebas y los análisis a los que se ha sometido” al óvulo seleccionado. Dice, así que, “la persona que lee dicho consentimiento informado deduce que se han realizado todas las pruebas necesarias para descubrir y excluir las enfermedades genéticas, hereditarias

o infecciosas transmisibles a la descendencia que se pueden detectar según el estado de la ciencia y, concretamente, en el presente caso, la hemofilia, que igual que otras, ya es perfectamente detectable". Concretamente, condenó a la demandada a pagar en concepto de daños morales a cada progenitor 100.000 euros y 200.000 euros al niño nacido hemofílico.

La solución podría parecer extraña desde el momento en que se concede indemnización por daño moral (el patrimonial por el tratamiento de la hemofilia está cubierto por el sistema público de salud), no sólo a los padres, sino también al niño, lo que contrasta con la posición que, a mi entender, debe mantenerse respecto de los supuestos en los que los niños nacidos naturalmente padecen enfermedades (por ejemplo, la hemofilia) no detectadas durante el período de embarazo de la madre (y, por lo tanto, no comunicadas a ella en orden a decidir la posible interrupción del mismo), pero que no tienen su origen en una negligencia médica, sino en el patrimonio genético de la madre portadora: en estos supuestos, el niño no puede nacer de otro modo, siendo su nacimiento la única posibilidad de evitar el padecimiento de la enfermedad, por lo que no puede pretender ningún resarcimiento, si la madre decide no abortar. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el nacimiento del hijo enfermo sí es causado por una mala praxis médica, consistente en no haber informado adecuadamente a los cónyuges del riesgo que asumen al acudir a la reproducción asistida de que nazca un niño con una enfermedad no detectada en los análisis practicados a la donante, induciéndoles a pensar que el hijo artificialmente creado será sano, asumiendo implícitamente frente a ellos una especie de obligación de resultado. No debe, además, olvidarse que, según consolidada jurisprudencia, en el ámbito de la medicina satisfactiva, debe extremarse el cumplimiento de los deberes de información al paciente, con mayor rigor que en la medicina curativa.

2. El otro caso es el resuelto por la SAP Las Palmas (Sección 5ª) de 16 de mayo 2016, rec. nº 461/2013. Una pareja de hecho había acudido a la reproducción asistida homóloga, naciendo dos gemelos, que, sin embargo, no resultaron ser hijos biológicos del conviviente, sino de un tercero anónimo. La sentencia condenó a la clínica a indemnizar el daño patrimonial (pérdida de pensión de alimentos) y moral sufrido por los hijos, como consecuencia de la imposibilidad de identificar a su padre y de conocer sus orígenes biológicos (120.000 euros para cada uno de ellos por ambos tipos de daños), así como el daño moral padecido por la madre, consistente en la afectación personal e impacto en su vida por tener que asumir en solitario la crianza de los hijos, sentimiento de angustia por no saber la identidad del padre de los mismos (75.000 euros).

La sentencia tiene gran importancia, porque reconoce el resarcimiento del daño moral por violación del derecho a la identidad de los hijos. Habla, así, de un "daño sufrido por los menores en cuanto lesión a sus derechos inmateriales como personas,

a su dignidad (artículo 10 CE), que les acompañará durante toda su existencia, es superior al que hubiera supuesto la pérdida de un padre, puesto que como indica la parte actora se les priva de conocer una parte importante de su identidad, de conocer su procedencia biológica, sus antepasados por la línea paterna, su propia historia, y su origen será siempre un interrogante en sus vidas. Ciertamente la Constitución Española en el artículo 39 recoge como principio rector de la política social y económica la protección integral de los hijos, y exige a la ley posibilitar la investigación de la paternidad. La identidad personal es producto de la confluencia de diversos elementos, entre los que forma parte esencial el origen y la integración del individuo en un entorno, desde la herencia genética y familiar, la pertenencia a un grupo étnico, o a un Estado. Este sentimiento de identidad personal es un derecho inmaterial cuya lesión genera un daño moral indemnizable”.

Un supuesto que guarda relación con el juzgado por esta sentencia es el contemplado en el art. 223-2 de la Propuesta de Código Civil elaborado por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que contempla en su nº 3, el “caso de error médico en la implantación del embrión, derivado del intercambio de los embriones de dos parejas que pretenden una fecundación homóloga”, previendo que, en este caso, “queda determinada la maternidad de la madre gestante”, solución ésta, que se corresponde con la legislación vigente (determinación legal de la maternidad por el parto), introduciendo, sin embargo, la siguiente novedad: si la madre gestante “pretendiese renunciar a los derechos derivados de la filiación puede quedar determinada la maternidad de la madre genética con su consentimiento”.

El caso de intercambio de embriones se ha planteado en la jurisprudencia de instancia italiana y ha sido decidido por la Ordenanza del Tribunal de Roma, 20 agosto 2014 (“Diritto di famiglia e delle persone”, 2015, pp. 184 y ss., con una interesante y sugerente nota de M. Bianca, que se refiere al mismo como un supuesto de maternidad subrogada “por error”, que evoca el conflicto que se produce entre la madre genética y la gestante). En el caso juzgado sólo nacieron los hijos procedentes de los embriones implantados en una de las parejas que habían acudido a la reproducción asistida (los otros embriones no llegaron a buen término). Discutida la filiación de los gemelos, el Tribunal consideró progenitores legales a la madre gestante y al marido de ésta (no a los padres biológicos), argumentando que la vida se forma y se desarrolla en el útero materno con la creación de un vínculo simbiótico entre la madre y el concebido. Resalta que en el caso litigioso los gemelos, con toda probabilidad, habían instaurado, desde sus primeros días de vida, una significativa relación afectiva con ambos progenitores, encontrándose ya insertos en “su” familia. Observa, por último, que los padres biológicos pueden encontrar tutela, exclusivamente, en vía resarcitoria (que no se plantea en el litigio)

José Ramón de Verda y Beamonte.