

¿Embarazo y daños en la procreación? Algunas notas en relación a la cuestión

María Elena Cobas Cobiella

Facultad de Derecho, Universidad de Valencia

Recibido: 03/11/2011 · Aceptado: 11/11/2011

"La salud es principalmente una medida de la capacidad de cada persona de hacer o de convertirse en lo que quiere ser."...
René Dubos

Resumen

El embarazo y la drogadicción constituyen un tema emergente de preocupación. El objeto del presente trabajo es el análisis en el ámbito actual de la protección del concebido y los problemas que se generan cuando la madre embarazada consume drogas. También se analizan las distintas soluciones en relación a la aplicación de la responsabilidad civil exigible a los padres por daños causados durante la concepción por una actitud negligente en cuanto a la preservación de la salud futura del nasciturus. Igualmente se destacan conceptos como derecho a la salud, libertad de procreación y procreación responsable.

Palabras Clave

Responsabilidad civil, concebido, drogadicción, embarazo.

Abstract

Pregnancy and drug addiction are an emerging concern. The purpose of this work is the analysis in the current scope of the protection of the unborn child and the problems that occur when a pregnant woman uses drugs. It also discusses different solutions in relation to the application of civil liability due to parents for harm caused during conception because of a negligent attitude in relation to preserving the future health of the unborn child. Concepts such as the right to health, procreative freedom and responsible procreation are also highlighted.

Key Words

Civil responsibility, prenatal life, drug addiction, pregnancy.

— Correspondencia a:

M^a Elena Cobas

Departamento de Derecho civil. Facultad de Derecho. Universidad de Valencia.

Avda. de los naranjos, s/n · 46022 Valencia

e-mail: macobas2002@yahoo.es



INTRODUCCIÓN

La procreación y la vida es uno de los milagros de la naturaleza y un don concedido. Es una premisa que no podemos olvidar, es el milagro de la vida y el misterio que envuelve. Por otra parte está la salud, como derecho igualmente reconocido a todos los niveles, entendida tal como se señala en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada en la Conferencia Sanitaria Internacional, en Nueva York, del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y que entró en vigor en abril de 1948, como el estado de completo bienestar físico (biológico), mental, psicológico y social, y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades ligeras, fuertes o graves, según la definición presentada por la Organización Mundial de la Salud, como he señalado y que fuera ampliada en 1992, al agregar al concepto "y en armonía con el medio ambiente"; adaptando el concepto al entorno que nos rodea¹.

Sin embargo me atrevería a asegurar que hay un olvido, ya no intencionado, en lo concerniente a la protección de la salud, del nasciturus, y las consecuencias jurídicas que resultan

1 Esta cuestión no es ajena a nivel constitucional, de forma tal que la Constitución española reafirma el Derecho a la salud, y a su protección de acuerdo a lo previsto en el artículo 43. De ahí que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad en su Título preliminar refrenda el Derecho a la protección de la salud, señalando en su artículo primero que el objetivo de la misma es hacer efectivo este derecho, reconocido constitucionalmente. Por ello, se han emborrinado muchas cuartillas sobre el menor, el incapacitado y en general sobre los derechos de las personas a ese bienestar, que se llama salud, derecho aprobado por la Carta Magna, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia española como internacional.

de la transmisión de determinadas enfermedades por parte de los padres a los hijos, en dependencia de cada caso; habida cuenta que algún sector o rama del ordenamiento jurídico le ha prestado en mayor o menor medida una atención a este tema, pero no la suficiente; aunque no podemos dejar de señalar que en otros órdenes del Derecho, la figura del concebido ha generado intereses y polémicas, así para el Derecho Constitucional, el Derecho Civil o el Derecho Penal, entre otros.

Las normas deben de ser eficaces, y poder tener una aplicación directa; de ahí que la figura del concebido o el embrión ha sido protegida, pero con diferente enfoque, porque resulta prácticamente imposible, poder regular determinados supuestos de hecho que entran dentro de los derechos de la madre, por ejemplo, a disponer de su propio cuerpo, o a decidir, como parte de su autonomía de la voluntad, como llevar un estilo de vida determinado, aun cuando esté embarazada, quedando prácticamente reducida la cuestión a un estrechísimo ámbito moral, familiar y de autorresponsabilidad de las personas.

Sin embargo, el Derecho de familia, con el paso del tiempo, y con la cada vez mayor incidencia estatal sobre muchas cuestiones, que antiguamente se quedaban reducidas al ámbito de lo estrictamente familiar, personal e íntimo de cada casa, también ha sufrido un vuelco en este sentido; cuestión que se ha acrecentado en los últimos años con la intervención del Estado en diversos temas de familia, en cuanto a la protección del menor y de los incapacitados con vistas a proteger sus intereses².

2 Afortunadamente, aunque no siempre con la mesura que estas cuestiones conllevan, hay intervenciones



Ha quedado relativamente lejos el embarazo como una cuestión restringida al ámbito de lo privado de cada mujer -por supuesto con la debida racionalidad-, lo cual desde mi punto de vista es una consecuencia de la evolución del Derecho de Familia, del concepto de familia y de las connotaciones sociales de las reformas legislativas en España, de la última década³, de ahí que cada vez más, se refuerza la tendencia de la posibilidad de que el Derecho de Daños incida en el ámbito de las relaciones familiares; derecho que siempre ha estado reservado a un ámbito estrictamente patrimonial.

El consumo de drogas de abuso en el período de embarazo de la mujer genera un riesgo, que no es posible obviar, y que afecta a varios ámbitos, la salud, la familia y el interés del menor. Estos riesgos pueden traducirse en el nacimiento de un niño con problemas físicos y mentales, y como consecuencia de ello, en un conjunto de situaciones éticas y jurídicas, una de las cuales estriba en el interés que debe prevalecer en esta relación, el de la procreación responsable o el derecho a la salud del concebido, en relación al derecho a procrear libremente, sin asegurarse ni tomar todas las precauciones, dentro de los límites que entraña la responsabilidad de un buen padre

por parte de determinados ministerios, como el Ministerio Fiscal, en cuestiones que otrora eran estrictamente particulares.

³ Coincido con Atienza que se ha superado la línea de pensamiento que marcaba las relaciones familiares de que las mismas eran inmunes al daño, con alegaciones como la preservación a toda costa de la familia, su armonía y estabilidad, protegiéndola de injerencias y reclamaciones. Vid. Atienza Navarro, M. L.: "La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural", en *Daños en el Derecho de Familia*, Thomson Aranzadi, 2006, p. 43.

de familia⁴, de aquellas conductas atentatorias respecto de la vida por nacer provocadas por el consumo de drogas.

Sin embargo, y aunque parece sencillo a primera vista, diversas son las cuestiones por las que habría que transitar, como por ejemplo: ¿Podríamos en base a todas estas disquisiciones establecer políticas de prevención sanitarias para proteger al más débil, en este caso el feto?; ¿Qué prevalece: por un lado la autonomía de la madre para elegir el tipo de vida que quiere llevar, con o sin consumo de drogas, o la posibilidad de establecer normas coactivas en este sentido?; Dar el bien jurídico que es la vida de una persona, ¿excluye la responsabilidad de que esa vida sea dañada y condenada a una carencia de calidad de vida?; ¿Son responsables los padres por ésto, estaríamos en presencia de un supuesto de responsabilidad civil con causa en la actitud negligente de éstos?; ¿Existe una impunidad para la madre en todos los sentidos por el daño ocasionado al feto por su actuar negligente?; ¿Puede el derecho establecer normas que impidan de forma coactiva a las madres a estos consumos? Estas son cuestiones que abarcan diversos ámbitos jurídicos, éticos y sociales, que no son de fácil respuesta.

ÁMBITO DE LA APLICACIÓN DE LA PROTECCIÓN AL CONCEBIDO

El ámbito de aplicación de la norma que protege al concebido es una cuestión preliminar

⁴ Si la diligencia del buen padre de familia es entendida como la obligación de actuar de manera diligente y con el debido cuidado en todo aquello que hacemos, con la toma de precauciones para ello, es un buen planteamiento para proteger al concebido en los actos realizados dañosamente por sus padres, previamente a su nacimiento. Cfr. artículo 1094 del Código Civil.



en el planteamiento de todos los problemas éticos y jurídicos que se generan en torno a la responsabilidad parental en relación a éste. El Derecho a la salud del *nasciturus* es una problemática que quizás se desdeñe un poco en este ámbito, porque ha sido más enfocado generalmente a la protección de la madre, que es en definitiva la receptora de la vida, y una vez nacido el niño, la protección ha versado siempre sobre el menor; y el interés que suscita en muchos ámbitos sociales y jurídicos, y en correspondencia con muchos aspectos, que son de importancia, pero sobre todo al nacer. Quedando relegada la cuestión a después del nacimiento, cabría preguntarse qué sucede cuando los actos irresponsables, sobre todo de la madre, afectan al ser humano que ha gestado, como puede ser el consumo de drogas u otras enfermedades como el Sida o aquellas de transmisión sexual que tienen consecuencias para la salud y el libre desarrollo de la misma. ¿Está el Derecho preparado para ello? ¿Podría proteger la ley al feto en estos casos para prevenir o para reparar el daño causado con posterioridad? ¿Cuál es el deber de los juristas y en general de la sociedad sobre estas cuestiones?

La primera premisa a considerar es que la protección no debe centrarse solamente en el derecho a la vida simplemente sino en la protección del embrión, sin polemizar para ello en el estatuto de éste, ni tampoco si se tiene el derecho a no nacer, porque entraríamos en una cuestión extremadamente peligrosa⁵. En

⁵ Ahora bien, ello no es impedimento para entender que existe un derecho a la salud, de ahí que cuando la causa de la enfermedad sea imputable a los padres por su conducta negligente, deberán responder. Se insiste en la idea de enfermedad, porque habrá que precisar

cualquier caso, si aplicamos lo regulado en el artículo 29 del Código Civil, no cabría compartir la idea de que el hijo, cuando se produce el daño aún no ha nacido, y no es titular de un derecho genérico a la salud, porque en virtud de esta norma, el concebido se tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables, y su derecho a la salud, y a su integridad, entrarían dentro de éstos⁶. Este puede ser un buen punto de partida del tema.

La protección, no debe centrarse sólo en la vida, sino también en el derecho que tiene el embrión a nacer, y a nacer con salud. Discutir su nacimiento o no y el derecho a nacer es vital, pero resulta casi más vital que nazca con el derecho a una vida sana. Los principios de la bioética también han de ser considerados en relación a este tema, y no deben marginarse con vistas a una futura regulación de esta pro-

en cada caso si se dan los requisitos de la responsabilidad civil, y ha de tratarse de taras que inciden en la salud tanto física como psíquica; por tanto, supuesto a supuesto deberá analizarse la citada responsabilidad. Apunta Atienza, analizando el comportamiento exigible a los padres: "Creo que el interés prevalente del hijo a una vida sana justifica la exigencia de ese deber de cuidado", Vid. La responsabilidad civil de los padres. En Daño en el Derecho de Familia, op. cit.; p. 65. 6 Lo desarrolla exhaustivamente Atienza y otros autores coincidiendo con la idea de que la mayoría de los países admiten que la responsabilidad civil puede surgir a consecuencia de conductas anteriores al nacimiento e incluso a la concepción del lesionado. Vid. op.cit. La responsabilidad civil de los padres. op. cit. p. 47. En este sentido resulta interesante la doctrina jurisprudencial italiana porque crea un precedente de anticipo, de una problemática vigente, al declarar en Sentencia de 15 de octubre de 1990 del Tribunal de Verona (Foro, it, 1991, I, 261) que el nasciturus es titular de un derecho al resarcimiento por el daño causado durante su gestación, ya que en estos casos sufre un daño injusto.



blemática⁷, pero siempre en relación a agentes externos de intervención sobre el feto, pero no sobre el efecto que producen las acciones directas de la madre embarazada sobre la salud de éste por determinados actos. Sin embargo, esto aún no es suficiente⁸.

7 *De ahí que en estudios avanzados de investigación biomédica en España se ha tratado algo sobre el tema, pero siempre en relación a agentes externos de intervención sobre el feto, pero no sobre el efecto que producen las acciones negligentes y directas de la madre embarazada sobre la salud de éste. Tenemos en este sentido lo previsto en la Ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación Biomédica, que en su artículo 19 regula cómo han de hacerse los estudios durante el embarazo y la lactancia estableciendo que: "1. Exclusivamente podrá autorizarse una investigación en la que participe una mujer embarazada, respecto a la cual dicha investigación no vaya a producir un beneficio directo, o sobre el embrión, el feto, o el niño después de su nacimiento, si se cumplen las siguientes condiciones: a) Que la investigación tenga el objeto de contribuir a producir unos resultados que redunden en beneficio de otras mujeres, embriones, fetos o niños, b) Que no sea posible realizar investigaciones de eficacia comparable en mujeres que no estén embarazadas. C) Que la investigación entrañe un riesgo y un perjuicio mínimos para la mujer y, en su caso, para el embrión, el feto o el niño, d) Que la embarazada o los representantes legales del niño, en su caso, presten su consentimiento en los términos previstos en esta Ley. 2. Cuando la investigación se lleve a cabo en una mujer durante el período de lactancia, deberá tenerse especial cuidado en evitar un impacto adverso en la salud del niño".*

8 *La doctrina jurisprudencial también ha sentado cátedra sobre el concebido, pero no en relación a su derecho a una vida sana. Así tenemos la conocidísima Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, que mantuvo que no puede estimarse fundada la tesis de que al nasciturus corresponda la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, la vida del nasciturus es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art 15 de la Constitución, reiterando que la citada protección que la misma dispensa implica para el Estado dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación y establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y por ello la protección debe ser penal. El Có-*

En el ámbito del Derecho Civil, la regulación ha recaído siempre en orden a la protección patrimonial del mismo, con escasa incidencia en todas las cuestiones que pueden generarse por el actuar negligente de los padres en relación a la salud del feto, y mucho menos en la disquisición que puede presentarse entre el derecho a procrear o el derecho al hijo versus el derecho a la protección de una vida sana futura, o el interés del hijo a una vida sana, o a un derecho a la salud⁹. La protección, por lo menos, en sede de derecho civil se ha centrado en la esfera patrimonial fundamentalmente, en lo relativo a los derechos hereditarios y a la donación exclusivamente¹⁰.

digo Penal regula las intervenciones sobre el feto, pero excluyen de responsabilidad a la madre. Cfr. artículos 157 y 158 del citado Código.

9 *En este sentido N. Ruiz Larrea, que introduce la cuestión, cuando advierte la existencia del interés prevalente del hijo a tener una vida sana. Vid. El daño de la procreación: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?", La Ley, 1998, D-62, t I, p. 2041. Lo clarifica y denomina como derecho a la salud, Atienza Navarro, M. L.: en Daños en el Derecho de Familia, op.cit., p. 65.*

10 *Esta afirmación se complementa con la conocida regulación del artículo 29 del Código Civil, que abre paso a la protección del mismo; después de señalar que el nacimiento determina la personalidad sigue diciendo "...pero al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables". Se trata en definitiva de establecer la retroacción de los efectos favorables al momento de la concepción; pero siempre que el concebido llegue a nacer y a adquirir la personalidad. Complementando la cuestión, el artículo 29 remite tácitamente al 627 y a lo previsto en los artículos 959 al 967, así como al 966. Igualmente el 61.2 reconoce al nasciturus capacidades para ser parte en los juicios civiles para todos los efectos favorables y los arts. 7.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señalan que por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representen. El nacimiento y sus requisitos se complementan con lo previsto en el artículo 30, de reciente modificación,*



Estas modificaciones no afectan el ámbito de la protección del concebido, que sigue manteniendo la regla de formación medieval, pero con origen romano, "*nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur*", que constituye un principio a todas luces hereditario¹¹. A pesar de esto la protección no resulta suficiente por su ámbito estricto de aplicación.

EMBARAZO Y DROGADICCIÓN. UN PROBLEMA SIN RESOLVER

La drogadicción y el consumo de otras sustancias en mayor o menor medida más aceptadas socialmente, constituye un problema sin resolver; no sólo entre los adolescentes y jóvenes, sino también en un sector, que podríamos llamar de riesgo en este sentido,

que ha quedado redactado por la Disposición Final Tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que ha dado al traste con la regulación clásica de la figura, de ahí que el otrora artículo 30 del Código Civil queda redactado en los siguientes términos: "La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno" (BOE núm 175 22 de julio del 2011).

11 *La finalidad de esta regla es la de evitar la preterición que se podían producir en las sucesiones por el nacimiento de un hijo póstumo, nacido luego de la muerte del padre, y por tanto, que no puede heredarle ni concurrir a la herencia con los otros herederos. Regla que se complementa con otras previsiones del Código y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya finalidad es la de establecer la retroacción de los efectos favorables al momento de la concepción, con vistas a razones de equidad en cuanto a que el concebido no sea perjudicado, ya no por su retraso al nacer, sino por haber nacido con posterioridad a la muerte de su padre. Vid. Montés Penadés, V. L.: al citar a De Castro, p. 189. Derecho Civil Parte General, Derecho de la persona, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.*

que son las embarazadas, que en la actualidad es un problema sin solucionar¹².

El consumo de drogas durante esta etapa, además de constituir una irresponsabilidad desde el punto de vista social y ético, es una situación de riesgo objetivamente palpable para el feto en orden al concepto de salud futura y al derecho a llevar una vida con calidad¹³.

Diversos estudios indican todo el perjuicio que genera el consumo de drogas y diversas sustancias sobre el feto¹⁴. La drogadicción, según refieren, es un problema emergente; habida cuenta que las drogas más consumidas, como tabaco, alcohol, cannabis, cocaína, tienen efectos negativos sobre el feto, afirma FÉRNÁNDEZ TRUÑAS, PREGO BONETE y PÉREZ MUNUZURI que: "*son más propensos a tener problemas en el neurodesarrollo, problemas de aprendizaje y atención, síndrome de déficit*

12 *Noticia tomada del periódico "20 Minutos", 7 de octubre 2011. El consumo de alcohol durante el embarazo y durante el primer trimestre especialmente puede producir alteraciones físicas y cerebrales en el feto, irreversibles y que no tienen un tratamiento efectivo. Así lo asegura la jefa de Patología Celular del Centro de Investigación Príncipe Felipe, de Valencia, Consuelo Guerri, quien expuso que no sólo puede causar la muerte sino malformaciones. Si la ingesta es crónica puede causar el síndrome alcohólico fetal (SAF) y el bebé puede sufrir retraso en el crecimiento y afectación al sistema nervioso.*

13 *Los estudiosos de la bioética igualmente han dedicado no pocas cuartillas al tema, pero siempre en relación al derecho a la vida de éste y a su protección, bien a favor o en contra, en relación a los temas del aborto, y si debe ser un derecho o no de la madre, la edad para decidir su admisión fuera de los casos restrictivos que antes de la aprobación de la Ley de Aborto (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo) regulara el Derecho Penal.*

14 *Vid. Facy F; Rabaud M; Andry M, Embarazo y tratamiento con metadona, Sección Europea, Adicciones 2003, Volumen 15, Número 3.*



de atención por hiperactividad, necesitando una mayor vigilancia y estimulación a nivel escolar y familiar para mejorar sus resultados"¹⁵. Proponen soluciones como el trabajo coordinado entre trabajadores sociales, psicólogos, y la necesidad de un enfoque multidisciplinario de este tema; cuestión acertada, y que debe empezar desde la escuela.

Otros trabajos igualmente desarrollan la problemática de la drogadicción en el embarazo como algo urgente y como una cuestión de riesgo, y lo más alarmante es que investigaciones sobre la capacidad potencial de la exposición prenatal a una droga señalan que esto induce en alteraciones posteriores de autoadministración de droga¹⁶. Peor aún es el destino social de ese niño¹⁷.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES EN VIRTUD DE UNA PROCREACIÓN NEGLIGENTE

El tema a nivel doctrinal desde el punto de vista jurídico ha despertado poco interés, quizás, porque, me atrevo a aventurar, es una situación que puede abordarse más desde una visión de la bioética, y desde marcos de prevención y planes de salud a nivel nacional,

15 Fernández Truñas, M Del C; Prego Bonete, R; Pérez Muñuzuri, A: *Drogadicción en el embarazo: un problema emergente*, *Salud y Calidad de Vida, Metas de enfermería*, septiembre 2008, 11 (7): 50-55.

16 Calvo Botella, H: *Maternidad, infancia y drogas: implicaciones clínicas*, *Adicciones*, 2004, Volumen 16, Núm 4, p. 1 y 14.

17 Como señala Calvo Botella, la rehabilitación de la drogodependencia no conlleva automáticamente las habilidades para desarrollar las funciones de padre, sin contar con los conflictos sociales y personales para el menor que pueda haber encontrado durante la rehabilitación de la madre otros afectos y luego deba abandonar ese entorno. *Vid. op. Cit.*; p. 14.

en relación con las madres embarazadas y los padres en general, que directamente desde una visión jurídica, porque la intervención del Derecho sólo puede en principio razonarse una vez que el daño ha sido causado, y no en todas las ocasiones¹⁸.

Recientemente la doctrina en la materia, ha comenzado a plantear y desarrollar una visión más civilista de la cuestión, llevando el tema al terreno de la responsabilidad civil por estos actos, intentando conseguir una solución paliativa por llamarlo de alguna manera de esta problemática, que afecta a generaciones futuras, como apunta ATIENZA en este sentido¹⁹, al extender al ámbito de la responsabilidad extracontractual los llamados daños de procreación, cuando sean imputables a los progenitores. Matizando la cuestión dice ROCA TRÍAS²⁰ que aunque en el Derecho español

18 Sobre ello destaca el planteamiento de Ruiz Larrrea cuando advierte que, a pesar de las cuestiones jurídicas e interesantes que el tema trae consigo, estamos en presencia de un tema que no ha preocupado a la doctrina española especialmente. Dice sobre ello el citado autor: "en efecto, tratar de establecer si en los casos de enfermedad o defectos genéticos heredados por los hijos surge la responsabilidad civil de los padres exige tomar en consideración múltiples aspectos que guardan una estrecha relación con el supuesto. Así, la decisión que se adopte en este tema puede tener repercusión sobre las relaciones familiares (relaciones paterno-filiales fundamentalmente) y en general sobre la sociedad, porque no hay que olvidar que son estas facetas del Derecho las que provocan la reacción de los ciudadanos por ser las más cercanas a ellos. Y viceversa, las cuestiones que inciden directamente en el Derecho de familia son las que sufren una mayor influencia externa: ideas de orden moral y social; divagaciones teológicas, creencias religiosas". *Vid. "La responsabilidad civil de los padres. op. Cit.*; p. 44.

19 *Vid. Responsabilidad de los padres...*, *op. Cit.*; p.43.

20 Roca Trías, E: "La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de conyu-



se ha escrito poco sobre la responsabilidad civil en las relaciones de Derecho de Familia, ello no significa que se parta de una regla de inmunidad absoluta, sino que es posible acudir a lo previsto en el artículo 1902 cuando no hay regla especial²¹.

Aunque cabe decir que no toda la doctrina está conforme con la idea de exportar el Derecho de Daños en los casos de procreación natural, con padres conscientes de la probabilidad en el futuro de transmitir a los hijos enfermedades genéticas hereditarias o infecciosas²².

La doctrina en la materia distingue entre varios supuestos, y, en dependencia de ellos, adopta una posición u otra²³. Llegados a este punto, podría decirse que falta un consenso

ges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”, en Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio, Madrid, Ed. Dykinson, 2000, p. 533-536.

21 *Hay que tener en cuenta que si bien el artículo 1903 del Código Civil regula algún supuesto de responsabilidad de los padres por los hijos, es en referencia a actos realizados por estos (responsabilidad por hecho ajeno), pero no es un artículo previsto para daños realizados directamente por los padres respecto de la salud de sus hijos, ya sea negligentemente o dolosamente.*

22 *Sostiene esta tesis, Martínez Granizo, a aplicar más que el concepto de responsabilidad civil, el de obligación natural, por considerar el primero un concepto demasiado áspero, y por la carencia de un nivel cultural medio por parte de los españoles en relación a la genética. Indica, por tanto, que debería intentarse una compensación económica en relación al hijo que ha nacido bajo estas circunstancias, y la concertación de un seguro especial, o incluso aventura la posibilidad de mejorar a este hijo en el caso de la existencia de otros descendientes. Vid, La incapacitación y figuras afines, Ed. Colex, 1987, p. 54.*

23 *Atienza Navarro, M. L., Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural, Revista Española de Drogodependencias, 2008, p. 95.*

doctrinal sobre la cuestión, aunque sí hay un punto en que existe bastante coincidencia: que constituye un problema emergente, tanto jurídico como bioético y social, encontrar la protección de alguna manera del concebido, ante supuestos de negligencia médica o del personal sanitario, o por falta de información de éstos²⁴, o por la falta de diligencia de los padres, y, en especial de la madre, en relación al consumo de drogas.

Partiendo del derecho a la salud que corresponde a todo ser humano, está demostrado científicamente que el consumo de drogas, son factores de riesgo para la salud del feto. Sin embargo, nos encontramos con la colisión de dos derechos que entran en juego: por una parte, la libertad de procreación, y por otra, el interés de la salud futura del menor²⁵.

Distintos son los argumentos, que ofrece la doctrina española para lograr un acercamiento a una cuestión no regulada concretamente, por lo menos en el Derecho Civil. Algunos autores²⁶ recurren a las obligaciones naturales para

24 *Vid. De Verda, Beamonte, J.R.: Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano, en Daños en el Derecho de Familia, Thomson Aranzadi, 2006, p. 19.*

25 *Sobre ello razona acertadamente Medina, G.: Daños en el Derecho de Familia, Buenos Aires, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2002, p. 303, que el ejercicio de libertad de procreación encontraría como límite el derecho de los demás; en particular, el derecho e interés del niño a nacer sano.*

26 *Ruiz Larrea, Vid. El daño de procreación..., op. cit.; p 4. En este orden señala la autora: “Parece efectivamente que los daños sufridos por los hijos pudieran tener cabida en esta última causa originadora de las obligaciones naturales -aquí la autora hace referencia a la obligación derivada de un deber moral- y continúa diciendo: si no se estima conveniente que los padres sean declarados responsables civiles de los daños físicos o psíquicos que sus hijos padecen por su ac-*



ofrecer alguna solución al tema, pero con la dificultad añadida que la obligación natural cae en el terreno del deber-ser; aunque no tienen trascendencia a nivel jurídico, quedando la vía expedita a la responsabilidad civil. Otros autores de reconocido prestigio se inclinan por la responsabilidad civil en determinados casos²⁷.

tuación negligente, al menos es innegable que aquellos tienen el deber moral de tratar de reparar ese mal en cuanto sea posible. No obstante, esta solución presenta el problema de que la obligación natural no es una figura que esté unánimemente aceptada y sus detractores parten de la idea de que los deberes extrajurídicos no tienen (ni han de tener) ninguna trascendencia a nivel jurídico". Termina la cuestión encontrando que la responsabilidad civil extracontractual es la vía factible para resolver las actuaciones negligentes de los padres y desarrolla con amplitud los requisitos necesarios para ello. Vía que ha de limitarse por lo menos por ahora, en supuestos de responsabilidad extracontractual basada en criterios de imputación subjetiva, porque extenderla a la responsabilidad objetiva es un criterio inaplicable.

27 Al analizar la responsabilidad, apunta Panta-león, que en estos casos se estaría predicando por la transmisión de alguna enfermedad una suerte de responsabilidad por acto lícito, sin que por hoy ninguna ley lo regule, sin embargo acertadamente señala que si bien las normas de la responsabilidad civil no cumplen función punitiva, sino la distribución del daño, pero si la atipicidad de las acciones originarias de la obligación indemnizatoria, y los operadores jurídicos siempre podrían deducir esta regla del ya establecido sistema de responsabilidad. Vid. *op. cit.*, p. 275. La doctrina americana más recientemente ha introducido dos nuevos conceptos íntimamente relacionados con esto, son las *wrongful birth actions* (WBA) y *wrongful life actions* (WLA). Las primeras son aquellas acciones que son intentadas por los padres de un niño que nace con retardo o enfermedades severas, que probablemente hubiera determinado que los padres se decidieran por el aborto. Las segundas se traducen en aquellas acciones intentadas por la persona que ha nacido con el retardo o deformidad y se dirigen contra el facultativo médico que trató a la gestante durante el embarazo, y encuentran su justificación en la falta de información o de diagnóstico a los padres durante el período prenatal sobre el posible riesgo. Vid. De La Maza Gasmuri, I: *Plegarias atendidas: Procreación*

También se amplía el concepto de procreación responsable frente a la total libertad de procreación, concepto que, como advierte ATIENZA²⁸, permitiría obligar a los padres a asumir la responsabilidad por los daños acarreados a los hijos²⁹.

DE VERDA apunta, sin embargo, que la tesis que considera como daño resarcible el nacimiento de un niño con una deficiencia está haciendo cumplir a la responsabilidad civil una función asistencial, que no le es propia, concluyendo sobre el carácter reparador, y no asistencial, de la responsabilidad civil extracontractual³⁰.

asistida y Wrongful Life Actions, en Daños en el Derecho de Familia, Thomson Aranzadi, 2006, p- 78 y 79.

28 Vid. *Enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural, op. cit.* p. 104. Su planteamiento resume una clara idea central que comparto, la de que una cosa es poder decidir libremente acerca de la reproducción, habida cuenta que el Derecho no puede prohibir ni puede interferir en la libertad sexual y de procreación de personas que padecen alguna enfermedad, y otra, bien distinta es asumir las consecuencias y el coste, no sólo con la asistencia necesaria, sino con la indemnización. En igual sentido, Zannoni, E: *Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida), en Derecho de Daños (en homenaje a Mosset Iturraspe, J), Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1989, p. 619 y siguientes.*

29 Este concepto ha sido también tratado por algún sector de la doctrina latinoamericana, entendiéndose que un valor básico es la salud tanto de los progenitores como del concebido, al hacer referencia a los medios de planificación familiar; y a las necesidades potenciales del futuro menor. Manzanera, M: *Procreación responsable. Criterios bioéticos, Cuadernos de Bioética, 1996, Volumen VIII, número 25, 1º, p. 24.*

30 Aborda la cuestión en relación al personal médico. Menciona la doctrina francesa sobre la cuestión, en base a la dirección marcada en Francia por la Ley número 200-303, el cual coloca a cargo de la solidaridad nacional, las especiales necesidades de atención económica de las personas deficientes, excluyendo, ex-



FALCÓN ROMERO y LUNA MALDONADO ofrecen un punto de vista diferente, al considerar como necesaria la intervención social, en razón al consumo de drogas durante el embarazo³¹, proponiendo una solución, que significaría un cambio legislativo importante, advierten los autores que si se considera la adicción una situación patológica, que implica una alteración de la voluntad y una pérdida de la libertad de decisión, que limita la responsabilidad penal, en base a este hecho, podría intervenir. Habría que añadir en este sentido lo previsto en el artículo 29 del Código Civil español, extendiendo los efectos al ámbito del derecho genérico a la salud del nasciturus³².

presamente, que los padres pueden dirigir demandas de responsabilidad civil por este concepto contra los profesionales sanitarios, que no hubieran diagnosticado dichas deficiencias durante el embarazo. Vid. op. cit.; p. 39.

31 *Las razones que argumentan son válidas, porque hacen referencia al coste sanitario y social para subvencionar las necesidades del recién nacido, y el soporte social continuado, igualmente entienden que estamos en presencia de un ser vulnerable que sufre la acción imprudente de la madre, y como consecuencia se produce un daño. Vid. Falcón Romero, M y Luna Maldonado, A: Problemas ético-jurídicos en el consumo de drogas durante el embarazo, Cuadernos de Bioética, 2007, XVIII, 2ª, p. 243.*

32 *Aunque las consecuencias nefastas y perjudiciales para el feto y su salud seguirían estando; habida cuenta que la responsabilidad civil sólo es posible a partir del daño causado, lo ideal sería la actuación preventiva para evitar llegar a soluciones jurídicas, que si bien son resarcitorias, nunca compensarían el derecho de una persona a nacer sano, o por lo menos con las condiciones requeridas para conseguir este derecho; evidentemente el desequilibrio entre el derecho a la salud del feto y la libertad de la persona para consumir determinadas sustancias está presente: sin embargo, imponer una ley a la embarazada en este sentido sería una tiranía sobre los derechos individuales. Aunque, como advierte Pantaleón Prieto, la responsabilidad civil en estos casos es un medio de desincentivar una planificación familiar irresponsable, no*

Ello significaría un cambio conceptual importante para el Derecho³³.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Evidentemente la legislación actual no ofrece, tal como está diseñada, una protección efectiva y real para el concebido y no nacido, frente a las acciones de los padres, o concretamente de la madre embarazada. Acciones que en este trabajo son referidas al consumo de drogas en general, y que pueden ocasionar daños reales a la vida y sobre todo a la calidad de vida futura del niño.

El ámbito de protección del concebido es estrecho y se reduce a esferas patrimoniales, pero quedan muchas cuestiones sin resolver, como la responsabilidad de los padres ante sus propias conductas que pongan en riesgo la salud del menor, o, si debe prevalecer la procreación responsable frente al derecho de libertad de procreación, entre otras disquisiciones bioéticas, sociales y jurídicas. Cuestiones de complejidad porque entran dentro de la esfera de lo privado, pero que desde mi punto de vista tienen que resolverse, ya no sólo con un replanteamiento de las leyes vigentes, sino con una interpretación y aplicación de la

limitando la solución a la obligación de alimentos, sino a la indemnización. Vid: Procreación artificial y responsabilidad civil, en la Filiación a finales del S. XX. Problemática planteada en los avances científicos en materia de reproducción humana, II Congreso mundial vasco, Ed. Trivium, 1998, p.276.

33 *Falcón Romero, M y Luna Maldonado, A, op. cit; p. 243- 244. Sin embargo, desde el punto de vista de la práctica jurídica resulta por lo menos, dado el Estado de derecho y democrático en que se desenvuelve la sociedad española, bastante impensable, teniendo en cuenta los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente y el tratamiento que se le ofrece al feto o embrión en este ámbito.*



norma, haciendo prevalecer en todo caso el interés del menor, y su derecho futuro a llevar una vida con calidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Atienza Navarro, M. L. (2006). "La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural", en *Daños en el Derecho de Familia*, Thomson Aranzadi.

Atienza Navarro, M. L. (2008). Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural. *Revista Española de Drogodependencia*, 33(1).

Calvo Botella, H. (2004). Maternidad, infancia y drogas: implicaciones clínicas. *Adicciones*, Volumen 16, Núm. 4.

De La Maza Gasmuri, I. (2006). Plegarias atendidas: Procreación asistida y Wrongulf Life Actions, en *Daños en el Derecho de Familia*, Thomson Aranzadi.

De Verda Beamonte, J.R. (2006). Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano, en *Daños en el Derecho de Familia*, Thomson Aranzadi.

Facy, F., Rabaud, M. y Andry, M. (2003). Embarazo y tratamiento con metadona, Sección Europea. *Adicciones*, Volumen 15, Número 3.

Falcón Romero, M. y Luna Maldonado, A. (2007). Problemas ético-jurídicos en el consumo de drogas durante el embarazo. *Cuadernos de Bioética*, XVIII, 2ª.

Fernández Truñas, M. C., Prego Bonete, R. y Pérez Muñuzuri, A. (2008). Drogadicción

en el embarazo: un problema emergente, *Salud y Calidad de Vid., Metas de enfermería*, 11(7): 50-55.

Manzanera, M. (1996). Procreación responsable. Criterios bioéticos. *Cuadernos de Bioética*, Volumen VIII, número 25, 1ª.

Martín Granizo, M. (1987). *La incapacitación y figuras afines*. Ed. Colex.

Medina, G. (2002). *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni.

Montés Penadés, V. L. (2003). *Derecho Civil Parte General, Derecho de la persona*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Pantaleón Prieto, F. (1998). "Procreación artificial y responsabilidad civil", en *Filiación a finales del S. XX. Problemática planteada en los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso mundial vasco, Ed. Trivium.

Roca Trías, E. (2000). "La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil", en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Ed. Dykinson.

Ruiz Larrea, N. (1998). El daño de la procreación: "Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos". *La Ley*, D-62, t I, p. 2041.

Zannoni, E. (1989). "Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)", en *Derecho de Daños* (en homenaje a Mosset Iturraspe, J.). Buenos Aires: Ed. La Rocca, p. 619 y siguientes.