

LA (DES)PROTECCIÓN DE LA MUJER ANTE UNA ACTUACION MÉDICA NEGLIGENTE

Vivas Tesón, Inmaculada
Departamento de Derecho civil e Internacional privado
Universidad de Sevilla
ivivas@us.es

RESUMEN

En materia de la responsabilidad civil médica, el principal problema que se plantea es el de la determinación del nexo causal entre la actuación del profesional sanitario y el daño ocasionado, así como la imputabilidad del agente, cuya prueba efectiva conducirá, posteriormente, a la difícil cuestión de determinar la valoración del daño a efectos de la fijación de la indemnización como único remedio, la mayoría de las veces, muy deficiente.

Ello se constata, especialmente, tras examinar algunas de las situaciones concretas en las que puede encontrarse la mujer como paciente y de las respuestas judiciales que recibe. La pérdida de una mama como consecuencia de una infección hospitalaria es indemnizada con 6.000.000 ptas.; las secuelas de una intervención quirúrgica para deshacerse de un cúmulo de tejido adiposo en la zona abdominal se reparan con 30.000 €; la amputación de una mama autorizada por la paciente al informársele de forma errónea de una malignidad que luego se acreditó inexistente es valorada en 9.000.000 ptas.; un error en el diagnóstico prenatal y la consiguiente imposibilidad de interrumpir el embarazo con nacimiento de un hijo con síndrome de Down es reparado con 50.000.000 ptas. La difícil reparación íntegra del daño (físico y psíquico) y la discrecionalidad judicial para la fijación del *quantum* indemnizatorio requieren una reflexión.

PALABRAS CLAVE

Mujer, responsabilidad médica, justa valoración del daño, reparación íntegra del daño.

NOTA INTRODUCTORIA

Se trata de un tema candente en nuestros días el de la responsabilidad civil (contractual o extracontractual) del profesional médico-sanitario por una actuación negligente tomando como referencia la diligencia propia de la *lex artis ad hoc*, pues la medida de la diligencia no se halla en el clásico canon del *buen padre de familia*, sino en el cumplimiento de los deberes médicos.

La jurisprudencia impone un particular deber de cuidado en la práctica médica, en lo que se ha venido en llamar el *deber de empleo de los medios adecuados*, presumiéndose la culpa o negligencia del médico cuando no se actuó de acuerdo a la *lex artis*, tanto por la gran dificultad de discernir la culpa en materia predominantemente técnica, como por el valor inestimable de la vida y salud cuyo cuidado es encomendado a los profesionales médicos. Así, se establece, entre otros, el deber de acreditar la asepsia (STS. de 15 de febrero de 1993), la exigencia de mantener las instalaciones en buen estado y disponer del material adecuado (STS. de 7 de junio de 1988), estimándose la imprudencia por defectuosa conservación del material en una sobredosis de radioterapia (STS. de 1 de diciembre de 1987), el deber de adecuación de medios a la cirugía realizada (STS. de 6 de octubre de 1994), el deber de realizar las pruebas apropiadas para cerciorarse del diagnóstico (STS. de 21 de septiembre de 1993), el deber de agotar los medios usuales y de revisar la actuación del residente en cuestiones complejas (STS. de 25 de noviembre de 1993), el deber de extremar los medios de vigilancia de los disminuidos psíquicos (STS. de 30 de julio de 1991) y el deber de información veraz al enfermo que es quien debe asumir los riesgos extraordinarios de la práctica médica (SSTS. de 23 de abril de 1992 y de 25 de abril de 1994). La doctrina jurisprudencial califica asimismo la falta de atención y, en particular, la negativa de atención como supuesto que origina una responsabilidad directa por los daños causados. Así, en la operación realizada sin cerciorarse de la circunstancia de una herida (STS. de 24 de noviembre de 1989) o la negativa de un hospital a recibir al enfermo alegando la falta de camas libres (STS. de 6 de julio de 1990) o por demora en el cuidado del enfermo sin proporcionarle asistencia con la diligencia debida (SSTS. de 4 de marzo de 1993 y 21 de septiembre de 1993).

Pese a su enorme trascendencia práctica, no vamos a hacer un estudio detenido de la responsabilidad médico-sanitaria, puesto que ello excedería en mucho nuestro propósito, pero sí queremos detenernos en el examen de algunas de las situaciones concretas en las que puede encontrarse la mujer como paciente y las respuestas judiciales que recibe.

Antes de nada queremos destacar que, en esta materia de la responsabilidad civil médica, el principal problema que se plantea es el de la determinación del nexo causal entre la actuación (por acción u omisión) del profesional sanitario y el daño ocasionado (de un lado, físico, corporal o material y, de otro, el importante daño psíquico o moral no sólo causado al paciente, sino también a sus familiares) y la imputabilidad del agente (excluida cuando concurre caso fortuito o fuerza mayor), cuya prueba efectiva conducirá, posteriormente, a la difícil cuestión de determinar la valoración del daño a efectos de la fijación de la indemnización como único remedio, la mayoría de las veces, muy deficiente.

Como se señala en las SSTS. de 10 de febrero de 1996 y 19 de febrero de 1998, la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del personal sanitario, no es la de obtener, en todo caso, la recuperación del enfermo o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados sino de medios, es decir, está obligado a proporcionarle al enfermo todos los cuidados que requiera, según el estado de la Ciencia, pero no a curarlo, descartándose la responsabilidad objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida en daños de otro origen, y estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y del nexo causal, sin que baste la relación

material o física, a la que ha de sumarse el reproche culpabilístico, sin el cual no hay responsabilidad sanitaria.

Por tanto, un dato importante a tenerse en cuenta es que es al paciente a quien corresponde la prueba de la relación de causalidad culpable, doctrina ésta sobre la carga de la prueba que se excepciona en dos supuestos: 1.º) cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva o estética el paciente es cliente, y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico preciso en una especie de *locatio operis* (SSTS. de 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 28 de junio y 2 de noviembre de 1999 y 11 de diciembre de 2001, entre otras); y 2.º) en aquellos casos en los que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente o es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción, o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el propio Tribunal (SSTS. de 29 de julio de 1994, 2 de diciembre de 1996 y 21 de julio de 1997).

Por tanto, la regla general es que la responsabilidad médica es de medios y no de resultados, al incidir en éstos la propia naturaleza humana, descartando toda clase de responsabilidad más o menos objetiva ante la realidad de que los facultativos no pueden asegurar la salud, sino procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser algo de lo que se pueda disponer y otorgar; siquiera son censurables y generadoras de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, negligencia, irreflexión, precipitación e incluso rutina que causen resultados nocivos.

Excepcionalmente, pues, se tratará de una obligación de resultado. En tales casos, el plus de relevancia y de exigencia que en estos casos tiene el consentimiento informado, al que se refiere el art. 10.5 y 10.6 de la Ley 14/1986 de 25 de abril y el art. 8 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, se traduce en que la información facilitada al cliente debe ser mucho más completa y comprender los siguientes extremos: a) se debe explicar con minuciosidad, precisión y exactitud todas las consecuencias previsibles de la intervención; b) se debe hacer un informe claro y completo de los riesgos descartables y de los no descartables para que la persona que solicite la intervención pueda asumir expresamente los riesgos que se le han explicado de forma clara; y c) la información debe ser individualizada, lo que descarta la existencia de documentos estándar que no tengan en cuenta las circunstancias personales del cliente en cuestión (SSTS. de 21 de octubre de 2005 y 4 de octubre de 2006).

Claras estas premisas y siendo conscientes de la enorme profusión de supuestos de daños (corporales y morales) producidos a una mujer a consecuencia de una actividad médica negligente, nos centraremos en algunos supuestos que de un tiempo a esta parte son, probablemente, los más frecuentes, de ello el interés que revisten y que pasamos seguidamente a analizar, vertiendo algunas reflexiones acerca de los mismos.

A).- OPERACIONES DE CIRUGÍA ESTÉTICA

Como acabamos de ver, en los casos de medicina voluntaria, no curativa o satisfactoria, la prestación del profesional sanitario se aproxima al contrato de arrendamiento de obra, esto es, no es una obligación de medios o de actividad sino de resultado, lo cual quiere decir, según ha matizado la jurisprudencia, que el cumplimiento de las obligaciones del profesional está sometido a la *lex artis* médica, pero, tratándose de este tipo de medicina, los supuestos de mal resultado puede generar una presunción desfavorable de culpabilidad.

En relación a las intervenciones fallidas de cirugía estética, los supuestos son muchos, la mayor parte, por exigencias sociales, en concreto, de moda, tienen por sujeto a la mujer. Veamos, a título de ejemplo, algunos de los enjuiciados por nuestros Tribunales.

La STS. de 3 de diciembre de 1991 condenó al médico por su actuación negligente en la intervención de cirugía plástica en una mama afectada por área tumoral recidiva del carcinoma anteriormente extirpado al pago a la actora de 5.000.000 de pesetas.

La AP. de Valencia, en su S. de 4 de noviembre de 1993 relativa a un caso de implantación de prótesis de silicona en el pecho de la actora y posterior vaciamiento del mismo se condenó a la empresa fabricante y a la suministradora de la misma al abono a la actora de 3.000.000 de pesetas.

En la STS. de 2 de diciembre de 1997 se produjeron daños derivados de una operación de alargamiento tibial mediante el *Sistema Ralka*, condenándose a la Administración de la que dependía el Hospital y al Instituto Nacional de la Salud a indemnizar a la paciente en la cantidad de 10.000.000 de pesetas.

La S. de la AP. de Asturias de 13 de septiembre de 2005 condenó al centro privado médico y al cirujano al abono, con carácter solidario, a una paciente de una indemnización de 63.316,77 euros por una defectuosa elevación de las mamas caídas e implantación de prótesis mamarias.

La S. de la AP. de Santa Cruz de Tenerife de 2 de julio de 2007 condenó al centro de estética y al cirujano, por infracción del deber de información al paciente, al pago solidario a una mujer por las secuelas de una intervención quirúrgica para deshacerse de un cúmulo de tejido adiposo que tenía depositado en la zona abdominal, la suma de 30.000 euros, teniéndose en cuenta que el costo de la operación ascendió a 6000 euros y cuantificándose los daños físicos, estéticos y morales, en atención a las circunstancias concurrentes al caso (principalmente, frustración de las expectativas de la demandante y su edad, 35 años) en 24.000 euros.

B).- EL VALOR DEL CUERPO DE LA MUJER

B.1).- Supuestos de infección hospitalaria contraída en el curso o con carácter posterior a una intervención quirúrgica

En el caso que motivó la STS. de 12 de mayo de 1988 se resolvió un recurso de casación por las secuelas sufridas por la paciente, a consecuencia de una infección tetánica que contrajo por el hilo de sutura utilizado, después de ser sometida a una operación de cesárea ante el desarrollo anormal del parto, cifrándose la condena en 6.000.000 de pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

En la STS. de 30 de mayo de 1997 el caso enjuiciado se centraba en daños originados por una infección hospitalaria que se contrajo en el curso de una intervención quirúrgica y que tuvo como consecuencia la pérdida de la mama derecha que sufrió la paciente, quien padecía por ello un daño corporal o físico, viéndose afectada asimismo en su capacidad laboral, todo lo cual fue tomado en cuenta en la sentencia para la cuantificación de la indemnización, que fue fijada en 6.000.000 de pesetas.

B.2).- Errores médicos

En la STS. de 31 de diciembre de 1997 se procedió por error médico a la amputación de una mama en una mujer de 44 años que concedió su autorización al informarsele de forma errónea de una malignidad que luego se acreditó inexistente. Se determinó la culpa del facultativo por la omisión de un medio adecuado para confirmar el diagnóstico antes de proceder a la extirpación, como era el estudio intraoperatorio, medio éste existente y que no implicaba aumento de riesgo y cuyo no uso produjo el resultado de la amputación. Se concedieron 9.000.000 ptas. por la amputación del pecho a la paciente, sin haber padecido jamás cáncer de mama o carcinoma.

C).- LOS LLAMADOS CASOS DE *WRONGFUL LIFE* O HIJOS NACIDOS CON DEFICIENCIAS O MINUSVALIAS Y *WRONGFUL BIRTH* O HIJOS SANOS NO DESEADOS

Un tipo de daños determinantes de una eventual responsabilidad civil del médico en relación con la concepción y nacimiento de la persona, son los casos que, en terminología inglesa, se conocen como *wrongful birth* y *wrongful life*, expresiones de vida injusta.

Más concretamente, se trata, como explica la S. de la AP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002, en su FJ 1º, de "*un grupo de casos de responsabilidad médica en relación con error en el diagnóstico prenatal por falta de realización o defectuosa realización del diagnóstico, produciéndose con ello la consecuencia de que no existe constancia –o no se descubre o no se informa a tiempo– del riesgo de enfermedad congénita de la criatura concebida, resultando que el feto sufre la dolencia y nace con tales defectos, no disponiendo ya la mujer de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido*".

Aún es escasa (y, además, no uniforme) la atención prestada a estas acciones por nuestra doctrina científica y jurisprudencial.

Baste un dato: la primera sentencia del Tribunal Supremo que resuelve un caso de *wrongful birth* (si bien, erróneamente, señala que es una acción de *wrongful life*) es de fecha de 6 de junio de 1997, sobre una prueba de amniocentesis comunicada tardíamente a la madre cuando ya no era posible proceder voluntariamente a la interrupción legal del embarazo, con posterior nacimiento de un niño afectado con Síndrome de Down.

No ocurre lo mismo fuera de nuestras fronteras.

Lo señala la apenas citada S. de la AP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002, en su FJ 1º: "*el problema es conocido en otras latitudes, mucho, por ejemplo, en Estados Unidos, y en Europa en los últimos tiempos, y todo hace suponer que el progresivo arraigo de la «conciencia social» de la posibilidad de abortar, así como el incremento de las pruebas prenatales, incrementen estas demandas de responsabilidad civil contra médicos y otras instituciones*".

Como podrá bien intuirse y así pone de manifiesto la misma Sentencia gaditana, la problemática aquí apuntada se mueve, sin duda alguna, "*en un delicado terreno, en el que lo moral, lo filosófico y lo jurídico confluyen de forma especialmente compleja, donde se entrecruzan dificultades conceptuales junto al propio drama humano que en ellos existe en cuanto ponemos en contraste (en abstracto, no en presencia de un caso concreto) la idea de nacer -y verse sometido a una vida quebrantada y objetivamente poco atractiva- y la de no haber nacido*" -FJ 1º-, a lo que ha de añadirse que muchos son los prejuicios sociales que privilegian criterios de superflua estética y consumismo e impulsan al rechazo de todo aquello (incluidas personas) que no cuadre dentro de tales parámetros, de ahí que, frente a un diagnóstico prenatal de discapacidad, un elevado número de personas se sienta tentado a terminar el embarazo.

Desde una óptica estrictamente jurídica, las "nuevas" acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* entrañan, a nuestro entender, dos grandes dificultades en cuanto a su enjuiciamiento: una, en lo que respecta a cuál es el daño resarcible (¿constituye un daño el nacimiento de un niño en sí mismo considerado?; ¿se puede considerar que la misma vida pueda constituir un perjuicio que dé derecho a reparación?); otra, en cuanto a la relación de causalidad que debe darse para que la acción de responsabilidad prospere.

Alrededor de estas dos cuestiones, fundamentalmente, se discute, poco todavía en España en comparación con otros países de nuestro entorno como, por ejemplo, Italia.

La acción de *wrongful birth* es entablada contra el médico por los padres del niño nacido con discapacidad (física o psíquica) diagnosticable durante el embarazo, con base en la falta de diagnóstico o de información acerca de la posibilidad de que la madre conciba o dé nacimiento a una criatura con enfermedades congénitas, privándoseles, en consecuencia, de la oportunidad de adoptar una decisión informada sobre si procrear o no, sobre si dar o no lugar al nacimiento. De este modo, en estos casos, la culpa del médico consiste en un error que ha conducido al nacimiento del hijo de los padres demandantes.

Como se ha señalado, el primer pronunciamiento judicial acerca de un caso de *wrongful birth* lo hace el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de junio de 1997, en la que los hechos litigiosos son los siguientes: la demandante, una mujer embarazada en situación de alto riesgo para la madre y el feto, acudió al Hospital Clínico Universitario de Valencia dependiente del Servicio Valenciano de Salud, para que se le practicase una amniocentesis. Dicha prueba, por causas no constatadas, fracasó, pero ese resultado le fue notificado dos meses más tarde, hallándose el ginecólogo titular de baja y no proporcionándole tal información la doctora sustituta. Cuando la madre conoció el fracaso de la prueba, había transcurrido ya el plazo legal para interrumpir voluntariamente el embarazo. La gestante dio a luz a un hijo con Síndrome de Down, razón por la cual interpuso demanda de reclamación de daños y perjuicios. El JPI desestimó la demanda. La AP confirmó la sentencia de instancia. El TS ha lugar al recurso de casación interpuesto, casa y anula la sentencia recurrida y, con revocación de la de primera instancia, condenó al Servicio Valenciano de Salud y a la doctora sustituta a pagar solidariamente a la demandante 50 millones de pesetas en concepto de daños morales y materiales.

La segunda vez que el Tribunal Supremo se enfrenta a una reclamación de *wrongful birth* es en su Sentencia de 4 de febrero de 1999. En ella, una mujer dio a luz a una niña que presentaba múltiples anomalías: le faltaban las extremidades superiores e inferiores izquierdas, tenía dedos fusionados e imperforación anal. Durante la gestación, se le practicaron todas las ecografías correspondientes a un embarazo de bajo riesgo, grupo al que parecía pertenecer la madre. Los padres habían vivido cerca de la central nuclear de Almaraz (Cáceres) y el padre trabajaba en la planta que la Empresa Nacional del Uranio, S.A. (ENUSA) tiene en Juzbado (Salamanca), circunstancias que no habían sido comunicadas a la ginecóloga que había seguido el embarazo. Los padres reclamaron a la ginecóloga, al Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) y al Ministerio de Sanidad una indemnización de 200 millones de pesetas por los daños derivados de la imposibilidad de abortar y del nacimiento de la niña en aquellas condiciones. El JPI condenó al INSALUD al pago de 75 millones de pesetas y absolvió a la ginecóloga. La AP estimó el recurso de apelación interpuesto por el INSALUD y lo absolvió. Los demandantes interpusieron recurso de casación que el TS declaró no haber lugar.

Mencionamos, también, la STS de 7 de junio de 2002 que enjuició el siguiente caso: en 1989, una mujer, de 40 años, madre de tres hijos y que había sufrido un aborto espontáneo en enero del mismo año, acudió a la consulta de un ginecólogo, que prestaba sus servicios en una Clínica privada propiedad de Previsión Popular de Seguros, S.A, para confirmar su embarazo. En sucesivas ocasiones, la mujer y su compañero manifestaron al médico su preocupación, dada la edad de la madre, sobre el riesgo de engendrar un hijo con alguna anomalía. En todo momento, sin embargo, el médico se encargó de despejar tales dudas, afirmando que no se preocuparan y que *"todo iba normal"*, afirmaciones que realizó tanto en su consulta, con motivo del seguimiento del proceso de gestación, como en conversaciones informales mantenidas con la pareja en el bar que ésta regentaba y al que ocasionalmente había acudido el ginecólogo. El parto tuvo lugar el día 9 de octubre de 1989 y la madre dio a luz a un hijo varón afectado con Síndrome de Down. Los padres del niño ejercitaron una acción de responsabilidad civil contra el ginecólogo y Previsión Popular de Seguros, propietaria de la clínica privada. En su propio nombre reclamaban una indemnización de 50 millones de pesetas para cada uno, en nombre del hijo nacido con Síndrome de Down reclamaban una indemnización de 100 millones de pesetas, y en nombre y representación de sus otros hijos reclamaban una indemnización de 20 millones de pesetas para cada uno de ellos. El JPI condenó a los demandados a pagar solidariamente a los padres 10 millones de pesetas a cada uno, al hijo nacido con Síndrome de Down 20 millones de pesetas, y a los hermanos 5 millones de pesetas a cada uno. La AP estimó parcialmente los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, revocó parcialmente la sentencia de instancia y condenó a los demandados a pagar solidariamente a los padres 40 millones de pesetas, absolviendo a los demandados en relación con los demás actores. El médico y la compañía condenados interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que declaró haber lugar al recurso, casó la sentencia de la Audiencia Provincial y absolvió a los demandados de todos los pedimentos.

Siguiendo un orden cronológico, y en relación a los tribunales inferiores, nos encontramos con la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002, citada ya en varias ocasiones. El caso discutido fue el de una mujer de 30 años, madre de un hijo nacido en perfectas condiciones aunque por cesárea, que, durante el año 1995, acudió a la consulta de su médico ginecólogo, el mismo que controló su anterior embarazo en iguales condiciones y centro hospitalario, quien comprobó el segundo embarazo de la paciente y controló todo su período de gestación, comunicando a los padres su normalidad, sin informar de la existencia de anomalía alguna en la gestación, por lo que causó gran sorpresa la mujer diera a luz un varón vivo polimalformado. Los padres del niño interpusieron demanda contra el ginecólogo y otros reclamándoles una indemnización. El JPI estimó la demanda, condenando a los demandados a pagar 84.142 euros a cada progenitor en concepto de daños morales y 142.200,05 euros al hijo por los daños físicos. La AP estimó los recursos de apelación interpuestos por los demandados, absolviéndolos.

El incumplimiento (por acción u omisión) de uno de los deberes médicos, el de informar adecuadamente al paciente, puede ser causa de daño que motive eventuales acciones de responsabilidad profesional.

El deber de información, señala, en su FJ 7º, la STS de 11 de mayo de 2001, a la que sigue la SAP de Albacete de 30 de octubre de 2002, ambas resoluciones judiciales acerca de casos de *wrongful conception*, *"consistirá en informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso*

de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado (S. 25-4-1994). Asimismo, se ha expuesto que «...la información del médico preceptiva para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10, 1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el art. 1, 1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias –Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de julio– en el artículo 9.2, en el 10.1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950), en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966), en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10. El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo, regulado por la Ley General de Sanidad) y actualmente también en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE forma parte de la actuación sanitaria practicada con seres libres y autónomos» (Sentencia 12-1-2001). En la propia Carta 2000/CE 364/2001, de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 3, se prescribe respecto a la integridad de la persona: «1.–Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2.–En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la Ley...».

En relación a los casos de *wrongful birth*, el deber de información se concreta en la emisión del diagnóstico prenatal, que consiste en la identificación de anomalías en el feto antes de su nacimiento. Los dos tipos de anomalías que pueden diagnosticarse prenatalmente son: por un lado, las anomalías anatómicas o morfológicas, como pueden ser las malformaciones cardíacas, faciales, de miembros, etc.; por otro, las alteraciones cromosómicas o genéticas, como son el síndrome de Down y otras muchas.

Pues bien; un error en el diagnóstico prenatal por falta de realización, verbal o escrita (si así se hubiere solicitado expresamente), o defectuosa o incorrecta emisión del mismo (falsos positivos o falsos negativos) por el médico, a quien se exige una diligente interpretación y valoración del resultado de las pruebas de acuerdo con su profesión (*lex artis ad hoc*, patrón o medida de la culpa que sobrepasa la delimitada por la diligencia genérica de un "buen padre de familia"), implica una mala praxis en el seguimiento de la gestación que puede desatar la responsabilidad civil del médico, puesto que, por su actuación negligente, se pueden tomar decisiones reproductivas de enorme trascendencia (imagínese, bien que el profesional no aconseja a la mujer sobre la conveniencia de someterse a ciertas pruebas genéticas evitando que conozca ciertas patologías fetales, lo que limitaría su derecho a interrumpir el embarazo, o bien que comete una negligencia en la interpretación o valoración de los resultados obtenidos tras las

pruebas emitiendo, por consiguiente, un diagnóstico erróneo al considerar que el feto tiene malformaciones y, por ello, la pareja decida interrumpir el embarazo). Por ello, la actitud profesional adecuada debería ser la de dar información, la de permitirles a los padres tomar la decisión con el máximo conocimiento, con el mínimo de dudas y con la mayor libertad posible.

Claro ejemplo de error en el diagnóstico prenatal por prestación defectuosa o incorrecta del deber de informar al paciente lo constituye la ya mencionada STS de 6 de junio de 1997, que resolvió, como ya hemos tenido ocasión de ver, un caso de *wrongful birth* sobre una prueba de amniocentesis comunicada cuando ya no era posible proceder legalmente a la interrupción voluntaria del embarazo, naciendo posteriormente un niño con Síndrome de Down.

En el caso enjuiciado por la Audiencia Nacional, en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) de 6 de junio de 2001, también acerca de un pleito de *wrongful birth*, los hechos litigiosos planteados trataban de una mujer que se sometió a la prueba de triple *screening* durante la decimotercera semana de embarazo. La muestra de sangre se realizó en un laboratorio externo. Sin embargo, el resultado no llegó a la unidad de diagnóstico prenatal, naciendo el bebé con Síndrome de Down. La Audiencia Nacional concedió a la madre una indemnización de 60.101 euros.

Clara la obligación de informar por parte del médico, sólo cuando, efectivamente, se demuestre la ausencia de información surgirá la responsabilidad basada en una obligación de reparar los daños y perjuicios producidos en el paciente y, en este sentido, la carga de la prueba recae sobre el profesional de la medicina demandado, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios a su disposición, goza de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión, la mayoría de las veces, de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los cuales, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión (en esta línea se pronuncian, entre otras, las SSTS de 2 de diciembre de 1996, 28 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999 y la de 7 de marzo de 2000).

En cuanto al daño indemnizable y su valoración, en los casos de niños nacidos con discapacidad, la determinación del daño resarcible es compleja. Porque, ¿constituye un daño *per se* el nacimiento de un niño?

Una respuesta afirmativa parecía dar la STS de 6 de junio de 1997, en la que el Alto Tribunal señaló: "*Surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el Síndrome de Down (Mongolismo)*" -FJ 3º-.

Sin embargo, tanto la doctrina científica como la jurisprudencial (*vid.* SAP. de Madrid de 5 de mayo de 1998, SAP. de León de 1 de septiembre de 1998, STS. de 11 de mayo de 2001, que, pese a enjuiciar un caso de *wrongful conception* por vasectomía fallida, diferencia tales casos de concepción no deseada de un hijo sano, de los de *wrongful birth* y *wrongful life* o casos de nacimientos de hijos con malformaciones "*que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de una premisa común: al no informar en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo*" -FJ 6º-; SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de junio de 2001; la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002 y la SAP Albacete de 30 de octubre de 2002) considera que, en las acciones de *wrongful birth* ejercitadas por los padres del hijo con discapacidad, lo que se debe indemnizar es la pérdida de la oportunidad de decidir sobre la interrupción del embarazo, respondiendo el médico que cometió la negligencia sólo si el aborto hubiera sido

legalmente posible (por razones de tiempo, de gravedad de las taras, etc.) Pero, al respecto, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de febrero de 1999, manifiesta: "*la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño per se, y 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*".

De este modo, rechazándose claramente que el nacimiento del hijo, tanto si está sano como si nace afectado con malformaciones, constituya en sí mismo un daño indemnizable conforme a las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual, se aproxima el eventual daño, en los supuestos de *wrongful birth*, a la privación de la posibilidad de decidir en torno a la interrupción legal del embarazo, lo que lesiona el derecho a la dignidad personal y el principio de libre desarrollo de la personalidad de la madre reconocidos en el art. 10 CE (en este sentido, la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de junio de 2001, considera que "*el daño resarcible está en que al no recibir el resultado del triple screening, se le privó de una información trascendente para optar por repetir la prueba cuando estuviese en rango, por una prueba diagnóstica invasiva como es la amniocentesis y, en último término, por la posibilidad, no delictiva en España, del aborto eugenésico. Esto implica que lo lesionado fue una manifestación de la facultad de autodeterminación de la persona, ligada al principio de dignidad*"). Por tanto, todas las consecuencias económicas y perjuicios morales que derivan de la lesión de esos principios, en su vertiente justificativa del aborto por motivos eugenésicos (conforme al entonces vigente art. 417.bis.3 CP, hoy derogado por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo), son indemnizables.

En las acciones de *wrongful birth*, los padres (si bien es cierto que el interés o derecho objeto de protección se asocia a la madre -derivado del derecho a abortar-, su lesión provoca, por rebote, un daño tanto material como moral también en el padre, de ahí que la indemnización de los daños vaya más allá de la madre y se extienda a ambos progenitores) reclaman la indemnización del daño consistente en el quebranto moral y económico derivado de haber tenido un hijo aquejado de una enfermedad congénita: de un lado, el daño moral es el constituido por la aflicción, el pesar y la carga que lleva consigo la existencia de un hijo afectado por una dolencia irremediable y, normalmente, muy penosa (a este tipo de daño se refiere la STS de 7 de junio de 2002: "*la vida del niño ha sido, y es un «dramático acontecer», no sólo para él, sino que muy concreta y especialmente para sus dichos progenitores*" o la STC 53/1985 que, refiriéndose al aborto eugenésico, considera que su penalización impondría a la madre la carga de tener que continuar la gestación y tener que asumir la derivada del nacimiento y crecimiento del hijo que, en opinión del Tribunal Constitucional, "*excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia*", y que resulta "*agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva*"); de otro, el daño económico viene determinado por la necesidad de hacer frente a gastos y desembolsos especiales o extraordinarios que la misma enfermedad o deficiencia impone, es decir, adicionales a los que exigiría el mantenimiento de un hijo sano (*vgr.* gastos médicos o sanitarios, de educación especial, de adquisición o adaptación de un vehículo adecuado para su transporte, gastos de adaptación de la vivienda familiar, ingresos dejados de percibir por el progenitor que ha tenido que abandonar el trabajo o reducir su jornada con el fin de prestar al hijo enfermo las atenciones necesarias, etc.).

Expuesto lo anterior, clarificador es, en relación al daño resarcible y a su valoración, el pronunciamiento de la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002, en su FJ 3º: "*En primer lugar, parece absolutamente correcta la tesis de que la vida, esto es, el nacimiento de una*

criatura, nunca puede ser considerada como un daño. El daño (...) no es el nacimiento del hijo. Aparte de que puede repugnar a la natural consideración de las cosas el que la vida de un ser pueda ser calificada así, el nacimiento de la criatura no es consecuencia de la actuación del médico, sino de la naturaleza, de la providencia o, por utilizar una palabra aséptica, de la fatalidad. El feto adolecía de la enfermedad antes y al margen de la actuación de los profesionales médicos, es decir, la criatura habría nacido con la malformación en todo caso.

Arrancando de esta premisa, caben, no obstante, otros dos enfoques. Uno de ellos consiste en considerar que el daño (puesto que, por definición, el niño ha nacido) es el constituido por dos factores: primero, el quebranto moral sufrido por los padres al experimentar día a día la congoja de la contemplación de un ser doliente, aquejado de limitaciones irreversibles y cuyo futuro se ve como un panorama de abandono e indefensión; y, segundo, la lesión económica consistente en tener que arbitrar medios de crianza, atención médica, educación y mantenimiento que una criatura sana no requeriría. El segundo enfoque es el de entender que el resultado dañoso que determina el deber de indemnizar consiste en la circunstancia de que la madre, por la actuación negligente del médico, no pudo hacer uso del aborto como medio para atajar la innegable contrariedad de un hijo que se sabe que va a ser siempre enfermo.

En definitiva, en la actualidad, parece unánime entender que argumentos como el de la cantidad de la vida, o el de la compensación de las cargas de un hijo incapaz con la grandeza de la paternidad, no son bastantes para negar la existencia de algún daño (no la vida, ni siquiera la vida enferma) y, por ese motivo, rechazar la existencia de un daño en sentido legal y toda solicitud de indemnización en dinero. Por el contrario, parece convincente, y ya casi unánime y ampliamente extendido, el pensamiento de los autores que más tempranamente se manifestaron a favor de la admisibilidad de estas acciones (aunque con reservas sobre su alcance), cuando afirman que no se puede negar que ha existido un daño de consecuencias legales si un profesional de la salud ha dejado de comunicar a los padres información que podía haber conducido a evitar el nacimiento del niño.

Esto sentado, los posibles quebrantos económicos derivados del nacimiento del hijo enfermo deben ser objeto de resarcimiento, atendiendo a los dos enfoques antes comentados, lo que obliga a su necesario planteamiento e interpretación en sede judicial.

Por un lado, entender por quebrantos económicos los daños de este carácter que ocasiona, precisamente, la enfermedad del hijo (cuidados médicos y de otras personas, muebles o prendas especiales, educación también especial, etc.); esto es, los gastos y desembolsos que constituyen un plus respecto de los que acarrea un hijo no enfermo. Quedan en pie, sin embargo, problemas como el de si esos costos adicionales han de ser soportados íntegramente por el demandado y el relativo al tiempo global que debe servir de cómputo o referencia a efectos de valoración y cargo a costa exclusiva igualmente del demandado (¿servirá de referencia toda la vida del nacido, esto es, todo daño o sufrimiento que experimentase siempre el hijo venido al mundo sin desearlo sus padres?). Las dos son complejas cuestiones, que permiten al Tribunal si acude al sistema de una indemnización en capital hacer uso de la facultad moderadora de la indemnización que contempla el artículo 1103 del Código Civil.

También, debe ser indemnizado el daño moral que para los padres entraña la contemplación del hijo doliente y las limitaciones que a los propios progenitores va a ocasionar la enfermedad. Y no puede descartarse la existencia de daño y estimación de la demanda entablada por el propio hijo (acción de «wrongful life»), si con ella se pretende la indemnización de daños materiales experimentados por él, si bien plantea problemas jurídicos de compatibilidad cuando no está

ejercitada a título individual (aunque representado por sus padres) y exclusivo, sino conjunta y añadida con la acción de «wrongful life» -rectius: wrongful birth- ejercitada también por aquéllos y, por tanto, haciendo coincidir y duplicando idénticos –o, cuando menos, parecidos– daños a resarcir.

Por otro lado, desde un segundo enfoque comentado, aunque no incompatible con el primero, que alivia un tanto la «crudeza técnica» del problema que nos ocupa, se considera que el «daño» en este caso es sólo –pero lo es– la «pérdida de oportunidad» o, como lo denomina la doctrina francesa, la «perte d'une chance»: «el daño sufrido –se dice– no es el nacimiento de un hijo, sino la pérdida de la posibilidad de someterse a otra prueba médica y, dependiendo de su resultado, decidir si abortar dentro de los límites temporales establecidos por la Ley». Ahora bien, con este segundo enfoque la cuestión radica en determinar qué criterio ha de utilizarse para valorar o cuantificar este daño referido a la innegable realidad de que la mujer se ha visto privada de una «opción» o, dicho en términos más técnicos, ha perdido «una oportunidad», lo que introduce un elemento de juicio por el que el Tribunal puede acomodar el montante de su condena a la apreciación de los datos que pericialmente se le suministren en punto a la relación de causalidad. Aparte de esta inicial dificultad práctica surgen, además, otras inevitables como, por ejemplo, la posibilidad de que la cifra de la condena pueda verse atemperada –en comparación con los cánones habituales– por la inevitable incertidumbre (que nadie podrá disipar nunca) de si la madre habría abortado o no y, de otro lado, que la condena a indemnizar «parte del daño», propia de este enfoque o doctrina de la «pérdida de oportunidad», suscitará los reparos del juicio salomónico y las aprensiones sobre posible falta de seguridad jurídica por la considerable participación de la subjetiva apreciación de cada Juez.

Con todo lo expuesto, queda clara la fragilidad o dificultad en la determinación de las bases de la indemnización, esto es, los conceptos que debe incluir y su exacta o correcta dimensión y valoración económica a costa exclusiva de los posibles condenados".

A la vista de los distintos pronunciamientos judiciales recaídos sobre la materia, puede decirse que el nexo causal es el eje central de los razonamientos contenidos en los mismos.

Siendo evidente que los médicos no intervienen en el curso causal cuando se reclama por un niño que nace con deficiencias, la relación de causalidad deberá existir entre el error en el diagnóstico prenatal y la privación o pérdida del derecho de la madre a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto eugenésico, acción amparada legalmente, lo cual sí puede ser imputable al médico (lógicamente, si la futura madre conoció o pudo conocer la posibilidad de abortar, no podrá accionar contra el médico que intervino en su embarazo).

Acerca de la relación de causalidad se pronuncia la SAP. de Cádiz de 17 de septiembre de 2002 en su FJ 2º, que explica, con claridad, la problemática que gira en torno a esta cuestión: "el punto de partida es el de que, evidentemente, el error del médico (al no realizar en debida forma el diagnóstico prenatal, o al no informar en términos adecuados sobre su resultado –si éste fuese correcto–, o al no aconsejar la práctica de las pruebas cuando fuera razonable hacerlo) no es la causa de la enfermedad del feto y, en definitiva, de la criatura nacida.

La hipótesis de error en el diagnóstico prenatal en sentido estricto es más compleja, porque en ella la mujer ya está embarazada y su alegación es la de que, de haber conocido la enfermedad que afectaba al feto, habría optado por abortar. Evidentemente el problema en materia de relación de causalidad está en el concepto de los «cursos causales no verificables», en el sentido de que la parte demandada puede alegar que no es seguro que la madre hubiera

abortado si hubiese sabido de la enfermedad congénita del feto. Por decirlo de otro modo, esa decisión de la madre es una hipótesis, no una certeza. Por lo que, podría concluirse, la relación de causalidad entre su conducta negligente y el resultado (nacimiento de un niño enfermo por no haberse podido acudir al aborto) se encuentra quebrada o al menos mediatizada por una supuesta decisión de la madre.

Por ello, cuando la acción es ejercitada por la madre, parece unánime exigir como elemento necesario, pero no suficiente, no sólo el que aquélla pudiera haber abortado legalmente sino que, además, es imprescindible que «declare que lo habría hecho», lo que introduce un doble razonamiento a realizar entre la conducta culposa del médico y el desenlace, de forma que hay no uno sino dos problemas de relación de causalidad.

El primero de ellos, en el fondo el más sencillo pero no baladí, es el consistente en determinar si la culpa del médico fue «causa» de que la madre no pudiera abortar.

El segundo es el de si, aun habiéndose dado el primer curso causal, esto es, hallándose la madre en posibilidad física y legal de abortar, ésta habría o no decidido hacerlo. Este segundo paso en el análisis que la relación de causalidad requiere nos llevará a una pregunta clave: ¿puede decirse que hay relación de causalidad entre la culpa del médico (o, en su caso, la acción –u omisión– de la Administración o Entidades sanitarias) y el «desenlace» acontecido, cuando no es posible asegurar con toda certeza que la madre habría acudido al aborto si hubiere conocido la enfermedad que aquejaba al feto?

La distinción que se acaba de hacer es siempre posible y parece especialmente obligada y justificada en los casos que nos ocupan y, por supuesto, al expuesto en la propia sentencia objeto del presente recurso ante esta Audiencia.

Esta es una circunstancia jurídicamente curiosa, porque el Tribunal considerará que existe relación de causalidad, y subsiguiente daño, sólo sobre la base de lo que ahora («a posteriori») declara la misma madre, lo que nos hace pensar en un singular caso en el que la condena se dicta en función de una mera manifestación de quien demanda, siempre y cuando, por supuesto, no parezca contradictoria tal declaración «ex novo» o «intra proceso» con los elementos de juicio y actos previos al proceso.

Pero, parece prudente y lógica exigencia en el marco del derecho, que esa declaración tiene que existir (aunque sea a efectos puramente dialécticos, porque por principio no puede ser discutida ni negada). Lo delicado de los aspectos que aquí están en juego exige que por parte de esa madre exista por lo menos el compromiso moral que supone tomar posición ante el aborto y responsabilizarse de ella".

En el mismo sentido se pronuncia la AP. de Las Palmas, en su S. de 25 de enero de 2005, confirmatoria de la resolución de primera instancia por la que se condenaba solidariamente a una entidad médica y al facultativo al pago de una indemnización de 250.000 euros a la actora, una mujer de 32 años de edad, a quien durante la gestación de su segundo hijo, no recibió un correcto diagnóstico prenatal, naciendo el menor con síndrome polimarformativo y sospecha de cromosomopatía, confirmada con posterioridad con diagnóstico de síndrome de Patau y de West, con los padecimientos de onfalocele y divertículo de Meckel, operados con posterioridad; aspecto microcéfalo, con occipucio prominente; hipotelorismo; microftalmia bilateral; nariz bulbosa; micrognatia discreta; úvula bifida; orejas de implantación discretamente bajas con rotación posterior; polidactilia en ambas manos, sexto dedo unido por pedículo cutáneo, operado

con posterioridad; dedos acabalgados, pulgar adducto y quinto dedo muy largo; pies equinovaros bilaterales, primer dedo muy grande y uñas hipoplásicas; dextrocardia.

A diferencia de los supuestos de *wrongful birth*, la acción de *wrongful life* la ejercita el hijo (sus padres en nombre y representación suya) nacido con deficiencias o anomalías diagnosticables durante el embarazo, reclamación que se basa en el hecho de que, de no haber sido por el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad. En consecuencia, el error médico que se invoca es el de que ha conducido a la vida del propio hijo enfermo demandante.

En este tipo de reclamaciones, el hijo demandante solicita la condena del médico para que le indemnice de los daños consistentes en: de un lado, el hecho mismo de nacer, pues se suele alegar que habría sido mejor para él no haber nacido que vivir en las condiciones que lo hace, esto es, alega el derecho a no nacer o a nacer con una mente y cuerpos sanos; de otro, los daños económicos que acarrea su vida enferma (cuidados médicos, asistencia de otras personas, habilitación especial de la casa o vehículo, etc.).

Recuérdese que en el caso litigioso examinado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de junio de 2002, el JPI condenó a los demandados a pagar solidariamente a los padres 10 millones de pesetas a cada uno, al hijo nacido con Síndrome de Down 20 millones de pesetas, y a los hermanos 5 millones de pesetas a cada uno. La AP estimó parcialmente los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, revocó parcialmente la sentencia de instancia y condenó a los demandados a pagar solidariamente a los padres 40 millones de pesetas, absolviendo a los demandados en relación con los demás actores. El médico y la compañía condenados interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que declaró haber lugar al recurso, casó la sentencia de la AP y absolvió a los demandados de todos los pedimentos.

Junto al anterior, en el litigio resuelto por la SAP. Cádiz de 17 de septiembre de 2002, el JPI estimó la demanda, condenando a los demandados a pagar 84.142 euros a cada progenitor en concepto de daños morales y 142.200,05 euros al hijo por los daños físicos, si bien la AP estimó los recursos de apelación interpuestos por los demandados, absolviéndolos.

Particular consideración merece, aquí, la llamada *doctrina Perruche* elaborada por el Tribunal Supremo francés, que tuvo origen en el litigio que le da nombre, doctrina que conmocionó especialmente, en el país vecino, al colectivo de ginecólogos, ecografistas, minusválidos y a la sociedad entera por suponer un vuelco de la ética y la moralidad al promover la eugenesia y el aborto como mal menor frente a los designios de la genética.

Josette Perruche, en estado de gestación, ante una infección de rubéola de su hija mayor, pidió un diagnóstico advirtiendo que, en caso de que ella estuviera contagiada, abortaría. El médico y el laboratorio que realizaron las pruebas concluyeron, erróneamente, que Josette no padecía rubéola, por lo que prosiguió el embarazo y alumbró a Nicolás, que nació con graves malformaciones y diversas anomalías neurológicas. Los padres ejercitaron una acción de indemnización por daños y perjuicios, en nombre propio y en el de su hijo. La *Cour d'Appel* de París consideró que la negligencia del médico había dado lugar a un error de diagnóstico que llevó a la madre a creer que estaba inmunizada contra tal enfermedad, y, en consecuencia, indemnizó a la madre, si bien rechazó la demanda ejercitada en nombre del hijo. Sin embargo, la *Cour de cassation*, en su Sentencia de 17 de noviembre de 2000, revocó la resolución recurrida, reconoció que la negligencia médica había impedido a la madre decidir sobre la

interrupción legal del embarazo y evitar, así, el nacimiento de un hijo con graves anomalías, y concedió al hijo que las sufría una indemnización por los daños derivados de las mismas, decisión ésta que el Tribunal de Casación francés reiteró, al enjuiciar otros casos litigiosos, durante el año 2001.

Hasta entonces, la jurisprudencia francesa tradicional se había inclinado por indemnizar a los padres cuando una negligencia médica limita el acceso al aborto en los casos previstos por la ley, pero la corriente jurisprudencial *Perruche* suponía, sin duda, un paso más: considerar que no sólo los padres están legitimados para demandar esta restricción de la autonomía de la voluntad, sino también el hijo, al que se consideraría víctima en virtud de una relación causa-efecto y titular de un derecho a no nacer con taras.

La decisión del Tribunal de Casación, al entender que un niño podía legítimamente ser indemnizado por el hecho de no haber sido abortado si el defecto hubiera sido detectado, abrió, de inmediato una cascada de cuestiones médicas, éticas, sociales y filosóficas, y una afrenta al buen sentido: *¿cómo se puede pedir reparación de un daño que no habría podido evitarse más que suprimiendo al que lo ha sufrido y en nombre del cual se reclama justicia?*

El Comité Nacional Consultivo de Ética (CNCE) francés emitió un dictamen en el que advertía contra la inconsistencia jurídica de esta tesis (pues no es la omisión diagnóstica la que genera el daño, sino factores genéticos o del desarrollo fetal inabordables por la Medicina) y contra sus consecuencias éticas: de un lado, el derecho a no nacer con taras permitiría una demanda contra los padres entablada por el hijo con discapacidad, aunque sus padres lo hubiesen asumido libre e informadamente (es lo que lo que la doctrina ha denominado *daño de procreación*); de otro, obligaría a regular qué se entiende por *tara*, norma que, además, generaría un clima adverso contra las personas con discapacidad, que ya sufren suficiente falta de apoyo social, además de una insoportable presión sobre la profesión médica, que no quiere ver comprometida su responsabilidad en todo momento (piénsese que, para evitar demandas por error en el diagnóstico prenatal, al médico le bastaría, en caso de duda, con emitir un diagnóstico pesimista tendiendo, así, a la práctica del aborto).

Tras una reunión de arbitraje entre los directores de gabinete de cuatro ministerios (Justicia, Solidaridad, Salud y Familia), el Gobierno francés del socialista Lionel Jospin presentó a la Asamblea Nacional un texto destinado a acabar con la llamada *jurisprudencia Perruche* y calmar, así, los encrespados ánimos de los colectivos afectados, principalmente, asociaciones de minusválidos y médicos. Contenía tres principios: el niño ya no podrá pedir una indemnización en caso de error médico que haya privado a la madre de la posibilidad de abortar; los padres, en cambio, podrán seguir haciéndolo, y la Seguridad Social ya no podrá dirigirse contra los padres para recobrar las cantidades que les ha abonado para hacerse cargo de la minusvalía del niño.

Después de cuatro horas de debate sobre la propuesta del Ejecutivo, en marzo de 2002, los diputados franceses aprobaron el siguiente texto:

"Nadie, aunque haya nacido minusválido, puede beneficiarse de un perjuicio por el único hecho de su nacimiento. La persona nacida con una minusvalía debida a un error médico puede obtener la reparación de su perjuicio cuando el error hubiera provocado la minusvalía, la hubiese agravado o no hubiera permitido tomar medidas para atenuarlo (como puede apreciarse, se redefine, así, el error médico, inexistente en casos como el de Nicolás Perruche, pues el diagnóstico erróneo no había provocado directamente la minusvalía del niño, sino privado a la madre de la posibilidad de abortar).

Cuando la responsabilidad de un profesional o de un centro sanitario queda comprometida frente a los padres de un niño nacido con una minusvalía de una cierta gravedad, no descubierta durante el embarazo, que sea consecuencia de un error médico grave, los padres pueden pedir una indemnización (de este modo, en casos como el de Josette Perruche, se rechaza toda posibilidad de reconocer una indemnización al niño por un perjuicio material por el hecho de no haber sido abortado si el defecto se hubiera oportunamente detectado, salvo el perjuicio moral a los padres). Y continúa el texto aprobado: Esta [la indemnización] corresponde a los costes particulares resultantes de su minusvalía a lo largo de toda su vida, una vez deducido el importe del subsidio o prestaciones de cualquier naturaleza que perciba la persona beneficiaria a título de la solidaridad nacional o de la Seguridad Social.

En este preciso caso, los organismos sociales no pueden ejercer ningún recurso contra el autor del error para obtener la devolución de los subsidios o prestaciones ingresadas.

Las disposiciones de la presente ley son aplicables a las instancias en curso, a excepción de aquéllas que hayan sido irrevocablemente estipuladas por el principio de la indemnización".

Entre los autores españoles que se han ocupado del estudio de este tipo de reclamaciones, las posiciones difieren. Por un lado, se encuentran quienes defienden la indemnización del hijo nacido con las malformaciones siempre que se demuestre que, de haber sido informada, la madre habría decidido abortar, y aplican una interpretación favorable a dicha posibilidad, al considerar prueba suficiente el hecho de que la madre se hiciera practicar las pruebas prenatales. Otro sector de la doctrina rechaza indemnizar al hijo al considerar que el médico no tiene, respecto del *nasciturus*, ningún deber de impedir que éste venga al mundo. De existir algún deber, se trataría en cualquier caso de un deber respecto de los padres, a quienes impidió ejercitar la opción de interrumpir la gestación. En último término, argumento que parece fundamental, cuando el legislador despenaliza el aborto bajo ciertas condiciones, no lo hace para dar a la madre o a los padres la posibilidad de proteger los que a su juicio sean los intereses del futuro ser, sino exclusivamente sus propios intereses.

A nuestro entender, no plantea problemas sólo la determinación del daño resarcible, pues no puede lesionarse un "derecho a no vivir" cuando se sufren graves anomalías si éste es inexistente, existiendo, en cambio, el "derecho a la vida" reconocido por el art. 15 CE como un derecho fundamental de la persona especialmente tutelado, además de la *imposibilidad lógica* de comparar la vida dañada con la no vida, como por la dificultad práctica de medir los presuntos daños (¿se puede hacer un daño a una persona al permitir que nazca?; ¿cómo puede saberse que en el caso de una persona con discapacidad, no nacer hubiera sido la mejor opción?, ¿cuáles son los requisitos mínimos que han de cumplirse para considerar que una vida es digna de ser vivida?). La mayor dificultad se centra en la relación de causalidad y, más concretamente, que el hijo pueda llegar a probar, de forma concluyente, que su madre habría abortado.

A ello parece apuntar la SAP Cádiz de 17 de septiembre de 2002: "*mayores dudas suscita el caso en que la acción sea entablada sólo por el hijo enfermo (acción de «wrongful life»). El demandante puede alegar que su madre podía haber decidido abortar, pero no está en condiciones de probar (si no es con la colaboración de la madre, lo que obliga a suponer el curioso caso de que ésta ya ha muerto) que su madre habría tomado aquella decisión. Parece cuando menos dudosa la rectitud de una decisión judicial de «wrongful life» que se basa exclusivamente en lo que la madre podía haber hecho, aunque podría utilizarse el criterio de la «razonable verosimilitud de que la madre habría decidido abortar», teniendo en cuenta, como es obvio, lo documentado y probado en autos sobre dicho extremo".*

No obstante, tal vez pueda estimarse una demanda entablada por el propio hijo si con ella se pretende exclusivamente la indemnización de daños materiales experimentados por él, siendo muy dudoso, por contra, que sean indemnizables los daños morales puros (el hecho, en sí, de nacer o estar enfermo, pues resulta problemático un reconocimiento de responsabilidad del médico frente al nacido en este sentido, dado que un diagnóstico correcto no habría permitido eliminar la discapacidad, sino que habría inducido a la madre a interrumpir el embarazo).

A diferencia de los casos de *wrongful life* y *wrongful birth* referidos a nacimientos de hijos con malformaciones no causadas por una negligencia médica, sino por la falta de información del médico, en tiempo oportuno, a la madre de la malformación, lo cual le ha impedido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo, los supuestos de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy* son debidos a anticoncepciones fallidas que han dado lugar al nacimiento de un hijo sano pero no previsto.

Según la Ciencia médica, ningún método anticonceptivo es totalmente seguro; sin embargo, en ocasiones, su fracaso es imputable a la negligencia médica o a un defecto del propio mecanismo anticonceptivo.

De este modo, los supuestos de *wrongful conception* pueden ser: de un lado, operaciones de esterilización como vasectomías o ligaduras de trompas negligentemente practicadas o practicadas correctamente pero con omisión por parte del médico de la oportuna información relativa a las precauciones que deben adoptarse o a los riesgos de que no produzca el efecto perseguido (sobre vasectomías, *vid.*, entre otras, las SSTS de 25 de abril de 1994, 31 de enero de 1996, 11 de febrero de 1997, 11 de mayo de 2001; sobre ligaduras de trompas fallidas, *vid.* las SSTS 10 de octubre de 1995; 27 de junio de 1997; 5 de junio de 1998 y la SAP de Badajoz de 20 de febrero de 2003); y, de otro, colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo intrauterino (DIU) (*vid.* STS 24 de septiembre de 1999) o puesta en circulación o comercialización de un mecanismo anticonceptivo ineficaz que no impide el embarazo.

Como señala la STS de 11 de mayo de 2001, en su FJ 6º, acerca de una operación de vasectomía y posterior embarazo, "*sobre la Naturaleza Jurídica de esta intervención profesional médica se subraya que, a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica, son insuficientes para la curación de determinadas enfermedades y, finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, lo que hace que algunos de ellos, aún resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros, todo ello impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado –el de la curación del paciente– que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca conseguirse, entendiéndose que, por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios, consistente en utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recogen, entre otras, las sentencias de 7 de febrero y 29 de junio de 1990, 11 de marzo de 1991 y 23 de marzo de 1993, la actuación del médico se rija por la denominada «lex artis ad hoc», es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales*

características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo...

Que, si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica –la actividad sexual–, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar de indispensable exigencia, como luego se examina, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente –que no paciente–, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisas para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención... (S. 25-4-1994)".

La responsabilidad del médico en las demandas de *wrongful conception* deriva del incumplimiento negligente por parte del profesional sanitario del deber de informar previamente al paciente sobre las probabilidades de fracaso de la intervención de esterilización o en el postoperatorio, o por no practicar los exámenes necesarios tras la intervención o no hacerlo correctamente, pero lo cierto es que, si no hubiera sido por dicha actuación negligente, el hijo no habría sido concebido. Pero, como ya ha quedado dicho, el hijo no es un daño (como ha señalado la STS 5 de junio de 1998, “*la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores*”), razón por la cual ha de concluirse que fundamento de una reclamación, en estos casos, se encuentra en la privación de la libertad de procrear, como manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE. Sobre esta base, los demandantes reclaman el daño moral que les ha supuesto el nacimiento de un niño no querido, además del daño patrimonial por los gastos que tendrán que afrontar para criar, mantener y educar al niño.

CONCLUSIONES

Del rápido recorrido jurisprudencial recién hecho pueden extraerse diversas ideas conclusivas.

Cuando el daño causado no es o no sólo es patrimonial, la valoración del mismo se dificulta y ello conlleva que las cuantías indemnizatorias que se fijan nos lleguen a parecer, cuanto menos, ridículas.

De este modo, cómo se valora una discapacidad como es el síndrome de Down, si han de tenerse en cuenta diversos aspectos, como es el del impacto psíquico de crear un ser con discapacidad que previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas, precisando, a su vez, una atención fija permanente (casi siempre de la madre) y, por lo común, asalariada (piénsese en los gastos que conlleva un colegio especial), todo lo cual hace difícil la determinación del montante.

Con dicha cuestión está íntimamente relacionado el debate acerca de hasta qué punto las lesiones al feto han de considerarse como lesiones a la madre, entendiendo que el feto es parte del cuerpo de la madre, o, si, por el contrario, se tienen que considerar como lesiones a una persona distinta de la madre, postura ésta que, difícilmente salvable a la luz del Tribunal Constitucional que considera que el *nasciturus* o concebido y no nacido no es persona, restringiría la pretensión indemnizatoria de la madre en cuanto a los daños morales que han de repararse en caso de aborto involuntario por práctica negligente, dado que no podrá reclamar los daños morales irrogados a la vida del feto y que recaen sobre él, cuya reparación éste no podrá solicitar.

Y cómo puede determinarse el monto correspondiente a la reparación de la pérdida de la mama que sufre la paciente a consecuencia de la infección que contrae en el curso de la intervención quirúrgica: ¿justamente 6.000.000 pesetas/36.000 euros, ni más ni menos, son suficientes para dejar indemne a una mujer que pierde su mama derecha y que sufre un perjuicio físico y estético pero también psicológico o impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, además de consecuencias pecuniarias como los gastos de cirugía para su restitución plástica, teniéndose en cuenta diversos factores de la paciente como la edad, estado civil, profesión, etc.?. ¿Puede decirse con toda seguridad que 6.000.000 pesetas/36.000 euros responde adecuadamente al principio de la reparación íntegra del daño?. ¿Puede el Juez llegar a colocarse en la situación personal de la víctima para hacerse una idea aproximada del daño que le ha sido causado?

La gran dificultad que encierra la cuantificación del daño y dolor físico y psíquico conduce a la indudable discrecionalidad judicial para la fijación del *quantum* indemnizatorio hasta el punto que la obtención de un mayor o menor montante de resarcimiento va a estar en estrecha relación con la generosidad o no del juez e, incluso, si tiene o no un buen día. Así las cosas, la subjetividad de los órganos de instancia en la fijación de las cuantías indemnizatorias, lo que conduce a que a supuestos similares se concedan cantidades diferentes que se ha llamado de forma muy expresiva la *lotería judicial*, infringiéndose con ello el principio de seguridad jurídica así como el de igualdad exigidos, respectivamente, en los arts. 9.3º y 14 CE, a lo que ha de sumarse, complicándose aún más si cabe, la falta de formación especializada de los peritos y el fuerte corporativismo médico ha llevado a la doctrina a plantearse la conveniencia de que la valoración del daño médico se realice con arreglo a algún criterio objetivo, concretamente, se plantea la posible aplicación de los baremos indemnizatorios de daños producidos en accidentes de circulación de vehículos a motor.

BIBLIOGRAFÍA

BACCHINI, Fabio (2002): *Il diritto di non esistere*, Mc Graw Hill, Milano.

DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo (1999): *La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth (4 de Febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?*, en *Rev. Der. Gen. H.* núm. 10, 117 y ss.

DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo (2002): "La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de "wrongful birth". Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores", en *Rev. Der. Gen. H.* núm. 17, 179-202.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema (1998): "La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil", en *La Ley*, nº 4562, 1700-1710.

GALÁN CORTÉS, Julio César (1998): "La acción de 'wrongful birth' en nuestra jurisprudencia", en *Revista Española de Medicina Legal*, 84-85.

MACÍAS MORILLO, Andrea (2005): *La responsabilidad médica por los diagnóstico preconceptivos y prenatales*, Valencia, Tirant lo blanch.

MARTÍNEZ-PEREDA, José Manuel (2002): "La responsabilidad en el diagnóstico prenatal", en *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 79, 1 y ss.

MARTÍN CASALS, Miquel/SOLÉ FELIÚ, Joseph (2001): "Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos", en *Indret*.

VIVAS TESÓN, Inmaculada (1999): "La situación de la mujer en el Derecho Civil" en *Igualdad y mujer: las normas y su aplicación (1988-1998)*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999, vol. 3º, 299-398.

VIVAS TESÓN, Inmaculada (2003): "La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial", en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 11, 403-415.

VIVAS TESÓN, Inmaculada (2005): "Un breve apunte civil acerca de la situación de la mujer casada", en *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI (XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. Conferencias, ponencias e informes publicados)*, Carlos LASARTE ALVAREZ, (Dir.) y Araceli DONADO VARA, M^a Fernanda MORETÓN SANZ y M^a Fátima YAÑEZ VIVERO (Coords.), formato electrónico, Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España, Madrid.

VIVAS TESÓN, Inmaculada (2009): "Mujer y discapacidad", en *Investigación y Género. Avances en las distintas áreas del conocimiento*, Universidad de Sevilla, 1469-1487.

VIVAS TESÓN, Inmaculada (2010): "Las transformaciones del Derecho de Familia desde una perspectiva de género", en *Investigaciones multidisciplinares en Género*, I. VÁZQUEZ BERMÚDEZ (coord.), Edición Digital @tres, S.L.L. Sevilla, 1171-1195.

VIVAS TESÓN, Inmaculada (2010): "De la discriminación a la tutela de la mujer en el Derecho civil: panorámica y notas críticas a la luz de las políticas y acciones positivas de la Ley Orgánica 3/2007", en *Discriminación por edad y sexo. Retos pendientes del Estado social*, Fernanda MORETÓN y María CRESPO (Dir.), Colex, Madrid, 75-106.

VIVAS TESÓN, Inmaculada (2010): "El aborto en el Ordenamiento jurídico español: la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año 2, número 4, La Ley, Buenos Aires, 194-203.

VIVAS TESÓN, Inmaculada (2010): *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*, Madrid, Difusión jurídica.

VIVAS TESÓN, Inmaculada (2011): "La mujer en el Derecho civil del Siglo XXI", en *Homenaje a Vicente Montes*, Tirant lo blanch, Valencia, 2834-2861.

VIVAS TESÓN, Inmaculada (2011): "Las transformaciones del Derecho de Familia Español desde una perspectiva de género. La esperada y anunciada reforma del orden de los apellidos", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 3, número 1, La Ley, Buenos Aires, 216-225.

VIVAS TESÓN, Inmaculada (2011): "La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares", en *RDPat.*, núm. 26, 331-343.