

Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)

por

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada

Doctora en Derecho

SUMARIO

INTRODUCCIÓN AL TEMA.

RECLAMACIÓN DEL HIJO Y DE LA MADRE CONTRA EL MÉDICO: PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y SUPUESTOS PRÁCTICOS:

INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO.

ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

LA VIDA COMO DAÑO: ANÁLISIS Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA:

EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH*.

EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*.

EL RECHAZO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*.

EL DAÑO AL MARGEN DE LA VIDA DEL NIÑO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*.

LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL NIÑO PARA RECLAMAR POR CUALQUIER DAÑO: PROBLEMÁTICA JURÍDICA.

LA PROBLEMÁTICA DE LOS DAÑOS PATRIMONIALES EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*.

LA NO ABSOLUTIZACIÓN DEL BIEN VIDA.

EL DAÑO EN EL MARCO DE LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL O ASISTIDA:

ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA EN LA ACTUALIDAD.

EL NEXO DE CAUSALIDAD EN LAS ACCIONES DE *wrongful birth* Y *WRONGFUL LIFE*.

LA INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL: EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR.

LA CULPA DE LA VÍCTIMA COMO INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL:

LA INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL EN LAS ACCIONES DE *wrongful birth*.

LA INTERVENCIÓN DE TERCERO COMO HECHO INTERRUPTOR DEL NEXO CAUSAL.

SENTENCIAS EN RELACIÓN CON LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*:

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE 10 DE OCTUBRE DE 2001.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 5 DE MAYO DE 1998.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, DE 31 DE MARZO DE 2000.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ, DE 31 DE DICIEMBRE DE 1999.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN, DE 8 DE MARZO DE 2001.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE 5 DE ABRIL DE 2001.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1998.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA, DE 11 DE JULIO DE 2002.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES, DE 6 DE JUNIO DE 2001.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA, DE 18 DE ENERO DE 1999.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE FEBRERO DE 1999.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE 8 DE MAYO DE 2000.

INTRODUCCIÓN AL TEMA

Uno de los temas más complejos que tiene, en la actualidad, planteados el Derecho de Familia (y, en general, el Derecho de la persona), es el relativo a las demandas, de carácter civil, presentadas en relación con el nacimiento de un hijo con deformidades, taras físicas y/o psíquicas o deficiencias en general.

Estas demandas se interponen, generalmente, contra el Hospital y/o el facultativo que atendió a la paciente, siempre que éste no cumpla correctamente, u omite, el deber de información a la madre sobre la existencia en el feto de deficiencias graves, que, de haber sido conocidas, la habrían facultado para interrumpir el embarazo, siempre, naturalmente, dentro de las veintidós primeras semanas de gestación, tal como nuestra Ley penal prevé (art. 417 bis del Código punitivo de 1973).

Existen dos posibilidades dentro del marco que estoy contemplando:

1.^a Posibilidad de que el hijo nacido con deficiencias pueda ejercitar contra el facultativo que atendió a su madre y no detectó las taras, una acción de resarcimiento por negligencia en el ejercicio de la profesión, reclamando la reparación del daño consistente en haber nacido. Es decir, se reclama por el hijo la «reparación» de la vida, algo que, a primera vista, pudiera parecer extraño y hasta contradictorio; y

2.^a Posibilidad de que sea la madre la que se dirija contra el facultativo que la atendió durante la gestación, al no haber cumplido correctamente

su deber de informar, privándola, en consecuencia, de la facultad legal de abortar.

RECLAMACIÓN DEL HIJO Y DE LA MADRE CONTRA EL MÉDICO: PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y SUPUESTOS PRÁCTICOS

Voy a detenerme, en primer lugar, en las reclamaciones que los hijos y los progenitores pueden interponer contra el facultativo que atendió a la madre durante el embarazo y que no cumplió con su deber de información.

Estimo oportuno hacer unas breves consideraciones sobre el deber de informar del facultativo.

INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO

La obligación legal del médico implica suministrar información al paciente sobre su enfermedad. Generalmente suele emplearse el término «consentimiento informado», que es de origen norteamericano. Sin embargo, en nuestro país, el deber médico de información, clave en la responsabilidad civil del facultativo, es un deber autónomo y previo al consentimiento, ya que el incumplimiento de la obligación se produce antes de la emisión del consentimiento. Para consentir, primero hay que conocer lo que se está consintiendo. Si no se conoce, mal se podrá consentir, o se consiente en el vacío.

Como ha expresado a este respecto Víctor AMAYA RICO (1), el paciente lo espera todo del médico y la persona afectada por la enfermedad se empequeñece necesariamente y queda desvalida. De ahí que el Ordenamiento Jurídico proteja al paciente, y el médico que tenga una actuación incompatible con la buena fe y la confianza en él depositada incurre en responsabilidad civil.

En este sentido, es imprescindible delimitar la extensión y los límites del deber de información, que consiste en facilitar al paciente el efectivo conocimiento del pronóstico, riesgos y alternativas del tratamiento, así como de las posibilidades de éxito y precauciones necesarias.

Para que exista un consentimiento libre del paciente, este último tiene derecho a la libre elección entre las opciones que el facultativo le presente. La información que el médico ha de dar ha de ser objetiva, veraz, completa y asequible, teniendo, a su vez, en cuenta múltiples factores, como lo son la capacidad de comprensión y decisión del paciente, evitando la inoportunidad.

(1) AMAYA RICO, Víctor, «El deber médico de información: un derecho fundamental», en *La Ley*, Tomo I, 2002.

A mi juicio, es muy importante que la información que se suministra al paciente sea clara y concisa —que no quiere decir que sea incompleta—, evitando los tecnicismos médicos que pueden inducir a confusión al paciente, cuando éste es lego en cuestiones de medicina.

Una vez examinado el deber de información del médico, paso a estudiar seguidamente el tema de las reclamaciones efectuadas por los hijos nacidos con deficiencias físicas y/o psíquicas en el marco de la responsabilidad civil.

ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Para entrar en la cuestión que estoy tratando, es imprescindible examinar, en primer lugar, un antecedente jurídico importante que, aunque fuera de nuestro país, conmocionó a la opinión pública. Me estoy refiriendo al caso «Perruche», resuelto por la sentencia de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación Civil, en fecha 17 de noviembre de 2000.

Se trata de un fallo jurisprudencial interesantísimo y que tuvo su origen en una demanda de responsabilidad civil presentada por los padres de una niña que había nacido con rubéola, enfermedad que no había sido detectada por el médico que había atendido, en su día, a la madre, ni tampoco por el laboratorio de biología médica que le había realizado las pruebas pertinentes.

La madre había contraído la enfermedad estando embarazada y mantenía que, de haber sabido que su hija iba a nacer con rubéola, habría interrumpido su embarazo.

La Corte de Casación estimó la demanda, razonando que, desde el momento en que las faltas médicas, cometidas por el facultativo y por el laboratorio, habían privado a la madre de la opción de interrumpir el embarazo, con cuyo ejercicio podría haber evitado el nacimiento del niño, dicho niño podría demandar la reparación del perjuicio resultante de tal «handicap», el cual fue causado, a juicio de la Corte de Casación, por la negligencia de los profesionales sanitarios.

El fallo admitió, en definitiva, la indemnización del daño consistente en haber nacido el niño con deficiencias que, de haber sido previamente conocidas por la madre, le hubieran permitido abortar. Afirmó, asimismo, la Corte de Casación, que existía un nexo de causalidad entre la actuación culpable del médico y del laboratorio y la enfermedad con la que el niño nació.

Esta última tesis se ha visto contradicha por las apreciaciones que ha realizado acerca de este fallo José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (2), que, al estudiar este complejo supuesto, expresaba que la causa por la que la niña

(2) DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano», en *Daños en el Derecho de Familia*, Editorial Thomson Aranzadi, 2006.

nació enferma no fue la negligencia de los profesionales de la Medicina, ni nació con rubéola porque el diagnóstico prenatal no hubiera detectado dicha enfermedad, sino porque le fue contagiada en el útero de su madre y por ésta misma. A juicio de este jurista, fue una desgracia de la que no se puede culpabilizar ni al médico, ni al laboratorio, ya que, aunque éstos hubieran detectado la enfermedad, ésta no se podría haber evitado.

Esta tesis es correcta, desde luego, aunque tiene el inconveniente de ser incompleta, porque, en los supuestos de omisión, como éste, hay que imputar el resultado lesivo y se trata de hacer una imputación objetiva, no de hablar de nexos de causalidad que, en este caso, son altamente problemáticos y no conducen a ningún resultado práctico ni a ninguna solución jurídica. Lo que está en juego, desde mi punto de vista, es determinar si, efectivamente, hay vidas que no merece la pena que sean vividas, o, en otras palabras, si es mejor no nacer que vivir con taras y/o deficiencias físicas y psíquicas de por vida, sin que en el estado actual de la Ciencia Médica quepa ninguna solución o, al menos, un cierto remedio.

La omisión del facultativo —y del laboratorio biológico—, al no informar a la gestante de la enfermedad que el feto presentaba, sí fue causante de la producción de un daño, pero ese daño consiste, exclusivamente, en el nacimiento de la niña, que fue, precisamente, el resultado dañoso finalmente producido. La evitabilidad de este resultado es el factor determinante a la hora de encauzar estas pretensiones indemnizatorias en el marco de las relaciones familiares.

Voy a referirme ahora a un Dictamen del Consejo de Estado, de 21 de diciembre de 2000, recaído en un expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración General del Estado (Ministerio de Sanidad y Consumo) por deficiente asistencia sanitaria.

El supuesto se recondujo a lo siguiente: una mujer, cuyos tres hermanos varones habían nacido deficientes mentales a causa de una etiología no bien conocida por aquel entonces, fue objeto de estudios y análisis clínicos en el Hospital Ramón y Cajal de Madrid y, por encargo de éste, en el South Western Regional Cytogenetics Center de Bristol, a consecuencia de los cuales, ya en 1980, se llegó a la conclusión de que la paciente tenía un 50 por 100 de probabilidades de ser portadora de una enfermedad hereditaria identificada con el nombre del x-frágil —referida al cromosoma x— y sus futuros hijos un 25 por 100 de nacer enfermos.

A sabiendas de ello, la paciente contrajo matrimonio en 1981 y, para evitar riesgos, optó por someterse a una intervención de ligadura de trompas, rechazando la alternativa que el Hospital Ramón y Cajal le ofrecía de abortar, en su caso, para poder analizar el feto. A pesar de la intervención quirúrgica, quedó embarazada, pero un aborto natural frustró el nacimiento del hijo varón concebido.

En 1990, esta mujer contrajo nuevo matrimonio, fruto del cual tuvo una hija en 1991, que nació normal, y al año siguiente volvió a quedarse embarazada y se le practicaron nuevos análisis que no dieron resultado positivo, en el sentido de que el feto estuviera afectado por dicho síndrome. En 1993 dio a luz a un hijo varón aparentemente normal, pero, poco a poco, se fueron manifestando en él signos de la enfermedad hereditaria, confirmados como síndrome de x-frágil por análisis efectuados en octubre de 1996.

El 2 de julio de 1997, la mujer y su esposo presentaron ante el Ministerio de Sanidad y Consumo, del que depende el Hospital Ramón y Cajal, una reclamación de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1992, reclamando una importante indemnización por los daños físicos, las secuelas y los daños morales de su hijo; por las limitaciones para la procreación que iba a soportar su hija, y por los daños morales padecidos por los padres. Todos estos daños se imputaban a la Administración Sanitaria por la deficiente atención prestada y, en particular, porque en uno de los análisis practicados a la mujer se padeció en el laboratorio del hospital una equivocación en el etiquetado de las muestras, lo que condujo a un error de diagnóstico a causa del cual la reclamante perdió la oportunidad de abortar.

El Dictamen del Consejo de Estado abordó directamente la cuestión de fondo, llegando a la conclusión de que los daños invocados no eran imputables a la Administración Sanitaria, al no estar acreditada la relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público, que, en dicho momento, actuó con arreglo, según el Dictamen, a la *lex artis ad hoc* y a los medios disponibles.

El planteamiento del Dictamen, por lo que respecta a la omisión del servicio sanitario no está bien enfocado, ya que no cabe hablar, en las omisiones, de relación de causalidad, sino de imputación objetiva.

Por otra parte, el Dictamen hace referencia a los errores que se produjeron en el etiquetado de las muestras a analizar, calificándolos de mera hipótesis, ¿hubo error o no lo hubo? Ésta es la pregunta que queda en el aire sin responder, pero, al parecer, es evidente que sí lo hubo.

En cuanto a la decisión de abortar, o no, de la gestante, también es calificada de mera hipótesis que no autoriza a hacer responsable a nadie de daños que no le son imputables.

LA VIDA COMO DAÑO: ANÁLISIS Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA

No cabe duda que, en el estudio de esta problemática tan compleja y delicada, cobra un especial relieve el factor daño, o perjuicio, a efectos de entender el por qué de las acciones denominadas de *wrongful birth* y de *wrongful life*.

El daño es un factor esencial del que no se puede prescindir en sede de responsabilidad civil. Pero, en estas acciones citadas, el daño va a ser, precisamente, uno de los temas más polémicos, porque entran en juego determinados derechos y valores, como el derecho a la vida o el derecho a la integridad física y/o psíquica, que contribuyen a tornar más complejo este tema.

El daño va a ser un factor que voy a estudiar seguidamente distinguiendo, según se trate, de las acciones de *wrongful birth* o de las denominadas de *wrongful life*.

EL DAÑO DE LAS ACCIONES DE *wrongful birth*

Las acciones de *wrongful birth* son aquellas por las que se reclama responsabilidad a un profesional sanitario —o a varios—, cuya conducta ha permitido, en determinadas circunstancias, que se haya producido el nacimiento o la concepción de un hijo con deficiencias o taras físicas y/o psíquicas.

Efectivamente, el nacimiento de un hijo en estas penosas circunstancias, causa a los progenitores unos gastos importantes, unos desembolsos económicos ciertamente grandes. Todo ello se podría haber evitado si el hijo no hubiera nacido. Aunque es duro decirlo, el nacimiento del hijo conlleva unos importantes perjuicios patrimoniales, pero también morales, que se concretan en el sufrimiento experimentado por los padres al conocer que tienen un hijo discapacitado. Este sufrimiento se prolonga en el tiempo, con carácter de permanencia.

El Tribunal Supremo, en nuestro país, ha partido de la consideración, en algunas sentencias que más tarde analizaré, del derecho de la madre a ser indemnizada en aquellos supuestos en los que no haya sido informada correctamente acerca de los problemas de salud con que nace su hijo; problemas que, de haberlos sabido con la debida antelación, la habrían facultado para abortar, o, en otras palabras, la habrían posibilitado ejercitar su derecho al aborto. Se entiende, en estos supuestos, que el nacimiento de un ser humano que padece, por ejemplo, mongolismo —síndrome de Down— es un perjuicio o daño, consistente en el impacto psíquico que supone para los progenitores el haber creado a una persona discapacitada que, previsiblemente, no podrá valerse por sí misma a lo largo de su trayectoria vital. Recordemos que las personas con síndrome de Down pueden llegar a alcanzar edades medianas, lo que supone que, en algún momento de su vida, es más que probable que hayan de ser atendidas por personal asalariado, con los consiguientes gastos que ello implica.

El daño resulta no sólo del hecho de haber privado, de modo negligente, a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su nueva situación personal y familiar y de consentir dar la vida a un nuevo ser, sino de los efectos que

esa privación conlleva. Son daños susceptibles de ser valorados económicamente y, en consecuencia, de ser reparados, y ello con un doble contenido o aspecto: moral y patrimonial.

Si nos centramos, brevemente, en una teoría del daño, en nuestro Ordenamiento Jurídico, cabe entender que daño es todo menoscabo que, a consecuencia de un determinado evento, sufre una persona en sus bienes vitales naturales, en su propiedad o en su patrimonio, definición que procede de la doctrina alemana (3).

Junto a esta teoría, hay que sostener que sólo son relevantes los daños que se producen contraviniendo una norma jurídica, tal como exponía, con brillantez, Jaime SANTOS BRIZ (4), o los que frustran expectativas aseguradas por el Derecho (5), o, según una tesis intermedia, que define el daño relevante conforme a intereses dignos de tutela jurídica protegidos o valorados por el legislador (6).

Cuando se interpone una acción —o demanda— por *wrongful birth*, se suele centrar la atención en las consecuencias directas que derivan del falso negativo imputable subjetivamente al facultativo y, en concreto, en relación a la actuación que podrían haber tenido los progenitores. En este sentido, se parte de que la actuación negligente del profesional sanitario, procedente de su ámbito de control, se traduce en un falso negativo, produciendo un defecto —o ausencia, a veces— en la información que reciben los progenitores respecto de los riesgos que amenazan a la futura descendencia —diagnóstico preconcepcivo—, o concretado —el daño— en la descendencia ya concebida. A mi juicio, de lo que se trata, dicho en otras palabras más sencillas, es de un error de diagnóstico, o de un defecto en sede de consentimiento informado. Hay que tener en cuenta que se consiente, por lo general, sobre un tema que se conoce, o sobre los datos sobre los que se ha informado previamente, pero, si no hay información, o esta información está viciada, evidentemente hay posibilidad de accionar procesalmente en función de estos parámetros.

En las acciones de *wrongful birth* —que es la acción objeto de estudio ahora y que traducida literalmente significaría «erróneo nacimiento» o «nacimiento inapropiado»—, la privación a los progenitores de la facultad de decidir pasa a ser caracterizada como daño, asegurándose, de este modo, la posibilidad de accionar procesalmente exigiendo responsabilidad al profesional sanitario, y estableciendo, como daño, un evento *a priori*.

(3) OSTHEIDE, S., *Die schadenersatzrechtliche problematik des unerwünschten des deutschen zivilrecht*, peter lang, Frankfurt am main, 2000.

(4) SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*. Temas Actuales, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001.

(5) BUSTO LAGO, J. M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

(6) DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

Tengamos en cuenta que la facultad de decidir —en este caso, decidir la madre si da a luz al hijo, o no, es decir, si continúa, o no, con la gestación, siempre, naturalmente, dentro de los plazos legalmente permitidos para abortar —se configura— como no podía ser menos —como una faceta, o un aspecto—, de la libertad de la persona, libertad que está expresamente reconocida en nuestra Constitución, y que se ve obstaculizada, o impedida, por la actuación negligente del facultativo.

PANTALEÓN PRIETO distinguía la «contracepción impedida», en la que el argumento contra el facultativo residía en que, de haber sido adecuadamente informados de los riesgos existentes, los progenitores no hubieran tenido relaciones sexuales o hubiesen utilizado unos medios eficaces de contracepción. Y, de otro lado, distinguía claramente lo que llamaba «aborto impedido», señalando que, de no haber sido por la negligencia del médico, la madre hubiera abortado (7), porque parte de la base del deber que el facultativo tiene frente a los progenitores, asumido, por lo general, contractualmente, de realizar los adecuados diagnósticos y pruebas genéticas para que, advertidos de los posibles riesgos de taras o malformaciones del nuevo ser humano, puedan tomar una decisión informada —consentimiento informado— sobre si llevar, o no, a término el embarazo, por lo que los progenitores podrán reclamar al médico responsabilidad civil por los daños patrimoniales —gastos y cuidados necesarios para el mantenimiento del hijo nacido en estas circunstancias— y por lo no patrimoniales —dolor, sufrimiento, depresión, angustia—, es decir, por los daños morales.

No comparte esta tesis DE ÁNGEL YAGÜEZ (8), al afirmar que el nacimiento de una criatura nunca puede ser considerado como un daño, si bien advirtiéndolo que su afirmación no se basa en argumentos —tradicionales y convencionales— tales como la santidad de la vida, o el de la compensación de las cargas de un hijo incapaz con la grandeza de la paternidad, sino que sostiene —aunque sea tímidamente— que algún daño o quebranto económico sí se produce por el nacimiento del hijo enfermo, daño que debe ser objeto de resarcimiento, según él mismo reconoce, si bien esta conclusión contradice, en cierta medida, lo que había sostenido doctrinalmente con anterioridad.

En otras ocasiones se ha alegado que los progenitores sufren un daño moral por la sorpresa que supone conocer el estado enfermo del hijo que creían sano o, en otras palabras, por no haber podido prepararse psicológicamente, o económicamente —o ambas cosas a un tiempo— frente al nacimiento del niño discapacitado. Efectivamente, cuando los progenitores se enteran del verdadero estado de salud de su progeñe futura experimentan una

(7) PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

(8) DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho Comparado», en *Revista Española de Seguros*, núm. 57, 1989.

serie de sentimientos de sorpresa, frustración, rechazo y malestar, incrementados por la conciencia de que el conocimiento de esta información en un momento anterior podría haberles permitido optar por no concebir o por interrumpir el embarazo. Estos sentimientos frustrantes se tratan de identificar con el daño moral.

La última vía a la que se ha acudido —tras intensa polémica y debate sobre el tema— para identificar un daño en las acciones de *wrongful birth* parte del impacto moral y económico que produce sobre los progenitores la condición discapacitada de su hijo. Es la teoría del daño moral y patrimonial *par ricochet*, o de rebote, derivado de la condición enferma del hijo. La propia enfermedad, o discapacidad, del hijo produce un daño en los padres, que vendrían a ser como las víctimas indirectas, ya que la víctima directa es el propio hijo. Nuestro Tribunal Supremo acogió, en cierta medida, esta teoría en su sentencia de 6 de junio de 1997, reconociendo, como daño moral el impacto psíquico de crear a un ser discapacitado que, previsiblemente nunca podrá valerse por sí mismo, y, como daño patrimonial, los gastos de cuidado y asistencia derivados del nacimiento.

DE ÁNGEL YAGÜEZ ha señalado que el daño se constituye por dos factores: daño moral de los padres por la diaria contemplación de un ser doliente, y daño patrimonial por la crianza, atención, educación y mantenimiento de una criatura no sana (9).

Esta teoría del daño en las acciones de *wrongful birth* es, desde mi punto de vista, muy acertada, porque enlaza el daño sufrido por el perjudicado —el hijo—, con el experimentado por sus progenitores, en cuanto a éstos se les va a considerar como perjudicados indirectos o mediatos. El hijo es el perjudicado directo o inmediato.

No obstante, hay que resaltar que no fue pacífica la doctrina en este extremo y por lo que respecta a esta teoría. Algunos autores han calificado de dudosa la obligación de reparación de los daños morales indirectos (10), si bien, en la actualidad, esta tesis es prácticamente unánime.

Por último, en relación con este tema, surge un problema que debe ser analizado: cabe plantearse si los parientes cercanos —del hijo discapacitado— pueden plantear una reclamación por un daño indirecto o reflejo. Ya en Francia, el país vecino, la Jurisprudencia exigía, en una primera aproximación, una relación jurídica, o interés legítimo, que uniese a la víctima inicial con la víctima refleja (11). Pero este criterio, que fue duramente criticado en las décadas de los años cincuenta y sesenta del siglo XX, ha quedado defi-

(9) *Idem*, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

(10) ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1966.

(11) CARBONNIER, J., *Droit Civil*, Tomo 4, Puf, París, 2000.

nitivamente abandonado a partir de la sentencia de la Cour de Cassation de 27 de febrero de 1970.

Por lo que respecta a España, hay que realizar algunas consideraciones previas.

Algunas limitaciones se encuentran, por ejemplo, en determinadas disposiciones legales, como en materia de indemnización por muerte de la víctima producida en la circulación de vehículos a motor.

Sin embargo, nuestra Jurisprudencia ha querido matizar este factor, estableciendo un orden lógico de afinidad con el causante, a fin de delimitar la indemnización a los parientes más próximos, lo cual ha sido criticado por cierto sector doctrinal y con bastante dureza (12).

En definitiva, se trata de determinar si los parientes cercanos del hijo, como, por ejemplo, los abuelos y los hermanos, pueden interponer la reclamación por *wrongful birth*. Lógicamente, para responder a esta problemática cuestión, habrá que determinar, previamente, si estas personas, estos parientes, han sufrido, en realidad, un daño en su esfera personal o patrimonial debido a la situación en la que el niño se encuentra. Se trata de un tema probatorio, al igual que sucedía con los progenitores.

La reclamación del daño de rebote de uno, o de ambos progenitores, goza a su favor de la presunción *iuris tantum*, a partir de la cual queda acreditado el dolor, el sufrimiento experimentado ante la situación de discapacidad y/o enfermedad del hijo. Pero esta presunción quedará desvirtuada en la medida en que se demuestre que no se produce repercusión sobre la esfera anímica del progenitor. Pensemos en el supuesto en que el padre no ostente la guarda y custodia del hijo discapacitado, algo, por otra parte, muy frecuente en nuestro país en la actualidad, pues suele ser la madre —salvo excepciones— la persona que ostenta dicha guarda y custodia sobre los hijos menores de edad.

El daño de rebote no va a surgir, por tanto, del hecho del parentesco, sino de la incidencia que tenga la enfermedad y/o discapacidad del hijo sobre el pariente afectado. Por eso, la prueba del daño moral de rebote será bastante difícil, bastante complicada, al no poderse aplicar, en todos los casos, la presunción derivada de la convivencia y del parentesco. La sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2002, no llegó a resolver la cuestión de la reclamación de los hermanos, al ser desestimada la pretensión en apelación y no ser recurrida en casación.

Habría que plantear qué sucede cuando los progenitores del niño discapacitado mueren prematuramente y son los abuelos, por ejemplo, los que quedan al cargo del nieto, o, en el supuesto de haber fallecido los abuelos, queda a cargo de sus tíos carnales. ¿Cabría la indemnización por daños patrimoniales y

(12) GÓMEZ CALLE, E., «Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de mayo de 1998», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1998 (marginal 1310).

por daños morales? Hay que resaltar que nuestra Jurisprudencia aún no ha incidido en este tema, que, sin duda, es apasionante en el marco del Derecho de Familia. En cualquier caso, planteado este último supuesto, ya no cabría hablar de un daño de rebote para los abuelos, o para los tíos carnales, sino de un daño directo, al asumir la custodia del niño. Sí, en cambio, habría que diferenciar entre la indemnización propiamente dicha, de un lado, y los alimentos, por otro.

EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*

En estas acciones —problemáticas—, se plantea una reclamación de responsabilidad por el mismo hecho del nacimiento. Es decir, en una primera aproximación al tema, observamos cómo el daño reclamado —o el perjuicio sufrido— es la propia vida, tal como su denominación de *wrongful life* implica.

No se reclama, por consiguiente, por el hecho de no haber nacido sano, sino precisamente por haber nacido. Es como una comparación entre dos opciones o alternativas: la vida, de un lado, y, del otro, la no existencia, la no vida, el no ser. Cabe preguntarse, en este sentido, si la vida puede ser considerada como un daño. Pero, ante los argumentos en contra a este respecto —argumentos que serán analizados más adelante—, cabe realizar la teoría de la separación, es decir, intentar alejar, lo más posible, el daño reclamado del concepto de la vida, algo similar a lo que se hace en las acciones, ya vistas, de *wrongful birth*.

Lo más acertado, desde mi punto de vista, es identificar el daño no en función de la vida —la vida del niño enfermo en cuanto perjuicio—, sino identificar el daño en los defectos, taras o enfermedades del niño. Se trataría, en definitiva, de equiparar daño con vida enferma. Es un daño, por tanto, semejante al que se reclama en los supuestos de lesiones prenatales. Es el mismo hecho de la lesión, el daño corporal, el que se reclama.

Pero, para sostener que el daño es la enfermedad o defecto que el niño sufre, hay que partir de la consideración de daño objetivo en sí mismo, haciendo constatar que es peor vivir con defectos, o taras, que no vivir.

Esta tesis tiene el inconveniente de que parte del concepto de «no vivir», de la «no existencia», algo que el niño no puede percibir, por la elemental razón de que nadie puede, en realidad, percibir su no existencia.

Actualmente, las acciones por *wrongful life*, por lo general, se desestiman por una gran mayoría de los Tribunales estadounidenses, al considerar que no ha existido un daño indemnizable. En similar sentido se han pronunciado una serie de leyes estatales que se han dictado en relación con este controvertido tema.

Los argumentos con los que se ha justificado la negativa pueden ser de dos clases: lógicos, de un lado, y, de otro, de políticas públicas.

A juicio de Íñigo DE LA MAZA GAZMURRI (13), el argumento lógico se relaciona con la paradoja de la inexistencia y descansa sobre la siguiente asunción: es imposible comparar la situación de una persona que vive con severas limitaciones con aquélla en que se encontraría si no hubiera llegado a existir, por lo que no resulta posible mensurar los daños indemnizables.

En cuanto al argumento de políticas públicas, está relacionado con la santidad de la vida: si se afirma que la vida es siempre preferible a la falta de vida, no se puede alegar como un daño el hecho de estar vivo.

A mi juicio, este argumento esconde, en realidad, un engaño, una falacia: se establecen dos términos comparativos: la vida y la falta de vida, o sea, la no existencia. Ya hemos dicho que nadie ha experimentado, ni puede experimentar, su propia no existencia, su no vida, porque esto es algo que no se puede percibir, al menos con los sentidos. Entonces, ¿cómo establecer la comparación entre la vida y la no vida? ¿Cómo se puede afirmar que la vida sea mejor que la no vida? Decae claramente uno de los términos comparativos, al no poder ser percibido. Por lo tanto, el argumento, como consecuencia lógica, ha de decaer también.

El argumento de políticas públicas está referido al decaimiento de los costos de ejercer la profesión médica, pues disminuirían las indemnizaciones que los facultativos se ven obligados a pagar, aligerando los seguros que los médicos deben suscribir y cuyos costos traspasan a precios que son, finalmente, soportados por los pacientes.

Otro argumento, diferente al anteriormente expuesto, pero, en parte, con él relacionado, está referido a que la denegación de estas acciones constituye una barrera en contra de prácticas eugenésicas, contribuyendo a reforzar un cierto modelo de incapacidad que estigmatiza a las personas que las sufren, según STOLKER (14).

Un tercer argumento está basado en el temor de que, de aceptar este tipo de acciones de *wrongful life*, los progenitores se vean demandados por su hijo, en la medida en que la madre, pudiendo abortar —si fue oportunamente informada—, no lo hizo, dando a luz a un niño con graves anomalías.

Por lo general, las acciones de *wrongful life* son rechazadas, tanto a nivel estadounidense como europeo. Sin embargo, el problema es, en realidad, que el niño existe, y sufre con su existencia, y ello ha sido debido a la negligencia de otras personas que son las responsables y no se ve —al menos, yo no lo veo— por qué dichas personas no van a responder civilmente, en aras de otros argumentos, como la santidad de la vida, que no son relevantes a la hora de la determinación y delimitación de la responsabilidad.

(13) DE LA MAZA GAZMURRI, Íñigo, «Plegarias atendidas: procreación asistida y *wrongful life actions*», en *Daños en el Derecho de Familia*, Thomson Aranzadi, 2006.

(14) STOLKER, C., «Wrongful life: the limits of liability and beyond», en *International Comparative Law Quarterly*, vol. 43, julio, 1994.

Examinemos detenidamente los argumentos en contra de las acciones de *wrongful life*, al objeto de poder, más tarde, exponer una teoría.

EL RECHAZO A LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*

a) *La vida como beneficio y no como daño*

La procreación es entendida como un valor social, e incluso ostenta un carácter de bendición o acontecimiento feliz. Estos principios se encuentran tras la mayoría de los argumentos que rechazan las acciones de *wrongful life*. Y, junto a estos argumentos, no se puede soslayar que el Derecho Positivo reconoce, de forma expresa, el bien —derecho— vida, otorgándole protección jurídica, lo que parece, en principio, apoyar la tesis de que la vida no puede ser considerada como un daño, sino como un beneficio. El artículo 15 de nuestra Constitución reconoce que la vida es un derecho fundamental de la persona, cuya protección se articula principalmente a través del ámbito penal —arts. 138 a 146 del Código Punitivo—. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 11 de abril de 1985, declaró que la vida era un valor superior del Ordenamiento Jurídico constitucional, un valor fundamental, o un valor central, criterios éstos que, sin embargo, fueron criticados, en su día, por TOMÁS Y VALIENTE, al puntualizar que los valores que la Constitución señalaba como superiores eran tan sólo los recogidos en el artículo 1.1 de la misma.

Estoy de acuerdo con TOMÁS Y VALIENTE, aunque quizá se podría matizar aún más: así, ¿cómo puede calificarse la vida de «bien supremo» si en nuestro país se admite el aborto en determinados plazos y condiciones?

Incluso se puede avanzar un paso más: desde el año 1978, los anticonceptivos están permitidos y su finalidad no es otra que impedir la concepción, o sea, evitar que surja la vida en el seno materno. En consecuencia, no puede hablarse del bien, o derecho a la vida como supremo, porque ese bien, ese derecho, es evitado en determinadas condiciones o situaciones. Luego, no es un bien absoluto.

Estimo que la vida no puede ser protegida contra la voluntad de su titular, especialmente cuando esa vida significa padecer un sufrimiento continuo y extremadamente severo. Razones de humanidad y solidaridad me mueven a sostener esta teoría.

b) *La contradicción de la idea de la vida como daño con los valores del Ordenamiento Jurídico*

La caracterización de la vida como daño, aunque es difícil, es posible, y ello aunque contradiga valores que están fuertemente arraigados en nuestra sociedad.

Desde mi punto de vista, hay que criticar el valor vida como valor absoluto. El reconocimiento del valor vida ha de depender, en buena medida, de valoraciones que nunca han de ser olvidadas o postergadas en pro de otras consideraciones, o en aras de una absolutización de la vida como derecho. Baste decir que los derechos tienen también sus límites. Pensemos en el derecho a la libertad de expresión (o de información). Es un derecho, pero tiene sus limitaciones, las cuales están más o menos definidas por la Jurisprudencia. Nadie podría pensar que la libertad de expresión sea un derecho absoluto. La vida tampoco lo es. Lo que sucede es que es más complejo establecer unos límites, unas matizaciones que sean válidas para todos y en todo momento.

c) *La teoría de la diferencia*

Según esta teoría, la noción de daño se extrae de una comparación entre el estado hipotético en que se encontraría la víctima, de no haberse producido el evento generador del daño, y el estado actual, constituyendo el daño la diferencia. Esta tesis fue elaborada por MOMMSEN y citada por PANTALEÓN PRIETO (15).

En realidad, la dificultad de definir el daño, y traducirlo a términos económicos, se configura como el principal rechazo de las acciones de *wrongful life*, porque uno de los términos de la comparación, que es la no existencia, la no vida, no es cuantificable, ni es cognoscible, por lo que no puede emplearse como parámetro de valoración. Como ya expresé anteriormente, la no existencia no puede ser percibida, como tal, por los sentidos, con lo que la lógica consecuencia es que decae uno de los términos de la comparación. Sin embargo, ello puede ser soslayado si se admitiera que los términos de la comparación fueran los siguientes: la vida, de un lado —vida entendida como beneficio, como bien y como derecho fundamental de la persona—, y, del otro, la vida con anomalías, taras graves o enfermedades físicas y/o psíquicas penosas. En este supuesto habría que considerar que una vida en estas condiciones ya no es un beneficio. En igual sentido, cabría referirse a los daños morales del hijo nacido con estas deficiencias, y no centrar tanto la atención, ni la disputa doctrinal, en relación con los daños patrimoniales. Pensemos que los daños morales no son evaluables económicamente, pero sí pueden ser relativamente compensados. El problema, en realidad, se plantea desde el punto de vista de que hay que establecer una valoración respecto de la vida humana, pero ésta tiene un indudable valor económico en sí misma —pensemos en las indemnizaciones que se otorgan, en el marco de la responsabilidad civil, por muerte

(15) PANTALEÓN PRIETO, *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, tesis inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1981.

de la víctima—, y puede, y debe, ser indemnizada como daño moral. En este sentido, se calcularían los daños que conlleva vivir con defectos, con anomalías y/o taras, y vivir normalmente, sin esos defectos. A partir de esa comparación, se puede valorar el daño, o asignarle una cuantificación.

La Jurisprudencia española no se ha opuesto abiertamente, pero tampoco ha corroborado la inclusión de estos daños dentro del marco del concepto de daño moral. Pero, como ha puesto de relieve Andrea MACÍA MORILLO (16), la posición del Tribunal Supremo, en relación con este tema, será, con toda probabilidad, contraria a la existencia de un daño moral por el sufrimiento derivado del hecho de vivir, pero ese rechazo no se produciría a partir de la negación de que este daño reclamado pudiera entrar en el concepto de daño moral, que el propio Tribunal Supremo afirma de una manera amplia, sino más bien por el obstáculo que supone el origen del cual surge este daño, que es el hecho de la vida. Con ello, ciertamente se excluye el daño, más no por una objeción al daño en sí, sino por otorgarle mayor importancia al origen del daño que al daño mismo.

Sin embargo, como afirma esta autora citada, el niño discapacitado no reclama realmente por vivir, sino por vivir en unas determinadas condiciones que son especialmente penosas para él. Por tanto, el daño no es la vida, sino el hecho de vivir en las condiciones en que se encuentra. El origen del dolor por el que reclama se encuentra en las malformaciones, defectos, taras o enfermedades a las que se ve sometido, y que son incurables hoy en día. Lo que el niño no desea, o rechaza, por decirlo de un modo más fuerte, es la vida en esas dolorosas condiciones, una vida que le ha correspondido vivir como enfermo y discapacitado. En este punto es, por tanto, donde se plantea la cuestión de que la inexistencia sería mejor que la existencia. Pero sólo en esas condiciones, y no, desde luego, en otras. El propio conocimiento del niño sobre su enfermedad, el saberse diferente a los otros, es obvio que ha de dejar una profunda huella en su patrimonial psíquico, espiritual. Aquí cabría enumerar conceptos tales como pérdida de las alegrías de la vida, daño a la vida de relación, pérdida de la juventud o perjuicio juvenil (17), daño estético —si la discapacidad conlleva deformidades visibles y permanentes—, etc. Yo añadiría, asimismo, a este enunciado meramente ejemplificativo —y no exhaustivo—, el dolor y el sufrimiento que lleva aparejado la pérdida de la calidad de vida o, en términos más precisos, la ausencia de calidad de vida, ya que dicha pérdida no ha tenido nunca lugar, pues el niño viene al mundo ya con la discapacidad.

(16) MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos pre-conceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

(17) VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.

EL DAÑO AL MARGEN DE LA VIDA DEL NIÑO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*

Es interesante destacar cómo la doctrina ha intentado depurar los obstáculos y dificultades que planteaban las acciones de *wrongful life* y, en concreto, el tema, problemático, relativo al daño, entendiendo que éste se produce con independencia, o al margen, de la vida del niño discapacitado.

Hay que tener en cuenta que en las acciones de *wrongful life*, el presupuesto de las mismas —también en las de *wrongful birth*— es que el niño nace aquejado de un defecto, anomalía o tara grave e incurable. En este sentido, lo que se reclama es la reparación de ese daño que supone nacer en estas condiciones, en cuanto presupuesto de la responsabilidad del profesional sanitario que omitió la debida información sobre el estado de salud del niño, o al que le es imputable el falso negativo.

El daño corporal puede ser definido como aquella lesión que afecta a la integridad física y psíquica de la persona, disminuyendo el bien salud.

Tengamos en cuenta, a este respecto, que la salud es, asimismo, un derecho, *ex* artículo 43 de nuestra Constitución.

Esta tesis parte de que la vida, por sí sola, no puede ser considerada como un daño, pero sí se puede admitir que se configure como daño en determinadas situaciones especiales, situaciones particularmente difíciles.

Desde este punto de vista, a la hora de configurar el daño, se puede entender que éste lo constituye la privación a la madre gestante de la facultad de abortar. Pero más interesante aún es la tesis que mantiene que el daño se produce por lesión del «derecho a no nacer». Aquí, se parte de la idea —no exenta de polémica— de que todo ser humano tiene un derecho a no nacer, derecho que surgiría en aquellas situaciones en las que el futuro ser sufriera de defectos o de enfermedades que fueran a convertir su vida futura en insoportable. La actuación —negligente— del profesional sanitario impide a los progenitores optar por la interrupción del embarazo, lesionando directamente los derechos del niño, y esta lesión, así entendida, ha de ser indemnizada.

Esta tesis contradice, sin embargo, el reconocimiento constitucional del bien «vida» y la protección dispensada a los *nascituri*. A este respecto hay que recordar la previsión contenida en el artículo 29 del Código Civil, cuando afirma que al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, surgiendo la duda en torno al concepto de «efecto favorable», aplicado a un derecho que consiste precisamente en no nacer. Pero el pretendido «derecho a no nacer» se encuentra en oposición con la proclamación del artículo 15 de la Constitución —derecho a la vida—, que, según el Tribunal Constitucional, y parte de la doctrina, no implica también el derecho a la propia muerte.

Pero la negación del derecho a la propia muerte arrastra consigo una negación de un derecho a no nacer. Sin embargo, para evitar las connotaciones negativas que el propio enunciado contiene, como negación de la vida, se ha tratado también de enunciarlo en positivo, como derecho a nacer sano, pretendiendo, de este modo, el encaje dentro del artículo 15 de la Constitución, aunque, desde luego, con ciertos matices eugenésicos: existe un derecho a la vida, pero sólo a la vida sana y en condiciones de salud. Pero la interrogante siguiente es: ¿protege el artículo 15 de la Constitución solamente el derecho a nacer sano o, en otras palabras, el derecho a una vida sana?

No parece que a esta interrogante pudiera responderse afirmativamente, porque el artículo 15 no distingue, sino que proclama la protección de la vida sin ningún tipo de condicionamiento o distinción entre distintos tipos de vida. El contenido exclusivo de dicho precepto constitucional no está constituido por el derecho a una vida sana, ya que lo contrario supondría una relativización y jerarquización de distintos tipos de vidas que no se admite en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Una de las teorías que también pueden ser analizadas, a la hora de plantearse la posibilidad de aplicar la teoría de la pérdida de oportunidades —*perte de la chance*— al supuesto de las acciones de *wrongful life*, es que se priva al niño de vivir una vida sana. Efectivamente, de no haber concurrido el comportamiento —negligente— del profesional sanitario, la producción, o no, del nacimiento habría dependido de la voluntad de la madre gestante, o de ambos progenitores, al adoptar una decisión sobre el aborto. Pero, lógicamente, esta decisión es completamente ajena a la voluntad del niño en cuyo nombre se reclama y, aunque no dependa del azar, sino de la voluntad de un sujeto, es indeterminada respecto del niño, por lo que, a juicio de MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ (18), sí ha de considerarse como verdadera oportunidad.

LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL NIÑO PARA RECLAMAR POR CUALQUIER DAÑO: PROBLEMÁTICA JURÍDICA

Uno de los problemas más arduos en este tema tan complejo y delicado, se centra en el hecho de que, en cualquier caso, el niño no ostenta legitimación activa para reclamar por ningún daño cuyo origen se encuentre en un evento anterior al nacimiento. Pensemos que, en el momento en que se produce la negligencia del profesional sanitario, el demandante carecía de personalidad, por lo que no es posible, jurídicamente, que pueda reclamar por el daño que deriva del falso negativo. Es decir: el niño no pudo experimentar daño alguno como consecuencia de la actuación negligente, o del evento

(18) MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ, «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos», en *www.indret.com*, 03/2001.

imputable al profesional. De otro lado, el niño tampoco era titular de ningún derecho que pudiera verse lesionado por el diagnóstico erróneo.

En la doctrina española, en concreto, PANTALEÓN PRIETO ha criticado esta teoría (19), calificando el argumento de puramente conceptual y únicamente si se parte de que el daño requiere, como presupuesto, la lesión de un derecho subjetivo, se puede afirmar que, en estos casos, no hay daño o damnificado. Si la actuación del sujeto provoca materialmente un daño en el no nacido, o lesiona sus intereses protegidos, surgirá la responsabilidad. A juicio de PANTALEÓN PRIETO son, sin duda, daños las consecuencias negativas, patrimoniales y no patrimoniales, que van a derivarse para el niño de las taras con que nació por culpa del profesional sanitario. Las consecuencias se producirán cuando quien las sufre, o sufrirá, tiene ya personalidad jurídica y puede ser titular de pretensiones indemnizatorias.

La actuación del profesional sanitario en el momento en el que el niño aún no ha nacido sienta las bases para un daño que se manifestaría, en realidad, una vez nacido éste. Es decir: es el nacimiento el presupuesto de la acción de *wrongful life*, sin perjuicio de que el daño se manifieste posteriormente.

LA PROBLEMÁTICA DE LOS DAÑOS PATRIMONIALES EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*

Por lo general, al rechazarse el concepto de daño por el hecho de vivir, la doctrina ni siquiera llega a plantearse las posibles consecuencias económicas que surgen para el niño discapacitado, derivadas, precisamente, de la discapacidad con la que nació.

De todas formas, cuando el niño discapacitado reclama un daño patrimonial por el hecho de la vida discapacitada —que se ve «obligado» a vivir—, en cierto modo, se produce una separación respecto del daño por la propia vida, porque, en este supuesto, no alega que sería mejor no haber nacido —algo que genera tantos y tan arduos problemas jurídicos— que vivir discapacitado, sino que su alegación se limita a constatar que el hecho de padecer una grave enfermedad o anomalía, una tara o un defecto, le genera unos gastos cuantiosos, por los que solicita una indemnización al profesional sanitario al cual, subjetivamente, le es imputable el falso negativo.

En este supuesto, el daño ya no va a consistir en la propia vida, sino en el gasto patrimonial derivado de la condición enferma del niño.

Como puede observarse, en este supuesto, se dejan de lado los problemas que suscitaba la alegación de daños morales, obviando, con ello, gran parte

(19) PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

de las dificultades que, desde el punto de vista jurídico, se presentaban, y se hace referencia, con carácter exclusivo, al daño patrimonial.

No obstante, tampoco está exento de problemas este supuesto, ya que la doctrina se ha mostrado en contra de la duplicidad de indemnizaciones, en cuanto que los progenitores recibirían una indemnización, de un lado, y el niño, de otro, otra indemnización. ¿Cómo compatibilizar dos indemnizaciones por un solo daño?

En la doctrina extranjera, GALLAGHER afirmaba que, cuando se concede a los progenitores la indemnización por los gastos especiales que el niño discapacitado requiere, no se ha de permitir la indemnización por tales gastos al niño (20). Este criterio es seguido por otros autores extranjeros (21).

Pero, frente a este tesis, FABRE-MAGNAN estimó que no se produce en realidad, duplicidad entre ambos daños, porque al niño se le deben indemnizar las consecuencias de su discapacidad, y a la madre, por su parte, el daño correspondiente al gasto de educación más elevado (22), criterio éste de separación un tanto forzado y que no convence a la doctrina española de forma unánime (23). Para Andrea MACÍA MORILLO, efectivamente, hay que considerar que son los progenitores los que asumen los gastos —de acuerdo con el art. 154 del Código Civil—, con lo que ya no serían daños patrimoniales para el niño, o bien se considera que son asumidos por el propio patrimonio del niño y, que, por tanto, no son daños que hayan de ser indemnizados a los progenitores. Esta autora no ve duplicidad en ninguna de las dos hipótesis contempladas, ya que el daño sólo se va a concretar en el patrimonio de uno, u otro, damnificado. Y, si, por cualquier motivo, los gastos fueran compartidos, cada parte podría reclamar la cuantía de los gastos que efectivamente quedaren a su cargo.

Lógicamente, la reclamación de un daño patrimonial por parte del niño discapacitado requiere que éste experimente un detrimento patrimonial como consecuencia de su condición enferma. Pero, si tenemos en cuenta la existencia de un deber de alimentos a cargo de los progenitores respecto del niño, conforme al cual éstos han de proveer a sus necesidades, parece que el detrimento patrimonial no se produciría sobre el patrimonio del niño, sino sobre el de los padres, y, como lógica consecuencia, serían los progenitores los que deberían ser indemnizados por daño patrimonial.

(20) GALLAGHER, K., «Wrongful life: should the action be allowed?», en *L.A.L. Review*, 1987.

(21) DEWITT ROGERS, «Wrongful life and wrongful birth: medical malpractice in genetic counseling and prenatal testing», en *S.C.L. Review*, 1982.

(22) FABRE-MAGNAN, M., «Error de diagnóstico y minusvalía psíquica del hijo: ¿cómo respetar el principio de la dignidad de la persona?» (traducción de Marzal), en *Minusválidos psíquicos y derechos del hombre*, Editorial Bosch, Barcelona, 2003.

(23) MACÍA MORILLO, Andrea, «Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2003», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2004.

Sin embargo, aunque en teoría esta tesis es bastante razonable, tiene también sus puntos débiles. ¿Qué sucede, por ejemplo, cuando el niño discapacitado es huérfano, y tampoco tiene parientes —abuelos— que deban prestarle alimentos, *ex* artículo 143 del Código Civil? En este supuesto, será, evidentemente, el patrimonio del niño el que hará frente a tales gastos, siempre, naturalmente, que exista dicho patrimonio. En este supuesto, el daño patrimonial es del niño, porque es su propio patrimonio el que afronta esos gastos.

¿Qué sucede cuando el niño posee su propio patrimonio, pero viven sus progenitores y, conforme a la regulación legal, tienen un deber de alimentos?

La primera respuesta que puede ofrecerse a esta interrogante conlleva considerar que la obligación del artículo 154 del Código Civil —citado anteriormente— impone el que los progenitores se hagan cargo de todos los gastos del niño discapacitado, al menos hasta que éste cumpla la mayoría de edad. Hasta esta edad —dieciocho años—, el daño patrimonial corre a cargo de los progenitores, que deberán ser indemnizados, aunque con arreglo a los criterios propios de las acciones de *wrongful birth* —nacimiento inapropiado o nacimiento erróneo—, acciones que no son objeto de estudio en este trabajo.

La segunda respuesta supone elaborar una interpretación acerca de la obligación de los progenitores frente al hijo menor de edad, pero en el sentido de una obligación de alimentos que se hace depender de la necesidad del alimentista. En este sentido, los progenitores no sufragarían, con su patrimonio, tales gastos, sino que, con arreglo a los preceptos ya citados del Código Civil, administrarían el patrimonio del niño, cuando ese patrimonio existiera, y a través de lo dispuesto en la Ley 41/2003.

Esta segunda opción, a mi juicio, es la más acertada, si bien su acogida no es unánime en la doctrina española. Algunos autores, como UREÑA MARTÍNEZ (24) sostienen que la indemnización del hijo no puede quedar a la libre disposición de los progenitores, sino que tan sólo la pueden administrar.

LA NO ABSOLUTIZACIÓN DEL BIEN VIDA

El derecho a la vida, no cabe duda, es uno de los más preciados que existen en nuestro Ordenamiento Jurídico. El artículo 15 de nuestra Constitución proclama que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...».

Puede ser calificada la vida como el bien supremo de nuestro Ordenamiento Jurídico. Es el derecho esencial entre los esenciales. Es innato, en cuanto pertenece a la persona por el mero hecho de nacer y, como consecuen-

(24) UREÑA MARTÍNEZ, M., «Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 1997», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1997.

cia, por el hecho de adquirir personalidad tras el nacimiento. Es un bien básico, fundamento y asiento de todos los demás. Tengamos en cuenta que la vida no posee sólo un valor individual, sino familiar y social, como algunos autores han puesto de relieve (25). Díez-PICAZO expresaba que el Ordenamiento Jurídico debería negar a la persona el poder de quitarse la vida (26), basándose en que nadie tiene un poder sobre su propia vida total y absoluto, que, en su formulación consiguiente, legitimaría el suicidio. Sobre esta teoría, debo resaltar que discrepo, ya que toda persona posee un bien, un derecho, no superior al de la propia vida, pero, sin duda alguna, equiparable, cual es el derecho a la libertad, entendido éste como un derecho a decidir sobre la propia existencia y ello por encima de cualesquiera consideraciones éticas y morales.

Sin embargo, y pese al valor supremo que se le suele otorgar a la vida en los distintos Ordenamientos Jurídicos, hay que admitir —y es forzoso hacerlo— que la regulación de este bien —derecho— puede encontrar excepciones en determinados casos puntuales en que los intereses en conflicto aconsejen su relativización. Ya GÓMEZ PAVÓN señalaba que el derecho a la vida, al igual que otros derechos, tiene sus límites (27). Veamos cuáles son estos límites, aunque sea brevemente:

- La pena de muerte en determinados países: en algunos Estados de Norteamérica aún subsiste la pena de muerte y no por ello cabe hablar de una menor valoración del bien vida, si nos basamos, meramente, en el hecho de que, en ciertos supuestos, se admita poner fin a la vida de una persona.
- En nuestro Ordenamiento Jurídico y, en concreto, en el Código Penal, a través de la eximente de legítima defensa, o del estado de necesidad, pueden quedar impunes determinadas conductas que atentan contra el derecho a la vida de una persona, siempre, lógicamente, bajo determinadas circunstancias, tal como se infiere directamente del artículo 20.4.º y 20.5.º del Código Penal.
- La despenalización, parcial, del aborto, en nuestro país, allá por el año 1985, es una buena muestra de cómo el bien vida se relativiza, siempre que se den, como presupuesto previo, una concurrencia de intereses, otorgándose un mayor valor —de ello no cabe duda alguna hoy en día— a otros derechos y/o bienes igualmente fundamentales para la persona, como lo son la integridad física y/o psíquica, la salud

(25) ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La medicina ante los derechos del paciente*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2002.

(26) Díez-PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

(27) GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

o el libre desarrollo de la personalidad de la madre gestante frente al hijo que aún no ha nacido. Todo ello sujeto, por supuesto, a unos plazos determinados, fuera de los cuales no cabe ni tan siquiera, hasta el día de hoy, plantearse este conflicto de intereses.

- Otro supuesto que claramente se enfrenta con el derecho y el bien vida como valor supremo de nuestro Ordenamiento Jurídico lo encontramos en el hecho del suicidio. En nuestro país, la despenalización del suicidio —y, por tanto, del suicida— muestra cómo este derecho se protege tan sólo frente al ataque de otras personas, pero no, desde luego, frente a ataques propios. No existe, sin embargo, un derecho a la muerte, pero sí cabe justificar una cierta disponibilidad sobre la propia vida; este argumento ha sido empleado por los autores que han analizado detenidamente las acciones de *wrongful life*.
- En Norteamérica, a propósito de este tema, se ha añadido, como ejemplo, el análisis jurídico y social de las decisiones relativas a los tratamientos prolongadores de la vida —eutanasia pasiva—. Se le otorga, en estos supuestos, un valor, incuestionable hoy en día, a la voluntad del paciente de no prolongar su vida, por lo que, con toda evidencia, se observa que el bien vida, en estos casos, está relativizado en función de determinadas circunstancias y bajo ciertas consideraciones, cediendo ese derecho en pro de la humanidad y solidaridad con las dolencias y padecimientos físicos y/o psíquicos que hacen insostenible la existencia del paciente. Como ha expresado Andrea MACÍA MORILLO (28), un tratamiento coherente de las acciones de *wrongful life* debería permitir demostrar, en el caso concreto, lo insostenible de la existencia, que llega incluso a hacer preferible la inexistencia. A mi juicio, el obstáculo a esta teoría es que los términos de la comparación no están adecuadamente planteados. No se puede establecer una comparación entre la existencia —la vida—, con algo que se desconoce totalmente, la inexistencia, la no vida. Si no conocemos, porque no la podemos percibir, la inexistencia, ¿cómo establecer la comparación? Lo adecuado sería no comparar. De este modo, se desvanecerían algunos de los obstáculos que se han opuesto a esta tesis.

La doctrina anglosajona ha aventurado la hipótesis de que la reclamación de un daño por el hecho de vivir no es contraria a la protección del bien vida que el Ordenamiento Jurídico contiene, porque tal protección se dirige a la preservación física o material de la vida, pero no a mantener un determinado concepto de la misma como absoluta. Así entendido, la relativización que, en

(28) MACÍA MORILLO, Andrea, «La responsabilidad médica...», *ob. cit.* en nota 16.

su caso, conlleva la identificación de la vida como daño se produce en torno a la idea o creencia de la vida como bien absoluto, pero no en torno a la protección del bien vida, por lo que no existiría una auténtica contradicción con los valores supremos del Ordenamiento Jurídico, al no incidir directamente sobre el contenido principal de estos valores. En este sentido, la identificación de la vida como daño resarcible no pone en peligro directo el bien vida, porque no se trata de acabar con la vida del niño, ni de negar tampoco su derecho a la vida.

Las acciones de *wrongful life*, en cualquier caso, pueden producir una cierta desvalorización del valor vida, si bien, en nuestro país, son muy pocas las demandas que se han planteado, hasta el momento actual, por esta causa. Simplemente, desde mi punto de vista, el bien vida va a ceder su posición suprema ante otros bienes o valores o, meramente, ante determinadas circunstancias. Se puede afirmar, en este sentido, que el bien vida no es inalterable. Y, en todo caso, lo que se relativiza es la idea de la vida como bien absoluto —o derecho supremo—.

EL DAÑO EN EL MARCO DE LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL O ASISTIDA

De cara al ámbito de la reproducción artificial —o reproducción asistida—, las acciones de *wrongful birth* plantean algunos problemas dignos de mención, sobre todo en lo que respecta, o se relaciona, con la libre decisión de procrear, o derecho a la procreación.

Más en concreto ya hay que resaltar que el problema puede surgir en relación a los preembriones ya fecundados. De la lectura de la Ley 35/1988 parece desprenderse un rechazo por la concepción de una descendencia enferma a través de estas técnicas, lo que impediría el ejercicio de los usuarios de su libre decisión en sentido positivo. El artículo 2.1.b) de la citada Ley alude a la limitación del uso de las técnicas a los casos en que haya posibilidades razonables de éxito y no suponga un grave riesgo para la salud de la mujer o la posible descendencia. También el artículo 5.6 está referido a los posibles donantes de material genético, complementado, a su vez, por el artículo 6.1 del Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida, que excluye la donación por personas afectadas de enfermedades infecciosas transmisibles, hereditarias o genéticas.

El artículo 12.1 de la mencionada Ley 35/1988 se refiere, asimismo, a la posibilidad de desaconsejar la transferencia al útero materno de los preembriones, una vez constatada su afección a través del diagnóstico preimplan-

tatorio. Esta previsión fue declarada constitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio, y no ha sido modificada por la Ley 45/2003.

Sí prevé la Ley citada la calificación, como infracción grave, de la conducta del profesional sanitario que transfiera al útero material genético sin garantías biológicas o de viabilidad, todo ello en su artículo 20.B.i., si bien este precepto ha sido criticado y revisado por la doctrina y, en concreto, por EMALDI CIRÓN (29), expresando que esto sólo impide la transferencia al seno materno de los preembriones inviables, no de los que resultan viables, aunque anómalos, concluyendo esta autora en el sentido de que, de *lege ferenda*, tal transmisión debería prohibirse.

En consecuencia, parece evidente que se ofrece a los progenitores la oportunidad de decidir libremente si llevar a cabo, o no, la concepción, pese al defecto constatado, porque mantener lo contrario y prohibir una decisión positiva de los progenitores en tal caso sería, en cierta medida, equiparable a obligar a la práctica del aborto de los embriones o fetos que adoleciesen de defectos o enfermedades, lo que, no cabe duda, iría abiertamente en contra del artículo 10.1 de nuestra Constitución, tal como ha afirmado, con contundencia, Andrea MACÍA MORILLO (30).

Habría que preguntarse, por lo que respecta a este tema, qué grado de responsabilidad se le va a exigir al facultativo, en qué términos y hasta qué punto llega su responsabilidad y la exigencia de ésta por parte de los progenitores. ¿Es justo exigir al facultativo poner en conocimiento de los progenitores todas las incidencias posibles, sean graves o leves, sobre el *concepturus*? El defecto en la información ofrecida no siempre va a poder ser considerado suficiente como para entender que se les haya privado a los progenitores de su libertad de decisión.

En las acciones de responsabilidad por *wrongful conception*, en ocasiones, se afirma que existe un daño moral por la frustración o angustia que el comportamiento negligente del profesional sanitario ocasiona a los progenitores, bien por la preocupación suscitada por el embarazo, o bien por el deterioro de la relación matrimonial, ante las dudas sobre la paternidad del hijo, tal como reseñaron las sentencias de las Audiencias Provinciales de Badajoz, de 22 de abril de 1991, y de Baleares, de 21 de enero de 1997. En cambio, el daño moral fue rechazado por las sentencias del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1994 y de 5 de junio de 1998.

(29) EMALDI CIRÓN, A., «La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos», en *La Ley*, 2001, documento 142.

(30) MACÍA MORILLO, Andrea, *ob. cit.* en notas 16 y 28.

ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA EN LA ACTUALIDAD

En primer lugar, hay que detenerse en la Jurisprudencia dictada en nuestro país con motivo de nacimiento de hijos con malformaciones o taras hereditarias o genéticas.

A este respecto, hay que citar la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 1997, porque fue el primer fallo que se ocupó de esta compleja materia y que, indudablemente, sentó una doctrina en relación con tan polémica cuestión.

El supuesto de hecho se recondujo a lo siguiente: la gestante, ante una situación derivada de diagnóstico de alto nivel, tanto para la madre como para el feto, acudió al Hospital Clínico Universitario de Valencia, dependiente del Servicio Valenciano de Salud, en el que se le prescribieron unas determinadas pruebas médicas, entre las cuales se encontraba la amniocentesis. Dicha prueba, por una serie de causas, fracasó, conociéndose tal resultado el 7 de julio de 1989, sin que a la paciente le fuera notificado tal evento hasta el mes de septiembre siguiente, a pesar de que el 14 de julio la gestante demostró su interés en conocer el resultado, inquiriendo para este fin a la doctora que en ese momento tenía asignada, y que se encontraba sustituyendo al médico titular. Cuando la gestante conoció el resultado de las pruebas, ya no era posible proceder a interrumpir el embarazo de forma voluntaria, pues había transcurrido el plazo legal permitido.

Ante el nacimiento del hijo con síndrome de Down, la madre interpuso una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, que desestimó la misma, absolviendo a los demandados. Contra esta sentencia fue interpuesto recurso de apelación, que fue desestimado. Por fin, el recurso de casación correspondiente fue parcialmente estimado.

Me interesa destacar algunos de los Fundamentos de Derecho de esta sentencia, que parte de lo establecido, a su vez, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, que dejó abierta la posibilidad de una tutela no penal: se produce un daño o un perjuicio, como es el nacimiento de un ser humano con síndrome de Down (mongolismo), lo cual se hubiera podido evitar dada la predisposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros legales. Si la gestante hubiera tomado conocimiento, con suficiente antelación, del fracaso de las pruebas determinantes de la situación del feto dentro del límite del tiempo legalmente permitido, hubiera actuado en consecuencia y dentro del marco de amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se hubiera prestado a la intervención médica de interrupción del embarazo. Y, si ello no fue así, se debió a la actuación negligente de la doctora R. P. T., que no le comunicó a su debido tiempo el fracaso de las pruebas, fracaso que hubiera podido remediarse con la repetición de las mismas, o con otras pruebas de

similar garantía o fiabilidad, ya que aún existía plazo suficiente para interrumpir el embarazo.

La sentencia hace alusión a una conocida resolución dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo, el 6 de julio de 1995 (caso Oditritia AAE), en la que se tomó, como base argumentativa, la violación del principio de protección de la confianza legítima, que se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de reclamar la defensa de sus intereses.

También se hace eco la sentencia analizada de la figura conocida en el Derecho americano con el nombre de *wrongful life* —el niño nace con taras, pero la única alternativa posible era que no hubiera nacido, o sea, la opción única que quedaba era la de la no vida—. En este sentido, hay varios aspectos referidos al daño sufrido que pueden analizarse. La sentencia afirma que no estamos ante un daño de carácter patrimonial, pero difiere en este extremo, porque esos daños patrimoniales existen y no hay más que pensar en los cuidados y atenciones constantes que requiere un ser humano nacido con estas características. A mi juicio, hay daño patrimonial. Pero también hay, por supuesto, un daño moral evidente: el impacto psíquico —doloroso— que supone dar a luz a un ser discapacitado, que, previsiblemente, no podrá nunca valerse por sí mismo, requiriendo la atención y el cuidado permanente de diversas personas. Vemos cómo el daño patrimonial se engarza en el daño moral y éste en aquél, aunque ello no ha sido admitido por algún sector doctrinal (31), que afirma que no puede ser considerado un daño moral resarcible el hecho de que, como consecuencia de no haber podido abortar, ha dado a luz a un niño con taras, porque ello atentaría contra la dignidad de ese niño y de los deficientes mentales en general. Esta tesis es solidaria con respecto a los hijos nacidos en estas circunstancias, pero, a un tiempo, es incompleta, ya que el daño moral existe y ha sido probado, sin que ello suponga atentar contra la dignidad de este niño y de otros como él.

En cuanto a la responsabilidad de la doctora que atendió a la gestante, es evidente que existe, pero, como solamente pretendo referirme a los daños en el seno de la familia, no me detengo en esta consideración.

Es esta la primera sentencia, en nuestro país, que trató ampliamente el tema objeto de estudio, condenando directamente por el nacimiento de un ser humano con síndrome de Down, con ocasión de la actuación negligente del facultativo al no comunicar a la gestante a tiempo el fracaso de las pruebas realizadas.

La sentencia tiene de novedoso que, por primera vez en España, se acepta la posibilidad de que el nacimiento de un hijo con taras físicas y/o psíquicas graves pueda, por sí mismo, originar la reparación extracontractual de unos daños que han quedado probados.

Hay que matizar diciendo que las acciones de *wrongful life* se utilizan, con frecuencia, para referirse a las pretensiones resarcitorias del niño nacido

(31) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

con taras, mientras que se habla de *wrongful birth* para aludir a las pretensiones indemnizatorias de los progenitores, tanto en aquellos supuestos en los que el hijo nace con taras, como en los casos de esterilización fallida o aborto fallidos, que provocan el nacimiento de un hijo sano, pero, en principio, no deseado, tal como ha apuntado Vicente DOMINGO (32), así como los supuestos de daños corporales producidos al recién nacido y que pueden surgir por causas diversas. Es oportuno resaltar que el daño se puede producir en el momento de la concepción, si ésta se llevó a cabo mediante alguna de las técnicas de reproducción asistida, o durante el embarazo, como consecuencia de una lesión corporal que la madre sufriera, o por no advertir a tiempo las anomalías del feto, o en el momento del parto y por culpa o negligencia del facultativo que atendió al mismo.

Magdalena UREÑA MARTÍNEZ se planteaba una cuestión interesante, al preguntarse si en nuestro Derecho se admitiría la pretensión indemnizatoria del hijo nacido con taras o, en su nombre, de sus representantes legales, lo cual constituiría jurídicamente una acción de *wrongful life*, contra el médico por los daños patrimoniales que no hayan sido cubiertos ya, en su caso, por la indemnización otorgada a la madre, así como por los daños morales que se deriven de las taras o anomalías con las que nació (33). Esta autora expresa que la línea jurisprudencial, en nuestro país, es contraria y reacia a admitir estas pretensiones indemnizatorias del hijo o de sus representantes legales contra el facultativo. Sin embargo, la sentencia, carismática, de la Audiencia Provincial de Granada, de 21 de junio de 1994, se mostró partidaria de condenar a los demandados (médico y Servicio Andaluz de Salud) a satisfacer a los progenitores una indemnización por *wrongful birth*, y al hijo menor otra indemnización en compensación del daño físico y moral producido a consecuencia de las secuelas irreversibles padecidas por el recién nacido por causa de un «disps umbilical», debido a la actuación culposa del médico. En el Fundamento Jurídico Primero se señaló que el daño era propio del menor y, por tanto, es a él a quien hay que resarcir, dada, además, la trascendencia de las lesiones, que le han dejado inválido de por vida, con presencia necesaria de otras personas para su asistencia y nunca podrá valerse por sí mismo.

Se ha valorado el daño moral que produjo a los progenitores el nacimiento del hijo con unas secuelas irreversibles, que se debieron a la actuación culposa del facultativo. Y, de otro lado, se valoró el daño corporal producido en la integridad psíquica del hijo, que quedó en situación prácticamente vegetativa.

Hay que resaltar que una de las peticiones de los progenitores fue que la suma concedida al menor se dejara a su libre control. La Audiencia Pro-

(32) VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.

(33) UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, *Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 1997*, artículo citado en nota 24.

vincial, a este respecto, fue rotunda: «tratándose de una indemnización a favor del menor, como se ha argumentado, nunca se puede poner a la libre disposición de los padres; éstos, ahí está el artículo 154 del Código Civil y preceptos concordantes, y en cumplimiento de los deberes que la patria potestad les impone, entre ellos el de actuar siempre en beneficio e interés de los hijos, lo que deben y tienen que hacer es administrar los bienes del hijo para cuidarlo, alimentarlo, formarlo..., etc.; por eso, no pueden pretender extralimitar sus facultades y, por tanto, como ya se indica en la sentencia recurrida, la indemnización que se otorgue al hijo se ingresará a su nombre en una Entidad Bancaria, y los padres dispondrán de los intereses, que se destinarán a los cuidados y atenciones de aquél y, en defecto de los padres, llevará a cabo tal misión la persona que desempeñe las funciones tuitivas en atención del menor».

En la sentencia de 6 de junio de 1997 se constata que los representantes legales del menor no ejercitaron pretensión alguna resarcitoria a favor del mismo. Por este motivo, el Tribunal Supremo únicamente concedió a la madre la indemnización solicitada. El hecho de que la madre haya obtenido una indemnización por el nacimiento de su hijo, indemnización que pasaría a engrosar su patrimonio personal, no parece, a juicio de UREÑA (34), una solución plenamente satisfactoria, ya que podría ocurrir que en un futuro esta persona quedase desamparada, por ejemplo, en el supuesto de fallecimiento de sus padres, o, a lo sumo, al amparo de los fondos públicos. Por ello, esta autora considera, acertadamente, que habría sido más conveniente que la madre solicitara cumulativamente una indemnización como víctima indirecta del daño y, además, como representante legal de su hijo, víctima principal del daño. De este modo, la indemnización concedida al menor iría a formar parte de su patrimonio personal, perdiendo los padres la posibilidad de disposición sobre el mismo, facultándoles únicamente a administrar los bienes del hijo, *ex* artículo 154 del Código Civil, tal como declara la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada.

Una cuestión, problemática, es la referida a si el hijo podría ejercitar una pretensión indemnizatoria frente a sus padres por una posible imputación a los mismos de los daños con que nació el menor. En el supuesto objeto de análisis, no tendría gran sentido plantearlo, ya que quedó acreditado que la madre se sometió a una amniocentesis, con el solo fin de interrumpir voluntariamente el embarazo en el caso de que el niño naciera con taras.

Diferente es, como es lógico, el supuesto en que los progenitores, a sabiendas del riesgo de transmisión por su parte de una enfermedad infecciosa o hereditaria, conciben un hijo que viene al mundo con deficiencias o graves alteraciones.

(34) *Idem, ibídem.*

En el Derecho italiano, la sentencia del Tribunal de Piacenza, de 31 de julio de 1950, se mostró partidaria de otorgar una indemnización al hijo en caso de transmisión de enfermedad infecciosa (35).

En el marco de la reproducción artificial, entendía PANTALEÓN que el legislador debía, y podía, prohibir a quienes quieren ser padres el acceso a la realización de las técnicas de reproducción asistida, cuando exista un riesgo significativo de que los futuros hijos nazcan con taras físicas y/o psíquicas.

Pero, en el marco de la reproducción natural, cabe plantearse qué sucede en nuestro Ordenamiento Jurídico. ¿Cabría indemnizar?

Veamos, a este respecto, otra sentencia del Tribunal Supremo, esta vez de 4 de febrero de 1999. El supuesto de hecho se recondujo a lo siguiente: en junio de 1991 nació una niña, hija de los actores, con múltiples anomalías congénitas. El seguimiento sanitario del embarazo fue llevado a cabo por la doctora demandada en el Hospital de la Seguridad Social de Béjar. Durante ese seguimiento se hicieron varias ecografías correspondientes al Nivel I, que es el adecuado para embarazos de bajo riesgo. En ningún momento se detectaron anomalías en el feto. Los progenitores de la niña reclamaron solidariamente a la doctora, al Insalud y al Ministerio de Sanidad y Consumo, por culpa extracontractual, una indemnización. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al Insalud al pago de una indemnización. La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca estimó el recurso de apelación del Insalud, absolviendo a la doctora y al Insalud.

Es importante señalar que los padres habían vivido cerca de la Central Nuclear de Almaraz, al haber desempeñado el actor trabajos en empresas de Naval Moral y Suacedilla, pueblos cercanos a Almaraz. El actor trabajaba en la Empresa Nacional de Uranio, S. A. Estos hechos no fueron mencionados por los actores en el curso del embarazo y, de haberse conocido, se hubieran adoptado las medidas necesarias y otro tipo de control, por el posible riesgo de incidencia en la pequeña de la radioactividad.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ha comentado esta sentencia (36), afirmando que llama la atención, habida cuenta de la reclamación efectuada, de la causa de esa reclamación y de los sentimientos de solidaridad que la misma promueve, la desestimación del recurso de casación y la consiguiente denegación de indemnización a los progenitores de esa niña que nació con profundas malformaciones. Pero no sólo llama esto la atención, sino la condena en costas, a juicio de este jurista, porque la condena en costas supone que los progenitores de esta niña tendrán que afrontar gastos complementarios de los correspondientes a sus propias costas, de una cierta entidad, debido a lo abultado de la indemnización solicitada.

(35) FERRANDO, G., *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999.

(36) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de febrero de 1999», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999 (marginal 1373).

Aparte de esta cuestión, hay que referirse a la aplicabilidad, al caso, de una responsabilidad objetiva derivada de los daños producidos por una hipotética prestación de servicios sanitarios defectuosa y con la naturaleza y características de ese daño.

La Sala rechazó la posibilidad de apreciar una responsabilidad objetiva del Insalud, haciendo suyo el argumento de la sentencia de instancia.

La Audiencia consideró que no cabía apreciar dicha responsabilidad objetiva, porque los progenitores demandantes se basaron únicamente en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil. En consecuencia, se renuncia a una aplicación de las normas que configuran objetivamente la responsabilidad de las Administraciones Públicas, así como a una aplicación del artículo 28.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En este caso, en concreto, parece que no cabía atribuir responsabilidad por culpa a la doctora que se había ocupado del seguimiento del embarazo. La prueba pericial practicada puso de relieve que actuó con la diligencia debida, según las exigencias de la *lex artis ad hoc*. Pero, en realidad, lo importante es saber si la imprevisión sobre las malformaciones del feto entran dentro de los límites actuales de la praxis médica en nuestro país.

Lo que sí es evidente es que los progenitores no informaron al Centro Hospitalario que vivían cerca de una central nuclear, con los consiguientes riesgos que ello supone para la salud del feto. Por tanto, lo que sí se produjo fue un uso incorrecto del servicio sanitario en cuestión, como consecuencia de esa falta de información. Tengamos en cuenta que el médico está obligado a informar al paciente —y de esta obligación, sin duda, se ha escrito mucho—, pero también es cierto que el paciente está obligado a comunicar al médico toda la información posible y, desde luego, el hecho de tener su residencia en un lugar próximo a una central nuclear es un dato que, evidentemente, hay que suministrar al médico, al objeto de que éste tome las debidas precauciones y efectúe, en su caso, las pruebas correspondientes y oportunas.

Pero lo que más me interesa destacar de esta sentencia —por lo que al tema analizado se refiere—, es el relativo a pronunciarse sobre la existencia, o inexistencia, de un derecho al aborto, *ex* artículo 417 bis del Código Penal.

En nuestro país, parece evidente que un derecho al aborto no existía hasta la nueva ley de interrupción del embarazo de 2010, y todo lo más que cabía hablar es de una facultad de abortar o para abortar, con el fundamento de que todo aquello que no está prohibido por la Ley está permitido y queda comprendido dentro del ámbito de la libertad personal reconocida por nuestra Constitución, *ex* artículo 1.º y 17.1.º

Ello no quiere decir que la privación del ejercicio de esa facultad no constituya un daño indemnizable, si concurren los requisitos de responsabilidad subjetiva u objetiva exigibles. Nuestro sistema jurídico reconoce la existencia de daño, siempre y cuando el mismo tenga alguna entidad material

o psicológica —daño moral— en el bienestar de la persona, sin necesidad de que el mismo implique la lesión de un derecho específico de la víctima.

La niña nació con múltiples anomalías congénitas, consistentes, entre otras, en las siguientes: ausencia de antebrazo y mano izquierda; el brazo derecho con la mano y los dedos fusionados; el miembro inferior izquierdo presenta ausencia de la pierna y el pie; en el lado izquierdo y derecho sólo existe medio muslo; hioplasia lingual con anquiloglosia; imperforación anal.

La descripción de estas malformaciones es realmente dolorosa. El daño de los progenitores es evidente a todas luces, sobre todo el padecido por la madre, al esperar una hija normal y habérsela privado de la posibilidad de decidir en su momento si querían tener semejante hija o preferían renunciar a ella procediendo a realizar un aborto en el tiempo legalmente permitido entonces por nuestra legislación penal.

Hay que pensar en la cuantía —exorbitante, sin duda— de los gastos extraordinarios que el cuidado de la niña ha de producir, así como el inmenso sufrimiento y la amargura que la vida de la niña ha de causar, con carácter permanente, a sus progenitores. Se trata de una «pena viva».

Tal como ha expuesto, con agudeza, Rodrigo BEROVITZ RODRÍGUEZ-CANO (37), la procedencia de la indemnización no quiere decir que no existan dudas sobre la decisión que habrían adoptado los padres de la niña de haber conocido a tiempo su malformación. Es evidente que, por diversas razones, por ejemplo, las basadas en las creencias religiosas, podrían haber optado por seguir adelante con el embarazo y dar a luz a la niña. Pero lo relevante —éste es, a mi juicio, el factor principal— es que, en tal supuesto, habrían asumido consciente y libremente esa carga material y moral derivada del nacimiento de una hija en semejantes condiciones. Dicha carga moral y material se transforma en daño indemnizable cuando la misma se produce indebidamente de forma inesperada, sin haber podido decidir al respecto.

Es, por tanto, la imposibilidad o, por mejor decir, la no opción de decidir lo que constituye el daño que va a ser indemnizable.

El sufrimiento y la desolación lo padecen no sólo los progenitores, sino también, por supuesto, la niña nacida en estas lamentables condiciones. Por lo tanto, los progenitores y la niña deberían tener derecho a una indemnización. Lo que sucede es que las cosas no son tan sencillas en Derecho y hay que tener en cuenta unos factores: en primer lugar, si la niña está legitimada para solicitar indemnización. Si contestamos a esta interrogante que sí, que, efectivamente, lo está, entonces habría que concluir que la legitimación le viene porque ha nacido, porque está viva, y no ha habido oportunidad, u opción, de no nacer, la no vida. Es decir; se propone la concesión de una

(37) *Idem*, «Capítulo VIII, artículos 25-30 de la Ley General de Consumidores y Usuarios», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

indemnización por el hecho de haber dejado existir a la persona que reclama. Esto es muy fuerte, porque, de prosperar esta tesis, habría que pensar en aquellos progenitores que, aún conscientes de que el feto presenta malformaciones o taras genéticas, deciden continuar adelante con el embarazo y dar la vida a un hijo. En este supuesto, podrían ser demandados por el propio hijo, basándose en que sus progenitores le han dado la vida, una vida que era mejor no vivir. En otras palabras, el hijo les reclamaría los daños sufridos por haberle permitido nacer.

El Tribunal Supremo afirma, en esta sentencia objeto de estudio, que «los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener, de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento».

Algunos autores estiman que esto es absurdo: pensar que el daño lo constituye el nacimiento, la vida. Pero no lo es, desde mi punto de vista. Una vida debe merecer la pena ser vivida. El derecho a la salud, a la integridad física y/o psíquica, son derechos que, hoy en día, están reconocidos en la Constitución. Cuando una vida se convierte en un tormento, en un sufrimiento inagotable, ¿estamos, en realidad, hablando de una vida que merezca la pena ser vivida? ¿No es más cierto que defender por encima de toda otra consideración a la vida desemboca en actitudes absolutistas y de intolerancia? La vida es un derecho y es un bien, pero no a cualquier precio.

Un ser humano nacido con malformaciones para toda la vida va a necesitar de ayuda material y moral indiscutibles. Por lo tanto, los daños, materiales y morales serán cuantiosos y el sufrimiento, no sólo de ese ser humano, sino de los padres, incalculable.

La sentencia condenó al pago de setenta y cinco millones de las antiguas pesetas por todos los conceptos, incluido el daño moral, precisando que «de ellos —se refiere a la cantidad económica otorgada—, los padres, como representantes legales, sólo podrán disponer libremente de veinticinco millones, quedando los cincuenta millones restantes depositados en una cuenta corriente o similar, con su rendimiento correspondiente hasta que la propia Alicia alcance su mayoría de edad y pueda disponer libremente de los mismos en su beneficio o interés, y salvo que los padres, justificándolo adecuadamente, y previa autorización judicial, a tal efecto, necesiten disponer de dicha cantidad, en la parte correspondiente, siempre en interés de su hija Alicia».

Veamos ahora otra sentencia dictada en nuestro país sobre tan controvertido tema. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2002, que entró a conocer de una pretensión de resarcimiento, presentada por la madre, que, habiendo quedado embarazada a una edad algo tardía —cuarenta años—, acudió al médico, planteándole el temor de que el feto pudiera presentar malformaciones o deficiencias. El facultativo desechó estos temores, asegurándole que «no debía preocuparse», y que todo iba «normal». El niño nació con síndrome de Down.

El Tribunal Supremo no estimó la pretensión resarcitoria de la madre, entendiendo que, en el caso litigioso, no concurría el nexo de causalidad entre el defecto de información del médico y el daño, cuya reparación se solicitaba. La sentencia argumentó afirmando que «aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante».

Este argumento es incorrecto, porque el daño cuya reparación se solicitaba en la demanda no era la malformación o deficiencia del hijo, sino el nacimiento de éste con síndrome de Down.

El Tribunal Supremo declaró que «el establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas».

«El hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo».

«Al no existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido, procede la estimación del motivo».

Según José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (38), que ha estudiado esta sentencia, en este razonamiento del Alto Tribunal aparecen mezcladas dos cuestiones distintas: por un lado, el daño, cierto, que experimentó la madre al privársele de la facultad de abortar, y, de otro lado, el daño que, según los demandantes, sufrió aquélla, por haber dado a luz a un niño deficiente.

En el proceso, no se logró demostrar que la madre hubiera abortado, en el caso de que hubiera sabido que el hijo nacería con el síndrome de Down. Y, en este sentido, es verdad que no se pudo probar la existencia de un nexo de causalidad entre el defecto de información, imputable al médico, y el nacimiento del niño, «daño» cuyo resarcimiento se pedía en la demanda, aunque, a juicio de este jurista, no estamos aquí ante un daño resarcible. Fue la falta de información del facultativo el factor que privó a la madre de la facultad de interrumpir su embarazo y la privación de esta opción es, en sí misma, un daño moral, que se produce, con independencia de que su titular tuviera, o no, la voluntad de ejercitarla. Respecto de este daño, consistente en la pérdida de la opción de abortar, que la Ley concede a toda madre, cuyos hijos vayan a nacer con graves

(38) DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano», en *Daños en el Derecho de Familia*, *ob. cit.*

deficiencias, es evidente que sí se puede afirmar la existencia de un nexo de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a la madre de la facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada en meras conjeturas.

Esta sentencia últimamente citada resuelve, en realidad, un supuesto, complejo, de *wrongful birth*, aunque la demanda planteaba, además, un supuesto de *wrongful life*, que fue estimado por la sentencia de primera instancia, pero que tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo rechazaron.

Una gran mayoría de casos de *wrongful conception*, resueltos por nuestra Jurisprudencia, están referidos a supuestos que tienen su origen en una operación de esterilización fallida, bien sea la vasectomía o la ligadura de trompas, practicada de forma negligente, o bien practicada correctamente, pero con omisión por parte del médico de la información relativa a las precauciones que deben adoptarse o a los riesgos de que no produzca el efecto perseguido.

En alguna otra sentencia, la anticoncepción fallida se refiere también a la colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo intrauterino defectuoso que, al ser ineficaz, no ha impedido el embarazo.

Miguel MARTÍN CASALS y Joseph SOLÉ FELIÚ afirmaban que es de naturaleza distinta el supuesto en que se produce el nacimiento de un hijo con una malformación o enfermedad genética no causada por la negligencia del médico. En estos supuestos, la omisión por parte del médico de la información relativa a la anomalía impide a la madre optar por interrumpir el embarazo dentro de los plazos previstos en nuestra legislación penal. Cuando la madre ejercita la acción en nombre propio, se habla de acción de *wrongful birth*. Se habla de *wrongful life* cuando la ejercita el hijo, o los progenitores en nombre de éste (39).

La nota común a todos estos supuestos es que, sin la negligencia del facultativo, el hijo no habría sido engendrado o, en otro caso, la madre no habría dado a luz, porque habría optado por la alternativa que se le planteaba, que no es otra que la interrupción voluntaria del embarazo, de la gestación.

El problema más arduo que se plantea, a la hora de enfrentarse a estas cuestiones delicadas y complejas, es el relativo a la identificación jurídica del daño. ¿Cómo se puede calificar a un hijo de daño? O, en otras palabras, ¿cómo se puede considerar que el nacimiento de un hijo con malformaciones o taras constituya un daño, un perjuicio?

Quizá el problema radica en que resulta muy duro responder afirmativamente a esa pregunta. Pero, si nos detenemos a reconsiderar el tema, se

(39) MARTÍN CASALS, Miguel, y SOLÉ FELIÚ, Joseph, «Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). A propósito de la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2003», en *www.indret.com*, 2/2004.

observa que, aunque la vida sea un bien precioso, maravilloso, y un derecho, sin embargo, como ya indiqué anteriormente, ese bien no debe serlo a cualquier precio. El nacimiento de un hijo con graves taras implica un coste económico cuantioso, lo que, sin duda, representa un perjuicio para los progenitores. Pensemos en el cuidado y asistencia de estos hijos y en las elevadas sumas que ello comporta. En este sentido, es interesante destacar que una sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1994, reconoció, en *obiter dicta*, la posibilidad de conceder una indemnización como «ayuda a la alimentación y crianza» de los hijos.

Cabe, también, citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 9 de julio de 1999, relativa a un embarazo producido tras una operación de vasectomía, en la que se indemnizó a los progenitores por los daños sufridos «en concepto de ayuda o contribución a los gastos de crianza de la hija».

DE ÁNGEL YAGÜEZ ha puesto de relieve, con agudeza, que nos encontramos, en realidad, ante un planteamiento meramente hipotético, ya que el problema principal radica en saber si la madre, efectivamente, habría abortado, o no, en el supuesto de que hubiera podido ejercitar esa facultad (40), o sea, en el caso de haber tenido la opción o elección. Resulta imprescindible que la madre declare que, de haber podido, hubiera optado por interrumpir el embarazo, aunque este jurista estima suficiente la simple declaración, *a posteriori*, hecha en el momento de interponer la demanda, sin que, por ejemplo, pueda ser rebatida mediante el argumento de que su trayectoria personal revela unas convicciones morales que hacen inverosímil que hubiera abortado. Sin embargo, otros autores, como Díez-PICAZO (41), considera que la hipotética voluntad de la madre es irrelevante, porque el daño consiste en la mera privación de la posibilidad de optar en torno a la interrupción voluntaria del embarazo.

No obstante, Miguel MARTÍN CASALS y Joseph SOLÉ FELIÚ han apuntado que el único caso en que resulta dudoso indemnizar a la madre que no ha podido decidir en torno a la interrupción legal del embarazo es aquel en que demuestra que, de haber podido hacerlo, no habría abortado (42), tesis ésta que se basa en meras conjeturas y no, desde luego, en datos reales y que pudieran ser debidamente contrastados, porque supone, ni más ni menos, que establecer un juicio hipotético que, en cierto modo, coincide con la doctrina alemana de «la conducta alternativa conforme a derecho».

José Ramón DE VERDA Y BELMONTE expresaba que la falta de información del médico sí priva a la madre de la facultad de interrumpir su embarazo, lo

(40) DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

(41) Díez-PICAZO, GIMÉNEZ, Luis, «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», en *La Ley*, 1998, documento 168.

(42) MARTÍN CASALS, Miguel, y SOLÉ FELIÚ, Joseph, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar*, artículo citado en nota 39.

que, a juicio de este jurista, es, en sí misma, un daño moral, que se produce con independencia de que su titular tuviera, o no, la voluntad de ejercitarla (43). En consecuencia, respecto de este daño, consistente en la pérdida de la opción de abortar, que la Ley concede a toda madre cuyos hijos vayan a nacer con graves deficiencias o taras físicas y/o psíquicas, sí se puede afirmar la existencia de un nexo de causalidad, algo que, sin embargo, el Tribunal Supremo no estima que sea evidente: «el establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla —la madre— de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas».

La sentencia, más reciente, del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2005, reiteró esta tesis citada anteriormente, afirmando que el nacimiento del niño con síndrome de Down produce un daño, resarcible, no sólo de carácter moral, sino también patrimonial, extremo éste que, al menos de forma expresa, no había declarado la sentencia que sirve de apoyo a ésta.

El supuesto se recondujo, como a una mujer de cuarenta años, embarazada, que se sometió a un diagnóstico prenatal (biopsia Coral transabdominal bajo control ecográfico), para detectar si el feto estaba afectado por el síndrome de Down, con el fin de poder abortar, en el supuesto de que efectivamente lo estuviera. Tras la práctica de la prueba, se le comunicó que el feto era citogenéticamente normal, por lo que siguió adelante con el embarazo. Sin embargo, dio a luz un varón con el síndrome de Down. La madre y su marido ejercitaron una demanda de responsabilidad civil, que fue desestimada en las dos instancias, pero acogida favorablemente por el Tribunal Supremo, que condenó a las instituciones sanitarias demandadas al pago de una indemnización de veintisiete millones de las antiguas pesetas a cada uno de los progenitores, al considerar acreditada la negligencia de los profesionales sanitarios, así como el hecho de que la madre hubiera abortado, de haber sabido que el niño nacería con el síndrome de Down. Este último factor no es más que un juicio hipotético, como ya ha quedado reseñado anteriormente.

El Tribunal Supremo razonó afirmando que «el daño, por tanto, resulta no solo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva. Son daños susceptibles de reparación económica con un doble contenido: moral y patrimonial. El moral, derivado de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo —es éste el mismo razonamiento que la sen-

(43) DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano*, artículo citado en nota 38.

tencia del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 1997, realizó en su día—. Por lo que respecta al daño patrimonial, afirma lo siguiente: «Éste, consecuencia de la existencia de un perjuicio efectivo y perfectamente evaluable que puede resultar del coste de las pruebas diagnósticas, de un innecesario embarazo y parto y de la adaptación de los padres a la nueva situación social, familiar, económica y de atención especial surgida de un hecho previsto y extraordinario para ellos, como es el nacimiento de un hijo afectado por síndrome de Down».

Según José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (44), la tesis sustentada por el Tribunal Supremo le produce rechazo, añadiendo que la Jurisprudencia española ha sido mucho más clara que la francesa, porque la Corte de Casación gala no se atrevió a decir que el nacimiento de un niño enfermo constituyera un daño resarcible. En el caso *Perruche*, se afirmó que el daño que debía ser indemnizado, era la enfermedad con que la niña había nacido —rubéola—. Dicha información no era correcta, desde el momento en que, a juicio de este jurista, faltaba el nexo de causalidad entre la enfermedad —fruto del contagio accidental— padecida por el recién nacido y la negligencia del personal sanitario, que no detectó dicha enfermedad en el diagnóstico prenatal. No obstante, la sensibilidad jurídica de los jueces franceses les impedía reconocer expresamente que el nacimiento de un niño deficiente fuera un daño resarcible, por lo que sacrificaron el rigor técnico en la valoración de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual —y, concretamente, el tema concerniente al nexo de causalidad— en aras al respeto, al menos, formal, del principio constitucional de dignidad de toda persona humana.

A continuación, voy a referirme al nexo de causalidad y a su problemática.

EL NEXO DE CAUSALIDAD EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*

Para referirnos al nexo de causalidad, hay que hacer, en primer lugar, una consideración, aunque sea sucinta, acerca de la identificación del daño o perjuicio. ¿Cuál es el daño? Cabría responder que el daño sufrido por la madre consiste en la pérdida de la oportunidad de decidir libremente abortar, o no, doctrina que se acerca o equipara, en determinadas ocasiones, a la tesis francesa de la «perte d'un chance». En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 15 de septiembre de 1998, aludió al daño como la «pérdida de una oportunidad», consistente en «la posibilidad de elegir entre dar a luz a un hijo con malformaciones o abortar».

En la doctrina francesa, la producción del «suceso favorable» para la víctima ha de ser aleatoria, casual, producto del azar, sin que la materialización del evento pueda depender en ningún caso de la voluntad de la misma.

(44) *Idem*, *ibidem*.

En este sentido, hay que descartar la aplicabilidad de esta doctrina en los supuestos de *wrongful birth*, porque éstos se basan, de manera exclusiva, en una facultad, que es la de interrumpir el embarazo, cuyo ejercicio depende exclusivamente de la voluntad de la madre, la misma persona, en definitiva, que, como perjudicada, ejercerá la demanda.

No parece que pueda alegarse, como elemento ajeno a la esfera de la víctima, el dictamen médico de los dos especialistas, porque éstos únicamente se limitan a constatar la presencia de los requisitos legales para proceder a un aborto no punible —en los plazos legalmente permitidos—, dejando, desde luego, la decisión final en manos de la madre y de su voluntad. Otra cosa será la aplicación de esta doctrina en una eventual acción de *wrongful life*, como han puesto de relieve Miguel MARTÍN CASALS y Joseph SOLÉ FELIÚ (45), ejercitada por el hijo, para quien la decisión de la madre es claramente un suceso ajeno y, desde su punto de vista, aleatoria.

El daño moral a la madre se produce siempre que no es informada de las deficiencias del feto, con independencia, por tanto, de cuál hubiera sido su decisión final: si abortar o no abortar, en el supuesto de haberlas conocido. De admitir lo contrario, se llegaría a un absurdo que no puede acogerse, cual es el sin sentido de que sólo las madres que estuvieran dispuestas a abortar podrían recibir una indemnización de daños y perjuicios destinada a satisfacer las necesidades económicas del hijo enfermo, al paso que quedarían excluidas de esa indemnización aquellas madres que hubieran estado dispuestas a continuar con el embarazo, a pesar de estar informadas y saber que darían a luz a un hijo con taras o deficiencias físicas y/o psíquicas.

Si nos centramos en el tema que plantea la causalidad natural y su problemática, observamos que el facultativo no es el que causa la malformación al feto, ni siquiera hubiera podido evitarla. Por otra parte, cuando se trata de un supuesto de omisión, hay que suponer una causalidad hipotética, con los consiguientes problemas probatorios.

Hay que añadir a todo ello que la decisión sobre si interrumpir, o no, el embarazo, depende únicamente de la madre y de su voluntad y, por tanto, es difícil probar que, en el caso de que el facultativo hubiera cumplido su deber, no hubiera nacido el hijo con malformaciones. Sin embargo, la ausencia de relación causal —o nexo de causalidad— no debe impedir la imputación de responsabilidad al facultativo, con fundamento en el incumplimiento del deber de informar adecuadamente, teniendo en cuenta el alto riesgo o, en otras palabras, la alta probabilidad de que el daño se realizara. Por ello, cabe sostener que, si el facultativo actúa diligentemente, es probable que el daño no se produzca.

(45) MARTÍN CASALS, Miguel, y SOLÉ FELIÚ, Joseph, «Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2002», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2002 (marginal 1627).

Hay que resaltar que las sentencias que han concedido indemnizaciones contienen todas ellas la valoración, como negligente, de la actuación del médico, ya sea en la determinación de las técnicas de diagnóstico adecuadas al caso, como en su realización o en la falta de información sobre el fracaso de las pruebas. Siempre que se concede indemnización es porque se ha demostrado un nexo causal o una relación de causalidad entre la actuación del médico —u omisión, en cuyo supuesto se trata de un tema de imputación— y el daño o perjuicio efectivamente producido.

Desde luego, el gran obstáculo con que se encuentran las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* viene constituido, precisamente, por la problemática jurídica que plantea la relación de causalidad.

Para que el facultativo responda por el daño experimentado por los progenitores y por el hijo nacido con taras o deficiencias, es necesario, como requisito *sine qua non*, que el comportamiento del médico se pueda considerar como la causa de tal daño. Ello, en muchas ocasiones, deviene imposible de afirmar, con lo que los Tribunales se limitan a rechazar la pretensión indemnizatoria ejercitada por los progenitores y/o por el hijo.

A este respecto, Andrea MACÍA MORILLO ha afirmado que esta dificultad parece, en efecto, difícil de evitar, pues se encuentra inserta en la propia esencia de estas acciones, pero sí es posible paliarla a través de un estudio coherente de este elemento y que tenga en cuenta las peculiaridades en él presentes. Para ello, esta autora comienza realizando una primera puntualización, al estimar que, aunque la función de la relación de causalidad de puesta en conexión entre el daño y el evento dañoso debería introducir una necesaria diferenciación entre las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* —al ser el daño en ellas reclamado diferente—, si contemplamos los supuestos planteados, se podría constatar que, desde un punto de vista causal, la principal diferencia no radica tanto en la esencia del daño en sí, como en el momento en que se sitúa el evento que se identifica como daño dentro de la cadena de acontecimientos sucesivos. De este modo, y según este razonamiento, lo relevante, en estos casos, en el momento temporal en que se produce el daño, que obliga a establecer el enlace causal hasta un punto u otro. Así, el comportamiento del profesional sanitario pone en marcha un curso causal que desemboca en el falso negativo del que tienen conocimiento los progenitores. Y, a partir de ahí, se suceden una serie de acontecimientos —decisión de los progenitores en el diagnóstico preconceptivo, o falta de decisión en el diagnóstico prenatal—, el nacimiento y la concreción en el hijo de los defectos o enfermedades de las que el profesional sanitario debería haber advertido a los padres. Hasta aquí el curso temporal de los hechos a lo largo de los cuales se van produciendo los daños que se reclaman: la privación de la decisión de la libertad de procreación o de la facultad de abortar, el daño moral por la falta de preparación psicológica para tal evento —si se acepta que el nacimiento y la vida del hijo constituye un daño,

algo, a mi juicio, duro en sí mismo—, el daño por vivir y los daños patrimoniales y morales de rebote (46).

LA INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL: EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR

En los supuestos de las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life* —como en otros supuestos—, cabe que concurran determinados eventos que interrompan la relación de causalidad establecida entre el comportamiento del agente y el daño.

La ruptura del nexo causal exonera de responsabilidad al agente del cual se reclamaba ésta. En estos casos, se considera que el daño es producido por el evento interruptor y no por el sujeto en sí, motivo por el cual éste no debe asumir la carga del daño.

Como ha expresado Andrea MACÍA MORILLO (47), en la medida en que estos eventos pueden incidir en el curso causal desplegado en estas acciones de responsabilidad, es necesario estudiar cómo pueden intervenir en el supuesto de hecho de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* y cuándo han de exonerar de responsabilidad al profesional sanitario.

Tanto la fuerza mayor como el caso fortuito son estudiados en el marco de la relación de causalidad como eventos que producen, en todos los sistemas, una interrupción del nexo causal entre el comportamiento del responsable y el daño, eventos que son sinónimos en tanto que no se asignen diversos efectos a uno y a otro.

El caso fortuito y la fuerza mayor se han convertido, tradicionalmente, en los sistemas de responsabilidad subjetiva como el reverso de la culpa, según DE ÁNGEL YAGÜEZ (48). En presencia de un evento imprevisible o inevitable, se ha de estimar que el profesional sanitario no pudo adecuar su conducta a los parámetros de la *lex artis*, por lo que actuó con diligencia o, en otros términos, el daño se ha producido sin su culpa. La propia idea de imprevisibilidad e inevitabilidad hace referencia a lo que era exigible del responsable, idea que entronca con la existencia de un parámetro de comportamiento adecuado.

El caso fortuito puede ser definido como «el que se deba, con relación causa-efecto, a un evento ocurrido sin intervención de la voluntad del deudor, imprevisible, o, aun previsto, inevitable» (49).

(46) MACÍA MORILLO, Andrea, *ob. cit.* en notas 16, 28 y 30.

(47) *Idem*, *ibídem*.

(48) DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Responsabilidad civil por actos médicos», *ob. cit.* en nota 40.

(49) ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La medicina ante los derechos del paciente*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2002.

Si se interpretan, en cambio, estos eventos en el ámbito de un sistema de responsabilidad objetiva u objetivada, su extensión se ha de remitir a un criterio de riesgo de la actividad o ámbito de control puesto a cargo del responsable, no de previsibilidad.

Respecto a los casos de fuerza mayor, hay que resaltar que solamente se producirán en la fase de comunicación del diagnóstico, una vez elaborado éste, ya que, en las fases anteriores, es difícil que los eventos que inciden en la elaboración del resultado se planteen como externos al ámbito de control o al ámbito de la actividad médica desarrollada. Cuando la reclamación de responsabilidad se realice a través de un sistema de responsabilidad objetiva u objetivada, generalmente no se producirá la exoneración de la responsabilidad, sino la imputación de la misma. Y sólo se exonerará el profesional de tal responsabilidad si realmente el daño se produce por fuerza mayor.

Será en el ámbito de la responsabilidad extracontractual subjetiva y en el ámbito de la responsabilidad contractual en que la prestación pactada sea una obligación de medios —no habiéndose acordado entre las partes una distinta imputación del riesgo derivado de la actividad— cuando quedará exonerado el profesional sanitario por un supuesto cuya previsión y evitación no resultaban exigibles de acuerdo con los criterios de la *lex artis ad hoc* y la diligencia profesional.

Hay que plantearse también si la exoneración debe admitirse igualmente cuando, junto al evento extraño a la actuación del profesional sanitario, éste realiza un comportamiento que conduce asimismo al falso negativo.

En este último supuesto, estimo, tal como ha apuntado, de forma mayoritaria, la doctrina española (50), que habrá que proceder a un reparto o minoración del resarcimiento, no siendo justo exonerarle del todo, pero tampoco ponerlo todo a su cargo, por lo que habrá que establecer una regla proporcional, algo que, sin embargo, a mi juicio, no es nada fácil.

LA CULPA DE LA VÍCTIMA COMO INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL

Cuando, en la causación del daño, interviene el comportamiento de la propia víctima, del perjudicado, el nexo causal, lógicamente, se va a ver interrumpido respecto del comportamiento del profesional sanitario.

En el supuesto de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, se trata de aquellos casos en los que la víctima del daño contribuye a provocar el defecto de información acerca del estado de salud del embrión o feto, o acerca de los riesgos que amenazan al no concebido.

(50) Díez-PICAZO, Luis, «Derecho de daños», *ob. cit.* en nota 31; PANTALEÓN PRIETO, F., «Del concepto de daño», *ob. cit.* en nota 15.

El defecto de información es debido a la víctima cuando, a la hora de proporcionar la información necesaria para elaborar los antecedentes clínicos sobre los cuales calificar el embarazo de riesgo o detectar, en general, los indicios de riesgo, omite voluntaria y deliberadamente datos sobre los cuales le pregunta, o falsea las respuestas, tal como expuso JUNKER (51).

También, el defecto de información, en relación con las pruebas necesarias, es debido a su comportamiento cuando no se somete a las pruebas indicadas, o se somete fuera del plazo que se le ha marcado por el profesional sanitario. En este sentido, ALONSO PÉREZ establecía, como ejemplo de culpa de la víctima, el retraso de una intervención quirúrgica por parte del paciente (52). También cabe hablar de culpa de la víctima cuando el paciente, de forma voluntaria, no sigue las indicaciones médicas (53).

Naturalmente, otros supuestos se reconducen a los casos en que la gestante opta por no interrumpir el embarazo, una vez conocida la existencia de las taras o defectos que aquejan al feto. En este sentido, hay que entender que la mujer asume, con ello, la carga de los daños posteriores al nacimiento e interrumpe, asimismo, el curso causal iniciado en la fase preconceptiva por el profesional sanitario.

Hay que resaltar que la interrupción del nexo causal debido al comportamiento de la propia víctima sólo es posible en las acciones de *wrongful birth*, pero no en las de *wrongful life*, donde, por definición, los hechos se producen con anterioridad al nacimiento del hijo, motivo por el cual difícilmente puede éste intervenir en la causación de su propio daño (54), tal como ha expresado, con agudeza, DE ÁNGEL YAGÜEZ (55).

LA INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH*

En primer lugar, hay que hacer notar que la interrupción del nexo causal en las acciones de *wrongful birth* —y, por ende, la exoneración del personal sanitario— se va a producir sólo en los casos en los que la causación del falso negativo del que derivan los daños reclamados sea imputable exclusivamente

(51) JUNKER, C., *Wrongful life, wrongful birth, wrongful pregnancy, wrongful adoption and parenthood*, Duncker and Humblot, Berlín, 2002.

(52) ALONSO PÉREZ, M., «La relación médico-enfermo, presupuesto de la responsabilidad civil (en torno a la *lex artis*)», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Ediciones Dykinson, Madrid, 2000.

(53) ROMERO COLOMA, Aurelia María, «La medicina ante los derechos del paciente», *ob. cit.* en nota 49.

(54) MACIA MORILLO, Andrea, «La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales», *ob. cit.*

(55) DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

al comportamiento de la víctima. Son esos supuestos en los que existe una evidente desproporción entre la actuación de la víctima y la del responsable, según REGLERO CAMPOS (56). No son admisibles, por tanto, los supuestos en los que concurre, igualmente, un comportamiento del profesional sanitario que contribuya a la causación del falso negativo.

En los casos de concurrencia de culpas, o concurrencia de comportamientos causalmente relevantes, se debe considerar que el daño es causado por ambos intervinientes, a menos que la intervención de la víctima venga provocada por la negligencia del profesional sanitario, en cuyo caso, como es lógico, sólo va a responder éste. Pero no se deberá exonerar de responsabilidad al facultativo, aunque tampoco se le deberá atribuir toda la responsabilidad por el daño causado, aunque esta tesis no es compartida unánimemente por la doctrina española, ya que, tradicionalmente, el principio ha sido el de la exoneración del agente ante cualquier intervención de la víctima del daño.

Cuando, efectivamente, se produce un supuesto de concurrencia de culpas, hay que reducir o minorar la cuantía de la indemnización en proporción a la intervención que haya tenido la víctima en la causación del daño, propiciando, de este modo, que se impute responsabilidad al facultativo únicamente en la medida en que contribuyó a producir los daños. Es el tema de la compensación de culpas que actúa en sede de indemnización.

LA INTERVENCIÓN DE TERCERO COMO HECHO INTERRUPTOR DEL NEXO CAUSAL

Hay que destacar que el nexo causal también es susceptible de interrumpirse cuando, en la cadena de acontecimientos puesta en marcha por el responsable, un tercer sujeto, ajeno al ámbito de control del primero, interviene, y cuya acción, u omisión, genera un curso causal independiente, que es el que origina el daño.

El resultado de la intervención del tercero, en primer lugar, implica que el profesional sanitario queda exonerado del daño. Y, en segundo lugar, que la responsabilidad se puede atribuir al tercero, en cuanto causante del daño, siempre y cuando se reúnan los requisitos imprescindibles para ello, es decir, que el comportamiento del tercero sea negligente —con la excepción de que la responsabilidad sea objetiva—.

PANTALEÓN PRIETO definía esta interrupción del nexo causal como la intervención dolosa, o gravemente imprudente, de un tercero en el nexo causal

(56) REGLERO CAMPOS, L. F., «El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2.^a ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.

puesto en marcha por el demandado (57). En estos casos, se niega la imputación del daño al responsable, salvo que esta intervención del tercero fuera conforme a Derecho, salvo que se hubiera visto significativamente favorecida por la actuación del agente, o salvo que se trate, precisamente, de una de las conductas que trataba de prevenir la norma de conducta (58).

En el ámbito analizado, es decir, en sede de acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life*, hay que resaltar que serán escasos, evidentemente, los supuestos en que se produzca una exoneración de responsabilidad por esta causa, porque, para que el falso negativo se produzca por la intervención del tercero dentro del proceso de diagnóstico desarrollado, generalmente se tratará de un caso en que esta conducta se haya visto favorecida por la del primer profesional sanitario interviniente, que era el que, precisamente, llevaba a cabo el procedimiento, y hay que señalar que el favorecimiento permite afirmar la imputación objetiva.

De todas formas, pueden surgir, en la práctica, supuestos en que la exoneración sea posible. Pensemos, por ejemplo, en el diagnóstico erróneo que provenga de datos y de pruebas llevadas a cabo por facultativos distintos del profesional sanitario que emitió el diagnóstico. Este caso se plantea, bastante frecuentemente, cuando, en el marco de la sanidad privada, el paciente acude a un laboratorio o a un especialista para practicarse las pruebas prescritas por el profesional sanitario que lleva a cabo el diagnóstico. Si el laboratorio profesional sanitario encargado de realizar las pruebas emite un resultado erróneo, con negligencia grave, o incluso con dolo, el profesional sanitario que emita el diagnóstico sobre tales resultados proporcionará un diagnóstico erróneo a los progenitores; pero, lógicamente, la responsabilidad no será suya o, en términos jurídicos, no le será imputable. Será algo natural, incluso, que el profesional sanitario confíe en la actuación de otros profesionales, siempre que no resultaren manifiestamente negligentes o incompetentes. Cuando, por el contrario, el facultativo que trata a la paciente, tenga noticias, fundadas, de la incompetencia profesional de determinados laboratorios, deberá abstenerse de enviar a su paciente a la realización de pruebas o análisis, porque, de hacerlo, estaría contribuyendo, con su conducta, a sabiendas, al favorecimiento del daño y, en definitiva, a la producción de un resultado perjudicial para la paciente.

(57) PANTALEÓN PRIETO, F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

(58) MACIA MORILLO, Andrea, *ob. cit.*

SENTENCIAS EN RELACIÓN CON LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE 10 DE OCTUBRE DE 2001

El supuesto se recondujo a una mujer, de treinta años, sin antecedentes de riesgo, a la que no se le informó adecuadamente durante el embarazo y no se le practicó el triple *screening*, como es habitual, aunque no preceptivo. Posteriormente, el hijo nace con síndrome de Down.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 5 DE MAYO DE 1998

Una mujer se medica durante el embarazo debido a problemas de asma y no se le informa del riesgo que la medicación suponía para el feto, ni se le hicieron pruebas diagnósticas indicadas en estos casos, por lo que tuvo un hijo con diversas malformaciones, entre ellas hidrocefalia.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, DE 31 DE MARZO DE 2000

Una mujer de cuarenta y un años fue sometida a la amniocentesis, siendo el resultado de la prueba totalmente erróneo, ya que el hijo nació con el síndrome de Down. La sentencia condenó al facultativo que hizo la extracción y al genetista que analizó el líquido amniótico, fundamentando su decisión en la desproporción del daño en relación a lo que es habitual según las reglas de la experiencia, invirtiendo, en este caso, la carga de la prueba. En relación con este tema de la desproporción del daño, o daño desproporcionado en Medicina, es oportuno hacer algunas consideraciones.

Ha sido nuestra Jurisprudencia la que ha elaborado la tesis o doctrina del resultado desproporcionado en Medicina, como elemento que, como en la anterior sentencia analizada, justifica una inversión de la carga de la prueba, desplazando sobre el facultativo demandado la demostración de la propia diligencia, como una técnica correctora que exime al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa del médico cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la actuación enjuiciada. Es decir, se desplaza sobre el médico la carga de probar que obró con la debida diligencia, con una buena praxis y no es el perjudicado —el paciente— el que tiene que probar, como ocurre generalmente, que se produjo una mala praxis.

En los Fundamentos de Derecho de esta interesante sentencia, se observa que el médico genetista incurrió en varios errores, por lo que los progenitores

le demandaron al amparo de lo establecido en los artículos 1.902, 1.101 y 1.104 del Código Civil, solicitando la indemnización de los daños y perjuicios morales y económicos sufridos, al considerar estos daños consecuencia de la actuación negligente tanto del genetista como del médico, en base a: 1.º) la ausencia de información en la forma correcta y legalmente exigible de los riesgos de la prueba de la amniocentesis, así como de los posibles errores en el diagnóstico de dicha prueba; 2.º) realización incorrecta de la amniocentesis; 3.º) la no indicación de nuevas pruebas cuando surgieron dudas respecto del sexo del feto, con diagnóstico contrario al de la amniocentesis y la ratificación del anterior diagnóstico sin informar a los demandantes de que pudiera darse una variación en el resultado de la prueba en cuanto a la normalidad cromosómica del feto.

La sentencia dictada en primera instancia estimó íntegramente la pretensión actora, iniciando su fundamentación en la afirmación de que la demanda se ejercita al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, ante el hecho de haber nacido hembra y con síndrome de Down la hija de los actores, cuando de los resultados de la amniocentesis practicada y analizada por los codemandados dio como resultado que el feto era varón y sano, lo que se atribuye a la culpa extracontractual o aquiliana en que incurrieron los codemandados.

Es importante resaltar, de nuevo, la aplicación del principio de inversión de la carga probatoria.

Asimismo, queda demostrado el nexo de causalidad entre la actuación de los demandados y la producción del daño.

La sentencia realiza unas puntualizaciones en el sentido de estimar que no se ajusta a la realidad que en la demanda se exija la reparación de los daños morales por el hecho de haber nacido la hija de los actores hembra y con síndrome de Down. En este sentido, la sentencia matiza afirmando que el daño causado es haber privado a los demandantes de la posibilidad de haber interrumpido el embarazo en los plazos previstos legalmente y de la debida y suficiente información sobre dicho estado y sobre el futuro hijo.

La sentencia declara, explícitamente, que, aunque se hubiera acreditado un error en el diagnóstico prenatal por una defectuosa u omisiva praxis en la extracción, análisis o lectura de las pruebas, al faltar el elemento o requisito de la existencia de un daño, no se podría, lógicamente, exigir resarcimiento por ello, resultando inadmisibles considerar que tal daño lo pueda constituir el nacimiento de una hembra y no de un varón, sea cual sea el diagnóstico prenatal dado científicamente. Y, siguiendo esta línea argumentativa, la sentencia afirma que no puede admitirse ni acogerse que el daño sea el nacimiento del hijo/a.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ, DE 31 DE DICIEMBRE DE 1999

Una mujer de veintinueve años, sin antecedentes de riesgo, a quien no se le practicó la amniocentesis, tuvo un hijo con el síndrome de Down.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN, DE 8 DE MARZO DE 2001

Mujer de veintidós años, sin riesgos, tuvo un hijo afectado por malformaciones muy infrecuentes (1,03 de cada 100.000), a la que se le aplicaron los medios de diagnóstico adecuados.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE 5 DE ABRIL DE 2001

Después de una gestación normal durante la que se practicaron las pruebas indicadas para embarazos sin riesgo, nació una niña con síndrome de Cornelio Lange, muy difícil de detectar durante el embarazo.

Hay que resaltar que, en algunos casos, es el propio facultativo el que recomienda que no se realice la prueba, ya sea por el riesgo específico que su práctica supone para una determinada persona, bien por considerar que no es necesaria.

En otras ocasiones, sucede que es la propia madre la que, informada de las técnicas de diagnóstico existentes, decide no someterse a las mismas.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1998

Se practicó el triple *screening* con resultado normal a una mujer de cuarenta y un años, y el facultativo recomendó que no se sometiera a la amniocentesis, debido a la presencia de miomas uterinos y otros problemas clínicos. Posteriormente, nació un niño con síndrome de Down.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA, DE 11 DE JULIO DE 2002

La madre decidió no someterse a las pruebas de diagnóstico y tuvo un hijo con síndrome de Down. No consta la edad de la mujer.

Hay ocasiones en las que el error en los resultados es consecuencia de sucesos inevitables e imprevisibles.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES, DE 6 DE JUNIO DE 2001

Se practicó una amniocentesis con resultado negativo a una mujer de treinta y siete años. Pero dicho resultado fue erróneo debido a causas imprevisibles e inevitables por la posición de la placenta.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA, DE 18 DE ENERO DE 1999

En los resultados de la amniocentesis apareció un dato anormal que fue menospreciado, ya que era técnicamente irrelevante y el diagnóstico de normalidad se consideró correcto. Posteriormente, nació un niño con síndrome de Down. No consta tampoco la edad de la madre.

Algunas sentencias que he podido consultar añaden, asimismo, determinados problemas de causalidad, unido a la ausencia de una conducta negligente.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 4 DE FEBRERO DE 1999

Esta sentencia ya ha sido citada con anterioridad. Se trataba de un embarazo calificado de bajo riesgo, durante el cual la mujer, cuya edad no consta, fue sometida a las exploraciones indicadas a sus circunstancias. Nació una niña con malformaciones graves. El padre de la niña había trabajado en una central nuclear, circunstancia ésta que no llegó a conocimiento de los facultativos que atendieron a la madre.

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, DE 8 DE MAYO DE 2000

Una mujer de treinta y un años no fue sometida al triple *screening* y tuvo un hijo afectado por el síndrome de Down.

RESUMEN

RESPONSABILIDAD
EXTRA-CONTRACTUAL
DISCAPACIDAD

Uno de los temas que enlaza el Derecho de Familia, propiamente dicho, con la responsabilidad civil viene constituido

ABSTRACT

EXTRA-CONTRACTUAL LIABILITY
DISABILITY

One of the topics that forms a link between family law in the strict sense and civil liability is the topic of actions of wrongful birth and wrongful life,

precisamente por el relativo a las acciones de wrongful birth y de wrongful life (que han de ser traducidas al castellano como «acciones de nacimiento inapropiado» y «acciones de vida inapropiada»), que son aquéllas en virtud de las cuales los progenitores de un hijo nacido con taras ejercitan una acción civil de reclamación contra el médico que no informó adecuadamente, en su día, de la existencia de esas deficiencias en el feto, cuando se trata de las acciones de wrongful birth. En el mismo sentido, y cuando se trata de las acciones de wrongful life, es el hijo nacido con graves deficiencias el que interpone judicialmente la reclamación, aunque pueden entablar esta acción sus progenitores en nombre del hijo.

El tema, con su consiguiente problemática, no ha sido suficientemente estudiado en nuestro país, quizá porque nuestra Jurisprudencia se mostraba muy cauta ante estas acciones, muy tímida a la hora de establecer una indemnización, debido a la dificultad que conllevaba la valoración de estos complejos supuestos, y a los intereses en juego, como, por ejemplo, la dignidad del niño así nacido y la valoración del bien «vida».

which is, in the case of wrongful birth action, civil action taken by the parents of a child with birth defects against the doctor who failed, at the appropriate time, to inform the parents properly that the foetus had such deficiencies, wrongful life action is similar, but it is the child born with serious defects who files the court action, although the action can be lodged by the parents in the child's name.

The topic, with its attached issues, has not been sufficiently studied in our country, perhaps because Spanish jurisprudence has always been very cautious about such action, very timid to establish damages, due to the difficulties entailed in the assessment of these complex cases and the interests at stake, such as the dignity of the child thus born and the assessment of «life» as one's property.

(Trabajo recibido el 25-8-2009 y aceptado para su publicación el 20-9-2010)