

LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LOS SUPUESTOS DE WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

INMACULADA VIVAS TESÓN

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA ACCIÓN DE *WRONGFUL BIRTH*

1. Los pocos casos resueltos por los tribunales españoles
2. El error en el diagnóstico prenatal
3. El daño indemnizable y su valoración
4. La relación de causalidad

III. LA ACCIÓN DE *WRONGFUL LIFE*

IV. LA ACCIÓN DE *WRONGFUL CONCEPTION*

I. INTRODUCCIÓN

Un tipo de daños determinantes de una eventual responsabilidad civil del médico –en general, *vid.* DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba*, Cívitas, Madrid, 1999; GALÁN CORTÉS, Julio César: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Cívitas, Madrid, 2001; GUERRERO ZAPLANA, José: *Las reclamaciones por la deficiente asistencia sanitaria: doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios*, Lex Nova, Valladolid, 2001; PLAZA PENADÉS, Javier: *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002; RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública: (análisis doctrinal y jurisprudencial)*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1997– 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 SAP de Cádiz (Sección 1ª) de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002, 1929), en su FD 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 (RJ 1997, 4610), 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.

Siendo ésta la primera resolución judicial del Tribunal Supremo vertida sobre la materia que ahora nos ocupa, fue, de inmediato, objeto de diversos comentarios doctrinales –entre otros, Díez-PICAZO GIMÉNEZ,

Gema: «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», en *La Ley*, núm. 4562, 15 de junio de 1998; GALÁN CORTÉS, Julio César: «La acción de “wrongful birth” en nuestra jurisprudencia», en *Revista Española de Medicina Legal*, 1998, XXII (84-85); GARCÍA VARELA, Román: «El diagnóstico del Síndrome de Down y la responsabilidad médica», en *La Ley*, núm. 4390, 8 de octubre de 1997 y UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, en *CCJC*, 45/1997; asimismo, MARTÍN CASALS, Miquel: *Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right* a MAGNUS, Ulrich y SPIER, Jaap (Eds.), *European Tort Law. Liber Amicorum for Helmut Koziol*, Frankfurt am Main/Berlín/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien, Peter Lang, 2000-.

No ocurre lo mismo fuera de nuestras fronteras.

Lo señala la apenas citada SAP de Cádiz (Sección 1ª) de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002, 1929), en su FD 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 SAP de Cádiz (Sección 1ª) de 17 de septiembre de 2002, 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» –FD 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 y más en países como Italia –*vid.*, en la doctrina italiana, ofreciendo una visión de Derecho Comparado, AA VV (a cura di D'ANGELO, Antonino): *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999; PRINCIGALLI: «Quando la nascita non è un lieto evento», en *Riv. critica di Dir. Privato*, 1984, 833 ss.; Trib. Padova 9 agosto 1985, in *Foro it.*, 1986, I, 1995, con nota de ZENCOVICH, ZENO: «Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione di gravidanza», y en *Nuova giur. civ.*, 1986, I, 115, con nota de ZATTI; Cass. 8 luglio 1994, n. 6464, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Professioni intellettuali*, nn. 163, 164, comentada por BATA: «Responsabilità del medico, omissione di informazioni e danno risarcibile per mancata interruzione di gravidanza», en *Corriere giur.*, 1995, 91; GORGONO: «Il diritto di programmare la gravidanza e risarcimento del danno per nascita intempestiva», en *Resp. civ. e prev.*, 1994, 1034; CARUSI: «Fallito intervento d'interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il danno da “procreazione” nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere», in *Rass. dir. civ.*, 1996, 343; BACCHINI, Fabio: *Il diritto di non esistere*, Mc Graw Hill, Milano, 2002–, Francia, Alemania o Estados Unidos.

II. LA ACCIÓN DE WRONGFUL BIRTH

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.

1. Los pocos casos resueltos por los tribunales españoles.

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 (RJ 1997, 4610), 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 –antiguas– 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 la Sentencia de 4 de febrero de 1999 (RJ 1999, 748) –*vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, en *CCJC*, 50/1999 y DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: «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.* 10/1999–. 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, SA (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 –comentada por MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, en *CCJC*, 60/2002– 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, SA, 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 el orden cronológico, y en relación a los tribunales inferiores, nos encontramos con la SAP de Cádiz (Sección 1ª), de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002, 1929), 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.

2. El error en el diagnóstico prenatal.

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 FD 7º, la STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6197), a la que sigue la SAP de Albacete (Sección 1ª) de 30 de octubre de 2002 (AC 2002, 1867), en su FD 1º, 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 [RJ 1994, 3073]). 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 (RTC 1989, 132)– 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 realizadas 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 [RJ 2001, 3]). 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 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 –*vid.* DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)», en *Rev. Der. Gen. H.*, 5/1996 y MARTÍNEZ-PEREDA, José Manuel: «La responsabilidad en el diagnóstico prenatal», en *Actualidad de Derecho Sanitario*, enero 2002, núm. 79–, puesto que, por su actuar 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 bajo la indicación eugenésica cuando estuviera dentro de los plazos establecidos por ley, 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 decide interrumpir el embarazo–. Por ello, la actitud profesional adecuada debería ser la de dar información, la de permitirles a esos 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 (RJ 1997, 4610), 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 (RJCA 2001, 1280), 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 (10.000.000 de pesetas).

Clara la obligación de informar por parte del médico, sólo cuando, efectivamente, se demuestre la falta 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 poderosos 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 muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión –en esta línea se pronuncian, entre otras, la STS de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8938), la STS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10155), la de 19 de abril de 1999 (RJ 1999, 2588) y la de 7 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1508)–.

3. El 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 (RJ 1997, 4610), 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)» –FD 3º–.

Sin embargo, tanto la doctrina científica –entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ: «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad», Parte II, cit.; LLAMAS POMBO, Eugenio, en *CCJC* 36/1994; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil*, cit.–, como la jurisprudencial –*vid.* SAP de Madrid de 5 de mayo de 1998 (AC 1998, 7198), SAP de León de 1 de septiembre de 1998 (AC 1998, 1504), STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6197), 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» –FD 6º–; SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de junio de 2001 (RJCA 2001, 1280), STS de 7 de junio de 2002, aunque no se pronuncia claramente, SAP de

Cádiz de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002, 1929) y SAP Albacete de 30 de octubre de 2002 (AC 2002, 1867)— considera que, en las acciones de *wrongful birth* ejercitadas por los padres del hijo discapacitado, 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 (RJ 1999, 748), 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*, con 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 (Sección Cuarta), de 6 de junio de 2001 (RJCA 2001, 1280), 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 —según el art. 417.bis.3 CP, no será punible el aborto cuando «se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto»—, 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 de la facultad de 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 (en este sentido, PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Procreación artificial y responsabilidad civil», en *La filiación a finales del Siglo XX —Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida*, en II Congreso mundial vasco, Trivium, Madrid, 1998; DE ÁNGEL: «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)», cit., pg. 154; BERCOVITZ: CCJC 50/1999; MARTÍN CASALS: *Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law*)— 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, etcétera—.

Expuesto lo anterior, clarificador es, en relación al daño resarcible y a su valoración, el pronunciamiento de la SAP de Cádiz (Sección 1ª) de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002, 1929), en su FD 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 compara-

ción 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».

4. La relación de causalidad.

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 (Sección 1ª) de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002, 1929) en su FD 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 culpable 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.

Ésta 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».

III. LA ACCIÓN DE WRONGFUL LIFE

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, etcétera—.

Aún no ha dictado el Tribunal Supremo ninguna sentencia que resuelva un supuesto de *wrongful life*; los casos planteados han quedado, por el momento, en primera instancia.

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 Audiencia Provincial y absolvió a los demandados de todos los pedimentos.

Junto al anterior, en el litigio resuelto por la SAP Cádiz (Sección 1ª) de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002, 1929), 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 —*vid.* MARTÍNEZ-PEREDA «La responsabilidad en el diagnóstico prenatal», cit.—.

Josette Perruche, en estado de gestación, ante una infección de rubéola de su hija mayor, pidió un diagnóstico advirtiéndole 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 abrumadora 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 inabordable 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 discapacitado, aunque sus padres lo hubiesen asumido libre e informadamente —es lo que lo que la doctrina ha denominado *daño de procreación*; sobre este tema, *vid.* PANTALEÓN: *Procreación artificial y responsabilidad civil*, cit.; RUÍZ LARREA, Nekane: «El daño de procreación: ¿un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos», en *La Ley*, núm. 4491, 3 de marzo de 1998—; de otro, obligaría a regular qué se entiende por *tara*, norma que, además, generaría un clima adverso contra los discapacitados, que ya sufren suficiente falta de apoyo social, y una presión insoportable 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. Contena 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 volverse contra los padres para recobrar las cantidades que les ha abonado para hacerse cargo de la minusvalía del niño.

La propuesta del Ejecutivo francés se presentó en la Asamblea nacional y, después de cuatro horas de debate, 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 aquellas 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 posicio-

nes 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» —DE ÁNGEL: «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad», Parte II, cit.—. 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» —así, PANTALEÓN: «Procreación artificial y responsabilidad civil», cit., a quien siguen UREÑA, en CCJC 45/1997, cit. y Díez-Picazo: *La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil*, cit.—.

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 discapacitada, 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 (Sección 1ª) de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002, 1929): *«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—.

IV. LA ACCIÓN DE WRONGFUL CONCEPTION

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 —*vid.* MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep: «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos», en *Indret*, julio, 2001, www.indret.com y «Responsabilidad civil por anticoncepción fallida ("wrongful conception")», *La Ley*, núm. 5249, de 16.02.2001—.

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 (RJ 1994, 3073), 31 de enero de 1996 (RJ 1996, 546), 11 de febrero de 1997

(RJ 1997, 40), 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6197); sobre ligaduras de trompas fallidas, *vid.* las SSTs 10 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7403); 27 de junio de 1997 (RJ 1997, 5758); 5 de junio de 1998 (RJ 1998, 4275) y la reciente SAP de Badajoz (Sección 1ª), de 20 de febrero de 2003 (AC 2003, 265); y, de otro, colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo intrauterino (DIU) –*vid.* STS 24 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 272) y los comentarios de LLAMAS POMBO: *CCJC* 36/1994, cit.; UREÑA MARTÍNEZ, *CCJC* 45/1997, cit.; GARCÍA RUBIO, Mª Paz, *CCJC*, 48/1998 y BERCOVITZ: *CCJC*, 50/1999, cit.–, 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 (RJ 2001, 6197), en su FD 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 (RJ 1990, 668) y 29 de junio de 1990 (RJ 1990, 4945), 11 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2209) y 23 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2545), 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 [RJ 1994, 3973])».

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 (RJ 1998, 4275), «*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, en los casos de *wrongful conception*, 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.