

**INVESTIGADOR
INVITADO**

LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. LAS LLAMADAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE**

Andrea Macía Morillo**

* El texto de este artículo deriva de dos conferencias impartidas bajo este mismo título en Cartagena de Indias y en Barranquilla en mayo de 2007, con ocasión de la invitación de la Maestría en Derecho de la Universidad del Norte (Barranquilla, Colombia).

** Doctora en Derecho. Profesora Ayudante LOU de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Premio extraordinario de Tesis Doctoral del curso 2003-2004.

Dirección postal: Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho. Área de Derecho civil (Despacho 61). c/ Kelsen 1. 28049 Madrid (España). andrea.macia@uam.es

Resumen

La evolución de la responsabilidad civil ha llevado a la aparición de nuevas pretensiones de reparación de daños. En este trabajo se analizan dos de ellas, las acciones de wrongful birth y wrongful life, en las que se plantea la posibilidad de calificar la vida como daño ante el nacimiento de un niño afectado por enfermedades o malformaciones de las que no fueron informados los progenitores antes de la concepción o durante el embarazo. Este análisis se aborda desde una idea de continuidad en la aplicación de la institución de la responsabilidad civil, tratando de comprobar si concurren los presupuestos de la misma, sobre la idea de que sólo en caso afirmativo puede exigirse una indemnización. Desde esta perspectiva, los principales obstáculos a estas acciones son el daño reclamado y la imputación objetiva del mismo al profesional sanitario cuyo comportamiento sólo produjo el defecto en la información recibida por los progenitores.

Palabras claves: Responsabilidad civil, *wrongful birth*, *wrongful life*, responsabilidad médica, diagnóstico preconceptivo y prenatal.

Abstract

The civil liability's evolution has led to the emergence of new claims for damage redress. This article analyzes two of them: *wrongful birth* and *wrongful life* actions. Both raise the question of if it is possible to consider life as a damage when a child is born with an illness or handicapped and the parents were not informed about that fact before the conception or during the pregnancy. The article handles this problem from a point of view of continuity in the institution of the civil liability's application; that is: trying to check if the elements needed for liability are met, because only in that case the damage should be repaired. From this approach, the main obstacles to this claims are, on the one hand, the damage claimed in the action and, on the other hand, the legal approach to the causal relationship. This last element of liability is difficult to assert in relation to a health professional whose behaviour just led to a mistake in the information received by the parents.

Key words: Civil liability, *wrongful birth*, *wrongful life*, medical malpractice, prenatal and preconceptional counseling.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de este artículo se pretende analizar el tratamiento que ha de dispensarse a las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. En ellas, el supuesto básico del que se parte es el de una gestante que durante el embarazo se somete a un proceso de diagnóstico prenatal mediante el cual se trata de controlar el estado de salud de la criatura que porta en su seno. Durante dicho proceso de diagnóstico se produce un error por parte de alguno de los profesionales sanitarios intervinientes en el mismo, error que resulta en que la información que se proporciona a la gestante no responde, en realidad, a la situación real del embrión o del feto; concretamente, se le informa de que no existe problema ni riesgo alguno respecto del *nasciturus*, cuando la realidad es que éste se encuentra afectado por un grave defecto o malformación o por una enfermedad incurable; se emite lo que se denomina técnicamente un “falso negativo”¹. En tal situación, la gestante no recibe la información necesaria para decidir si acudir o no a un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo. En tales circunstancias, el resultado es que el niño nace y nace enfermo, momento en el cual surge la pretensión, tanto por parte de los progenitores como del propio niño nacido, de reclamar responsabilidad de los profesionales sanitarios que produjeron el defecto en la información recibida y, con ello, la privación de la facultad de la gestante de optar por la interrupción del embarazo.

Estas pretensiones de responsabilidad sólo se pueden entender si se atiende a los cambios y las reformas del Derecho, de la sociedad y de la familia que se han experimentado, fundamentalmente, desde finales del siglo XIX, cambios que se han producido, más que en los textos legales, en la imagen social de la responsabilidad, así como en su interpretación jurisprudencial. En otras palabras, se ha visto alterada la concepción inicial sobre la responsabilidad mantenida durante bastante tiempo, y es dicha alteración la que ha permitido llegar a estos extremos.

¹ Esta terminología procede de EMALDI CIRIÓN (2001). *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas* (pp. 230-233). Bilbao-Granada: Comares.

1. LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HASTA LA APARICIÓN DE LAS ACCIONES RELACIONADAS CON EL INICIO DE LA VIDA

En un principio, el instituto de la responsabilidad partía de la idea de que cada sujeto debía cargar con sus propios daños y de que la responsabilidad civil debía concebirse como una excepción. En otras palabras, se partía del principio de que el traspaso de la carga del daño experimentado por un sujeto a otro sujeto sólo se puede realizar cuando existe un motivo suficiente que lo justifique (motivo que inicialmente se identifica con el comportamiento culpable). Sin embargo, estas ideas comenzaron a tambalearse ya con la Revolución Industrial; el cambio económico-social, el paso de una economía rural a otra industrial y las nuevas fuentes potenciales de peligro llevaron a considerar insuficiente la culpa como criterio para atribuir la obligación de responder a un determinado sujeto. Difícilmente se podía buscar al culpable, por ejemplo, cuando el daño había sido producido por una máquina que funcionaba automáticamente por vapor.

Esto derivó, por un lado, en el surgimiento de corrientes objetivadoras de la responsabilidad –que ahora no nos interesan– y, por otro lado, junto a factores como la educación científica, la progresiva secularización de la población o el abandono de los conceptos vitales fatalistas que atribuyen los daños sufridos al Destino, derivó en un paulatino cambio de la mentalidad social, que pasa a centrar su atención no ya en la reprobabilidad de un comportamiento, sino en la necesaria reparación del daño sufrido por la víctima². Con ello, a partir de aquí, en la percepción social, la responsabilidad civil pasa a ser la regla, y la asunción del propio daño, la excepción. De esta manera, se altera en cierto modo

² Como señala DÍEZ-PICAZO (1979), “La responsabilidad civil hoy”, *ADC*, p. 728, la conciencia imperante en la época de la Codificación, conforme a la cual el daño se veía como un castigo de Dios por los pecados cometidos o como prueba del temple del alma de la víctima, parece cambiar a raíz de la Revolución Industrial. A partir de ese momento “la indemnización adquiere el aspecto de un verdadero imperativo social. Se impone, como una exigencia ineludible, la necesidad de otorgar una protección y una defensa más vigorosa a la persona”. Esto se convierte en una búsqueda sistemática de un responsable, como pone de relieve YZQUIERDO TOLSADA (2001). La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate. En *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana* (p. 232). Coord. R. de Ángel Yágüez y M. Yzquierdo Tolsada. Madrid: Dykinson.

el punto de partida, y se instaura progresivamente un principio de favorecimiento a la víctima³, que se manifiesta, por lo que aquí nos interesa, en la pretensión de reparar cualquier revés o contrariedad que sufra una determinada persona, con lo que la responsabilidad parece asumir nuevas funciones en la percepción social.

Como consecuencia de este principio de favorecimiento de la víctima, el daño pasa a ser el presupuesto a partir del cual parece articularse la responsabilidad y, lo que es más interesante, el propio concepto de daño se amplía. Así, en un primer momento, a comienzos del siglo XX, se admite la indemnización del daño moral y, posteriormente, se van admitiendo nuevos tipos de daños, a partir del manejo de un concepto amplio de daño como lesión a un interés jurídicamente protegido, concepto lo suficientemente indeterminado como para que, realmente, puedan tener cabida en él muchos de los reveses que sufre un sujeto en su vida (de hecho, tantos como vaya considerando como tales la concepción social cambiante).

Es en esta corriente donde comienza a plantearse la posibilidad de que la responsabilidad entre en juego en relación con el hecho mismo de la vida –sea el hecho de nacer o la nueva vida–, posibilidad que, como no puede ser de otra forma, surge inicialmente en Estados Unidos, pero que desde ahí se extiende sucesivamente por el resto de los países de su entorno sociocultural, llegando a las fronteras españolas algo más tardíamente, pero con la misma fuerza que en su origen⁴.

³ Se trata, de hecho, de una tendencia generalizada en el derecho actual, como señalan ZWEIGERT y KÖTZ (1998). *An introduction to comparative Law* (p. 671). Trad. inglesa de T. Weir, 3ª ed. Oxford: Clarendon Press.

⁴ Las primeras acciones de responsabilidad relacionadas con la vida surgen en Estados Unidos hacia los años sesenta; de hecho, el primer caso que se plantea en materia de *wrongful birth* y *wrongful life* es de 1967 (*Gleitman vs. Cosgrove*). La extensión de esta problemática al resto de los países es algo más tardía. Así, la primera en recibir estas corrientes es Alemania, donde ya hacia finales de los sesenta y principios de los setenta se plantean los primeros casos de *wrongful conception* (si bien los casos de *wrongful birth* han de esperar hasta los años ochenta). Seguidamente, en Gran Bretaña comienzan a plantearse estas cuestiones hacia los años setenta: la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* es de 1976 y, a partir de ahí, se plantean acciones de *wrongful conception* y algunas –escasas– acciones de *wrongful life* (concretamente, la única sentencia es la del caso *McKay vs. Essex AHA*). En Francia, las primeras acciones relacionadas con la vida surgen hacia los años ochenta, planteándose la problemática de *wrongful birth* y *wrongful life*, especialmente, ya avanzada la siguiente década, proceso que culmina con el famoso caso *Perruche* en el año 2000. El caso de España es el más tardío, pues este tipo de reclamaciones de responsabilidad no comienza sino hasta los años noventa: la primera sentencia de *wrongful birth* es de 1997 y las primeras sentencias de *wrongful conception* son sólo de unos pocos años atrás.

Concretamente, este juego entre la responsabilidad y el inicio de la vida se manifiesta, sucesivamente, en el surgimiento de diversas acciones de responsabilidad con diferentes actores y demandados, pero con el tema común de identificar un daño en el hecho de nacer o en la propia vida.

2. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL RELACIONADAS CON EL INICIO DE LA VIDA

Los primeros casos de responsabilidad relacionada con el inicio de la vida que se plantean en Estados Unidos, allá por el año 1963, son los que actualmente se conocen como lo que podríamos traducir como casos de “vida insatisfactoria” o de “vida privada de ventajas” (*disadvantaged* o *dissatisfied life*). En ellos, el supuesto de hecho planteado era el siguiente: un hijo reclamaba una indemnización frente a uno o ambos progenitores por el daño que le suponía haber nacido en el seno de unas circunstancias familiares o sociales desventajosas (por ejemplo, bajo el estigma de la ilegitimidad o en condiciones de pobreza), siendo la vida que se desarrolla en tales circunstancias el daño por el que se reclama⁵.

Pues bien, aunque desde un principio esas acciones fueron generalmente rechazadas por los tribunales estadounidenses de forma constante –sobre fundamentos tales como la ausencia de un daño, el riesgo de dar pie a una avalancha de pretensiones de este tipo o su contrariedad con el orden público⁶–, su importancia radica, por lo que aquí nos interesa, en que abrieron, sin duda, el camino a la pregunta de si el hecho de la vida o del nacimiento podía ser considerado como un daño.

⁵ En particular, en el primero de estos casos, la demanda, en concreto, se centraba en la privación de una infancia normal en un hogar igualmente normal (*Zepeda v. Zepeda*). Los hechos de este caso eran los siguientes: el padre del demandante había convencido a la madre para mantener con él relaciones sexuales, bajo la promesa de matrimonio posterior; pero el matrimonio nunca se produjo, puesto que el hombre estaba ya casado. El niño que nació era, pues, ilegítimo.

⁶ Concretamente, el argumento de la sentencia del caso *Zepeda v. Zepeda* se basaba en el miedo a las demandas futuras: “Encouragement would extend to all others born into the world under conditions they might regard as adverse. One might seek damages for being born of a certain color, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a part has an unsavory reputation”.

A partir de ese punto, los supuestos de reclamaciones de responsabilidad relacionadas con la vida se han ido multiplicando progresiva y paulatinamente. Así, de la reclamación frente a los progenitores se pasó a la reclamación a los médicos que no impedían esos nacimientos⁷ y, desde ahí, a la reclamación de los progenitores a los médicos, cuando se producía el nacimiento de un hijo sano, pero no deseado. Se trataba, en este segundo caso, de las llamadas acciones de *wrongful conception*, en que uno o ambos progenitores plantean una demanda de responsabilidad frente a un profesional sanitario ante el nacimiento de un hijo que no habían planeado tener; nacimiento que, de hecho, habían tratado de evitar por una de estas tres vías: esterilización voluntaria (vasectomía o ligadura de trompas), uso de métodos anticonceptivos o práctica de un aborto. En todos estos casos, el problema surge de que el procedimiento fracasa y no se alcanza el resultado deseado, pues nace un niño; y aunque el niño nace sano, es precisamente el nacimiento no deseado el daño sobre el cual se articula la demanda. En otras palabras, los progenitores solicitan una indemnización por el hecho de haber concebido a un hijo o por haber llevado a término el embarazo no deseado⁸.

No obstante, conscientes los demandantes del rechazo que puede recibir el planteamiento de una demanda de responsabilidad cuyo daño se centre en el nacimiento mismo de un hijo, por su con-

⁷ Ejemplo de ello es el caso *Williams v. State of New York*, que trataba de la reclamación de una niña nacida de una madre con problemas mentales, concebida mientras estaba bajo la custodia de un hospital, donde fue violada. La niña reclamaba indemnización frente al hospital, por haber sido producida la concepción ilegítima bajo la custodia del mismo. La pretensión se rechazó en apelación, con argumentos similares a los del caso *Zepeda v. Zepeda*.

⁸ Frente a lo que pudiera parecer, quizá, en una primera impresión, estos casos son relativamente frecuentes, ya que la tipología de los supuestos en que se puede producir este fracaso del procedimiento empleado es muy variada. Por sólo citar algunos casos reales, pueden mencionarse, por ejemplo, la práctica negligente de la intervención de esterilización (SSTS de 10 de octubre de 1995 y 5 de junio de 1998) o de la interrupción voluntaria del embarazo (sentencias de la Corte d'Apello di Venezia de 23 julio de 1990, Corte d'Apello di Bologna, de 19 de diciembre de 1991 y Tribunale di Cagliari de 23 de febrero de 1995), omisión de la información sobre los cuidados postoperatorios o sobre el tratamiento necesario para conseguir el resultado perseguido (SSTS de 25 de abril de 1994, 31 de enero de 1996 y 11 de febrero de 1997), defectuosa aplicación de un anticonceptivo eficaz (STS de 24 de septiembre de 1999) o, finalmente, la prescripción de un método anticonceptivo inadecuado para el paciente o de un medicamento que carezca de tal virtud (LG Itzehoe de 21 de noviembre de 1968 y LG München de 27 de febrero de 1970).

triedad con valores fundamentales del Ordenamiento, cambian el enfoque de su pretensión; en concreto, alteran el presupuesto de la reclamación e identifican el daño con un interés que socialmente pueda ser considerado como jurídicamente protegido. Separan, pues, el daño reclamado del hecho de la vida del hijo –aplicando el mismo razonamiento que maneja la doctrina alemana de la separación, o *Trennungslehre*⁹– y centran éste, bien en la lesión de la libertad de procreación que reconoce a todo sujeto el artículo 10.1 CE (Martín Casals, 2000, pp. 190-195)¹⁰, o bien en los gastos que acarrea el niño (García Rubio, 1998, p. 1218).

Me detengo aquí para llamar la atención al lector sobre este enfoque en el razonamiento, ya que se trata de un mecanismo muy similar al que se empleará para afirmar el daño en el estudio de las acciones de *wrongful birth*, como luego se verá. Y se trata de un mecanismo eficaz, puesto que actualmente este tipo de reclamaciones de responsabilidad son admitidas generalmente por los tribunales españoles, prácticamente sin objeciones, siempre que existiera un comportamiento negligente en la actuación del responsable (generalmente en relación con sus obligaciones de información)¹¹.

Puesto esto de relieve, en este panorama de las acciones de responsabilidad relacionadas con la vida, la evolución no termina aquí, sino que se da un paso más. De hecho, el ámbito de los nuevos tipos de daños relacionados con la vida se sigue ampliando con la entrada de un nuevo factor: la vida enferma. Así, en un primer momento nos encontramos con las acciones de responsabilidad civil relacionadas con

⁹ Esta doctrina, que recibe su nombre a partir de la obra de HARRER (1989. *Zivilrechtliche Haftung bei durchkreutzter Familienplanung*. Frankfurt-Bern-New York-París: Peter Lang) surge en respuesta al rechazo de la responsabilidad en estos casos sobre la idea de que la atribución de una indemnización lesiona la dignidad de la persona, a la que se reduce a términos meramente económicos. Frente a ello, la *Trennungslehre* afirma que es posible establecer una distinción, desde un punto de vista teórico, entre el niño que ha nacido y el daño reclamado (esto es, los gastos que genera desde el momento en que se produce tal nacimiento).

¹⁰ Véanse también las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1999 y [3^a] 3 de octubre de 2000.

¹¹ Para una visión general del estado de la cuestión, ver MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU (2001), Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (*wrongful conception*). *La Ley*, D-45, pp. 1640-48; *idem* (2002), STS de 7 de junio de 2002, CCJC, pp. 1101-04.

daños causados a embriones o fetos antes de la concepción, durante el embarazo o en el momento del parto; supuestos todos ellos en los que el niño habría nacido sano, de no ser por el evento dañoso¹². Tales acciones, una vez resuelto el problema de la falta de personalidad jurídica de la víctima en el momento de la producción del daño, no presentan realmente ninguna peculiaridad digna de mención para lo que aquí nos interesa, por lo que es suficiente con enunciarlas¹³.

Sí es más importante, en cambio, destacar que, en paralelo, surgen también las llamadas “acciones de procreación irresponsable”. Rechazadas las reclamaciones a los progenitores por una vida sana, pero insatisfactoria, a través de estas otras acciones se plantea la posible responsabilidad de los progenitores frente a sus hijos en dos grandes grupos de casos: uno, cuando el hecho de que éstos sufran una grave malformación o enfermedad deriva directa o indirectamente del comportamiento de sus progenitores (de no ser por su actuación, el niño habría nacido sano) y otro –y aquí se produce el salto cualitativo que llevará a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en las que se centra este trabajo–, cuando la existencia enferma del hijo deriva de que los progenitores decidieron llevar a término un embarazo o concebir, pese a ser conscientes del riesgo que amenazaba a su descendencia futura; es decir, pese a ser conscientes de que todos sus hijos futuros podían nacer con un determinado mal o con un defecto grave e incurable. Este segundo grupo de casos interesa aquí especialmente porque, como se ha apuntado, introducen un nuevo factor en el examen de la responsabilidad relacionada con la vida enferma. Concretamente, se plantea un supuesto en el que la vida enferma era la única vida que

¹² Se trata, por ejemplo, del caso de que no se trate adecuadamente *in utero* una enfermedad que sufre el embrión o feto, o de que la gestante sufra un accidente de tráfico durante el embarazo. De ello resulta el nacimiento de un niño con algún tipo de enfermedad o malformación debida a la actuación de un agente físico (un profesional sanitario, en muchas ocasiones, pero no necesariamente), siendo posible afirmar –como se ha señalado– que de no ser por la actuación del agente productor del daño, el niño habría nacido sano.

¹³ Lo que se pone en cuestión en estas acciones es hasta qué punto se puede hablar de una lesión de la salud o la integridad física de un sujeto que carece de personalidad jurídica y, consiguientemente, de capacidad jurídica. Para una visión más extensa de las mismas, ver, especialmente, para Estados Unidos, COLLINS (1983-84). An overview and analysis: prenatal torts, preconception torts, wrongful life, wrongful death and wrongful birth: time for a new framework. *J. Fam. L.*, N° 22, pp. 677-83, y para Inglaterra, KENNEDY y GRUBB (2000). *Medical law*, 3ª ed. (pp. 1524-30 y 1550-52). London-Edimburgh-Dublin: Butterworths.

podía desarrollar el niño nacido, dado que éste no podía haber nacido sano: o nacía enfermo o no nacía.

A partir de este salto, y ante la dificultad intrínseca a la reclamación de una responsabilidad frente a los progenitores en este contexto¹⁴, la atención en estos supuestos de nacimiento de niños que padecen de ciertas enfermedades graves e incurables se pasa a centrar sobre los profesionales sanitarios. Y es que, en los últimos años, estos profesionales se han visto sometidos progresivamente a un –llamémoslo así– “acoso”, desconocido hasta hace relativamente poco. Por un cúmulo de factores –entre los que se cuentan los avances en la medicina que han permitido retrasar o evitar la mortalidad humana en relación en un amplio número de enfermedades, la vulgarización de los conocimientos médicos o el mayor número de obligaciones asumidas por los profesionales sanitarios (García Blázquez & Molinos Cobo 1995, p. 12-15)– se ha perdido el temor reverencial al médico, y éste ha pasado a ser objeto de sospecha y de reclamación cuando no se alcanza la curación que persigue todo paciente. Con ello, actualmente, cuando el resultado favorable o sanador no se produce, es al médico y no a la Naturaleza a quien considera responsable el paciente, y a quien le exige la reparación del daño experimentado.

De la misma forma, cuando nace un niño enfermo o discapacitado, se trata también de buscar a un responsable, y las miradas pasan a centrarse en los profesionales sanitarios. Se trata de responsabilizarlos de este hecho, bien porque no pudieron evitar la enfermedad –lo que no les es siempre exigible en el estado actual de los conocimientos científicos, por desgracia insuficientes–, bien porque no pudieron

¹⁴ De hecho, las acciones de procreación irresponsable han sido rechazadas generalmente en la mayoría de los países en los que se han planteado, a partir de argumentos tales como el desequilibrio que ocasionan en el entorno familiar RUIZ LARREA (1998). El daño de procreación”: ¿un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos? *La Ley*, D-62, p. 2039, o NOVELLINO (2000). Responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos. En *Derecho de daños. Daños en el derecho de familia, Cuarta parte (A)* (p. 24). Buenos Aires: Ediciones La Rocca), la ausencia de antijuridicidad del comportamiento (EMALDI CIRIÓN, 2001, p. 245), o su contradicción con el Derecho de familia ROCA TRIAS (2000). La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil. En *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio* (pp. 539 y ss.). Coord. J.A. Moreno Martínez. Madrid, Dykinson).

prever ese evento, ya que este comportamiento, en ambos casos, tuvo como resultado una privación a los progenitores de la facultad de decidir si concebir o si llevar a término un embarazo en tales circunstancias.

Pues bien, éste es el contexto en el que surgen las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, en las que me centraré en la segunda parte de este trabajo. Con ellas se completa prácticamente el panorama de las acciones de responsabilidad relacionadas con el comienzo de la vida; panorama que quería comenzar por poner aquí de relieve para ofrecer una visión de los extremos a los que se están tratando de llevar las reclamaciones de responsabilidad civil en esa corriente de cambio de los perfiles de esta institución en la que parecemos estar inmersos, en aras del favorecimiento del dañado y de la preponderancia del elemento del daño.

3. EL TRATAMIENTO DE LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*

3.1. El respeto a los requisitos de la responsabilidad civil, como punto de partida

Llegados a este punto, no obstante, hay que matizar lo dicho hasta el momento: una cosa es lo que puedan pretender los pacientes (reclamar responsabilidad del médico por no poder evitar una enfermedad o por no poder preverla) y otra cosa es lo que el Ordenamiento realmente admita. Y es que en las páginas precedentes el análisis se ha limitado prácticamente a exponer diversos fenómenos o situaciones que se han producido en la realidad y que han provocado una reacción en los individuos, reacción que ha consistido en una pretensión de hacer valer la responsabilidad civil como vía de solución a los perjuicios que se dice haber sufrido. Sin embargo, hasta este momento no se ha tratado más que someramente sobre la respuesta que ha dado el Ordenamiento a estas pretensiones, ya que estos fenómenos no eran, en general, el objeto de este estudio. Ahora, en cambio, sí se ha de profundizar algo más en esa línea respecto del tema que se analiza en estas páginas; concretamente, ha de estudiarse cómo han sido recibidas las pretensiones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* por el Ordenamiento, y para ello ha de partirse de la idea de la continuidad.

¿En qué sentido? En el sentido de que se ha de partir de la afirmación de que el tratamiento que hayan de recibir estas pretensiones de indemnización frente a los profesionales médicos ha de respetar los perfiles de la responsabilidad civil, tal y como fue concebida y regulada originariamente en el Código civil, ya que ésta es la institución que le sirve de marco, institución que, pese a todos los cambios socio-económicos, no ha sido alterada por el legislador en sus presupuestos fundamentales. Por ello, al margen de estas tendencias de ampliación de la responsabilidad civil inicialmente mencionadas, la idea de continuidad supone partir del presupuesto firme de que, para admitir o rechazar la responsabilidad civil, habrá que examinar cada uno de sus presupuestos (daño, culpa y relación de causalidad, tanto en su perspectiva fáctica como jurídica), a fin de ver si efectivamente están o no aquí presentes. En otras palabras, se trata de analizar este supuesto reafirmando la idea tradicional de que la responsabilidad es una excepción y no, como actualmente se pretende, una regla general frente a cualquier revés que experimente una persona en su vida. Por tanto, vaya de partida la afirmación de que únicamente podrá estimarse la procedencia de una indemnización en estos casos cuando se constate que concurren todos y cada uno de los elementos que establece el Ordenamiento para hacer surgir la obligación de reparar el daño causado.

Esto supone, como es lógico, que el enfoque con el que se ha de abordar el tratamiento de estas acciones requiere analizar si está presente o no en ellas cada uno de los citados elementos; esto es lo que se tratará de ver a continuación.

3.2. Definición del supuesto de hecho de partida

En todo caso, antes de avanzar en los problemas a los que se enfrentan estas acciones al aplicar la responsabilidad civil, hay que hacer un pequeño paréntesis para definir y perfilar algo más los casos de los que aquí se va a tratar, pues es muy posible que, pese a la presentación inicial, el lector no se haya formado aún una idea precisa sobre ellos. A tal fin partiré de la definición que ofrece la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002, que expone en sus líneas básicas la problemática presente en estos supuestos. Según esta sentencia, se trata 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 (...) 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.

Apartir de aquí, sin embargo, es necesario hacer cinco observaciones, a fin de perfilar con precisión el supuesto de hecho al que nos enfrentamos:

Primero: Frente a lo que pudiera deducirse de la definición transcrita y del caso inicialmente expuesto, estos supuestos no sólo se producen en el contexto de un diagnóstico anterior al nacimiento (diagnóstico prenatal), sino que la misma problemática se revela cuando este error en el diagnóstico es previo a la concepción (en el contexto, pues, de un diagnóstico preconceptivo o preimplantatorio), ya que también aquí se puede producir un defecto en la información necesaria para la adopción de decisiones –si concebir o no– por parte de los progenitores, sobre la descendencia futura¹⁵. Piénsese, por ejemplo, en una pareja que antes de concebir se somete a consejo genético, puesto que sospechan que uno o ambos son portadores de una determinada enfermedad que podría afectar gravemente la existencia de su descendencia futura (*v. gr.*, fibrosis quística, hemofilia, Tay-Sachs...); o en el caso de la mujer que se somete a un proceso de reproducción asistida. Si en tal contexto se realiza el diagnóstico preconceptivo o preimplantatorio de manera defectuosa y, consecuentemente, los pacientes reciben una información incorrecta sobre el riesgo que amenaza a su futura descendencia –se les informa de que tal riesgo no existe–, no cabe duda de que su decisión respecto de la concepción se habrá visto afectada por ello. En todos estos casos, por tanto, se encuentra presente una privación de información relevante, lo que incide sobre las decisiones que adoptan los progenitores respecto de la descendencia futura.

¹⁵ De hecho, la mayoría de la doctrina trata ambos supuestos de forma conjunta. Sirva de ejemplo DE ÁNGEL YÁGÜEZ (1996). Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad. Parte II. *Rev. Der. Gen. H.*, N° 5, p. 146.

Segundo: Aunque se habla de responsabilidad médica –generalmente, de hecho, de responsabilidad de médicos ginecólogos–, ha de incluirse aquí como posible demandado cualquier profesional sanitario de los que interviene en cada una de las fases del procedimiento de diagnóstico (ATS, ecografista, técnico de laboratorio...) ¹⁶, siempre y cuando sea su comportamiento el que produzca el “falso negativo” en el diagnóstico. De hecho, nada impide que ese error que lleva al diagnóstico erróneo venga determinado, por ejemplo, por el hecho de que la enfermera no consigne en la historia clínica determinados antecedentes familiares de malformaciones, o por el hecho de que un técnico de laboratorio confunda la muestra tomada a la gestante ¹⁷.

Tercero: Es presupuesto necesario de estas acciones que, en el Ordenamiento en que se planteen, esté reconocida la libertad de procreación o la facultad de aborto –según sea el supuesto de hecho de diagnóstico preconceptivo o prenatal– y que, además, en este segundo caso, tal facultad esté reconocida, concretamente, de forma libre o bien, al menos, para el motivo embriopático (Martín Casals, 2000, p. 205-06). No es suficiente, pues, con el reconocimiento de la facultad de aborto para otros motivos (*v. gr.*, terapéutico o ético), ya que, en tal caso, el hecho de que existieran defectos o malformaciones en la descendencia futura no permitiría a los progenitores decidir acerca del ejercicio de la facultad de aborto, por lo que el error en el diagnóstico sobre estos extremos no produciría una privación de esta facultad de interrupción del embarazo. El problema que se plantearía sería, pues, otro.

¹⁶ Habitualmente, de hecho, son varios los profesionales sanitarios que intervienen en el proceso de diagnóstico. Junto con el avance de la ciencia médica y de la técnica, y ante la incapacidad consiguiente de abarcar todo el conocimiento existente por parte de un único sujeto, hemos asistido en los últimos años a un proceso constante de especialización de las profesiones sanitarias y de parcelación de las competencias de los sujetos que intervienen en la atención a los pacientes. Por ello, en la actualidad se puede afirmar que son escasos los supuestos en los que todo el seguimiento y tratamiento a un paciente venga desarrollado por un único profesional. Así lo afirma, por ejemplo, ATAZ LÓPEZ (1985). *Los médicos y la responsabilidad civil* (p. 213). Madrid: Montecorvo.

¹⁷ De hecho, en la práctica española se ha planteado ya un caso en el que la reclamación de responsabilidad por *wrongful birth* se centraba sobre los ecografistas que, durante el seguimiento del embarazo, no detectaron las malformaciones que padecía el feto, con las que posteriormente nació. Ver sobre esta cuestión mi comentario: MACÍA MORILLO (2004). STS de 18 de diciembre de 2003. CCJC, pp. 1030-33.

Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en Italia, donde el aborto sólo se permite cuando se ponga en grave peligro la vida o la salud física o psíquica de la gestante¹⁸; tal regulación debería eliminar desde un principio el planteamiento de una acción de responsabilidad por *wrongful birth* o *wrongful life* prenatal. De hecho, en este contexto la falta de información a los progenitores sobre los defectos o malformaciones de su descendencia concebida y no nacida no impide a la gestante decidir si interrumpir o no el embarazo, pues esta posibilidad queda sólo condicionada a la puesta en peligro de su salud o de su vida¹⁹. Por ello, en este país no existe un substrato legal que permita una reclamación típica de *wrongful birth* o *wrongful life* en el contexto de un diagnóstico prenatal; sólo existiría la posibilidad de plantear estas acciones en el ámbito de un diagnóstico preconcepcivo, puesto que la libertad de procreación sí se encuentra reconocida. Sin embargo, paradójicamente, lo cierto es que sí se han planteado acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en Italia²⁰, aunque, conforme a lo dicho, deberían haber sido rechazadas²¹.

Cuarto: El defecto en el diagnóstico ha de responder a un comportamiento negligente. Así, como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de la que aquí partimos, “el diagnóstico no se realiza o se realiza mal”; pero hay que añadir: pudiendo realizarse o realizarse bien. ¿Por

¹⁸ El artículo 4 de la ley reguladora del aborto (nº 194, de 22 de mayo de 1978) únicamente permite la interrupción voluntaria del embarazo dentro de los primeros tres meses por la existencia de ciertas circunstancias que pongan en serio peligro la salud física o psíquica de la madre. Por otro lado, el artículo 6 permite la interrupción del embarazo más allá de los primeros tres meses si se amenaza de forma grave la vida o la integridad física o psíquica de la mujer, sobre la base de criterios exclusivamente médicos. Por tanto, el aborto embriopático sólo se permite en relación con el terapéutico; esto es, si las malformaciones del feto suponen un peligro grave para la salud física o psíquica de la madre.

¹⁹ La sentencia del *Tribunale di Roma* de 13 de diciembre de 1994 parece tener presente estas consideraciones cuando excluye la responsabilidad por el hecho de que las malformaciones de la niña nacida no habrían permitido el aborto. Igualmente, en la sentencia de la *Corte de Cassazione* de 24 de marzo de 1999.

²⁰ Por poner un ejemplo, ha de citarse la sentencia del *Tribunale di Bergamo* de 2 de noviembre de 1995, sobre un error en la interpretación de la ecografía practicada a una embarazada.

²¹ Otra cosa sería, sin embargo, si el daño reclamado en estos casos fuera otro, como ocurrió en el caso resuelto por la sentencia del *Tribunale di Perugia* de 7 de septiembre de 1998, en que se afirmó una indemnización por la falta de preparación psicológica de los progenitores que habían recibido una información errónea durante el embarazo sobre el estado de salud del niño que habían concebido.

qué? Porque, de acuerdo con la idea de la continuidad, hay que partir de que el sistema de responsabilidad civil que recoge el Código civil español sigue estando basado en la culpa y de que es este criterio de la culpa el que reitera constantemente la jurisprudencia de cara a la reclamación de responsabilidad a los profesionales médicos²². Por tanto, ante el nacimiento de un niño enfermo o discapacitado, no va a ser suficiente para imputar una responsabilidad a un profesional sanitario que haya intervenido en el seguimiento del embarazo, sino que habrá que constatar también su culpa, de acuerdo con el parámetro de la *lex artis ad hoc*. Consiguientemente, en aquellos supuestos en los que el profesional sanitario se haya comportado de acuerdo con la *lex artis*, no deberá responder por la información errónea que recibe el paciente, ya que el diagnóstico erróneo es aún hoy posible dentro de parámetros de diligencia del profesional sanitario²³.

Para poder imputar subjetivamente la responsabilidad al profesional sanitario, habrá de comprobarse, pues, que podría haberse emitido un diagnóstico correcto –esto es, que se podría haber detectado la existencia del mal o la enfermedad del niño–, posibilidad que se valorará teniendo en cuenta, especialmente, los indicios presentes en el paciente²⁴ y los límites del conocimiento médico y científico²⁵. Así,

²² Sirvan de ejemplo las palabras de la STS de 11 de febrero de 1997: «en materia de culpa médico-sanitaria queda descartada toda idea de culpa más o menos objetivada, rigiendo con todo rigor los principios subjetivistas que consagra el derecho positivo»; pronunciamiento que se puede encontrar también, entre otras, en las SSTs de 12 de julio de 1988, 15 de marzo de 1993, 25 de abril de 1994, 10 de noviembre de 1997 y 29 de mayo de 1998.

²³ Esta distinción es aceptada por la mayoría de la doctrina española (por todos, ATAZ LÓPEZ, 1985, p. 313), así como por la jurisprudencia (*v. gr.*, STS de 8 de mayo de 1991).

²⁴ En particular, elevada edad de la gestante, antecedentes familiares de descendientes o parientes afectados por enfermedades, afecciones maternas durante el embarazo, origen racial relevante, evolución obstétrica desfavorable, historial de abortos espontáneos y exposición a agentes teratógenos: hormonas, agentes químicos o farmacológicos, enfermedades infecciosas y radiación. Para mayores referencias sobre los indicadores de riesgo, ver EMALDI CIRIÓN (2001), pp. 46-49.

²⁵ De hecho, no parece que se pueda considerar negligente el comportamiento del profesional médico que no tuvo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos incorporados a la ciencia médica con posterioridad al acto médico desarrollado. Un ejemplo de ello lo ofrece la SAP de Barcelona de 8 de mayo de 2000, en la que, pese a la alegación de los demandantes de que debería haber sido practicado un *Triple Screening* (análisis de sangre específico que puede mostrar un riesgo elevado de síndrome de Down), señala la Audiencia que dicha prueba no formaba parte del protocolo en el momento del embarazo en cuestión y que, de hecho, se implantó dos años después.

por ejemplo, el profesional médico que no informara a unos futuros progenitores de que eran portadores de la enfermedad de Tay-Sachs no habría obrado negligentemente si no constaran antecedentes de que tales sujetos procedieran o tuvieran algún tipo de ascendencia del Este de Europa, pues se trata de un desorden genético originario de dicha región²⁶. Igualmente, tampoco sería negligente el profesional que no informara de que el embrión ya concebido iba a sufrir de esquizofrenia, enfermedad respecto de la que –al igual de lo que ocurre con la mayoría de las enfermedades mentales– no existe actualmente posibilidad de diagnóstico en fase prenatal.

Además, poniendo esto en relación con la tercera puntualización que acabamos de hacer, para poder hablar dentro de este contexto de la posibilidad de emitir un diagnóstico correcto, es necesario que el mal o enfermedad presente en el niño pudiera haber sido detectado con anterioridad a la concepción o al transcurso del plazo legalmente fijado para proceder al aborto embriopático (la 22ª semana del embarazo en el Ordenamiento español: artículo 417.bis.3ª CP de 1973, que se mantiene en vigor por la Disposición derogatoria única.1.a del Código penal de 1995), pues, de no ser así, el diagnóstico emitido por el profesional sanitario habría sido el único que, de acuerdo con la *lex artis*, podría haber emitido en ese momento, sin que pudiera entonces hablarse de privación alguna de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo²⁷.

Esta exigencia de un comportamiento negligente, característica de este tipo de acciones, explica, a su vez, por qué estas reclamaciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* sólo comienzan a surgir conforme se desarrolla la ciencia médica aplicada al ámbito del diagnóstico preconcepcivo y prenatal²⁸. De hecho, es ésta la que va determinando el volumen y contenido de la información que han de

²⁶ Tal fue, de hecho, el caso estadounidense *Munro v. Regents of University of California*.

²⁷ De hecho, así se apunta por la SAP de León de 8 de marzo de 2001, en que se trata de una rara malformación, cuya detección se sitúa por los peritos en torno a las semanas 33 a 36 del embarazo.

²⁸ Señala en este sentido el alemán PICKER (1995). *Schadensersatz für das unerwünschte Kind (Wrongful birth). Medizinischer Fortschritt als zivilisatorischer Rückschritt?*, *AcP*, N° 195, p. 485, que cada avance de las ciencias o de la técnica se transforma inmediatamente en una correspondiente pretensión jurídica.

recibir los progenitores en el contexto del diagnóstico preconceptivo y prenatal y, consiguientemente, aquello que pueden exigir saber los progenitores que se someten a este tipo de diagnósticos.

Quinto: Por último, la ciencia médica no había de conocer remedio o cura para esa enfermedad congénita o malformación presente en el embrión o feto y no detectada, pero detectable. De lo contrario, no estaríamos ante un supuesto en el que el comportamiento del profesional sanitario habría privado de la facultad de aborto o la libertad de procreación, sino en otro en el que la omisión del profesional habría impedido que el niño pudiera nacer sano (supuesto de causación directa o indirecta del daño). El problema aquí, en cambio, es que se parte de que no existía la opción de que el niño naciera sano; como ya se subrayó: o nacía enfermo o no nacía.

3.3. Análisis de los elementos de la responsabilidad civil presentes en estas acciones

Pues bien, cuando ante este cúmulo de circunstancias se produce el nacimiento del niño enfermo o discapacitado es cuando surge la idea de reclamar responsabilidad al profesional sanitario por tales hechos; demanda que puede ser ejercitada bien por los progenitores (ambos o uno solo de ellos, generalmente la mujer) o bien por el propio niño nacido enfermo o, más bien, en su nombre (De Ángel Yagües, 2002, p. 190; Martín Casals & Solé Feliu, 2002, p. 102). En el primer caso se habla de acciones de *wrongful birth*, y en el segundo, de acciones de *wrongful life*. Se trata de reclamaciones de responsabilidad independientes, lo que permite su ejercicio individual o conjunto, así como la afirmación de una sola de ellas y el rechazo de la otra.

Como ya se ha reiterado, en ninguna de estas reclamaciones se alega que el profesional sanitario causara el mal que sufre el niño, sino que no advirtió de él a sus progenitores y que, por ello, no se pudo impedir el nacimiento del niño enfermo. Pues bien, en este contexto nos encontramos con que si ya de por sí puede resultar sorprendente la reclamación de los progenitores –que, en definitiva, parecen calificar de daño el hecho de haber sido privados de la posibilidad de poner fin a la vida de un ser humano en vías de desarrollo–, el planteamiento de la demanda resulta aun más sorprendente cuando se examina la reclamación de responsabilidad que se ejercita en nombre del niño, ya que el daño en el que centra éste su pretensión no es otro que el

propio hecho de su vida. Concretamente, el niño reclama un daño por no haber podido impedir su propio nacimiento y por haber permitido que naciera y viviera enfermo. La idea que late detrás es, nada menos, que para este niño habría sido mejor no haber nacido que nacer con los defectos o enfermedades que le aquejan.

Esta especial asociación del daño reclamado con la vida en ambas acciones es la que ha llevado a que en su análisis se hayan visto envueltos de forma expresa o implícita creencias y concepciones de tipo ético, moral o religioso, que han obstaculizado un correcto enfoque del tema desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Así, en muchos de los estudios sobre estas acciones se han barajado ciertos argumentos de rechazo o de aceptación que únicamente enmascaran una toma de posición respecto de un valor supremo y absoluto de la vida²⁹. No obstante, al poner esto de relieve no pretendo crear la impresión de que el enfoque aquí propuesto carezca por completo de valoración personal alguna o de que llegue a conclusiones o resultados muy distintos (de hecho, como se verá a continuación, son bastante similares). Lo que sí se trata de hacer patente, en cambio, es la idea de que la respuesta que se haya de dar a estas demandas ha de abordarse desde un punto de vista, por así decirlo, técnico; esto es, dejando de lado, en la medida de lo posible, las propias creencias, y limitándose a analizar, como anteriormente se ha dicho, la concurrencia en estos casos de los presupuestos de la responsabilidad civil.

Desde este punto de vista, ciertamente, no es despreciable el problema que plantea la afirmación del daño en estos casos –elemento en el que, como es lógico, se ha centrado la mayor parte del debate suscitado en torno a estas acciones–, aunque hay que añadir que tampoco es despreciable el problema que ofrece la relación de causalidad, requisito que no siempre se ha puesto adecuadamente de relieve en el estudio de las demandas de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life*³⁰.

²⁹ En este sentido, se habla de la posibilidad de que se cause un trauma al niño o del riesgo de una eugenesia encubierta. Frente a ello, se alega la necesidad de indemnizar al “pobre niño”. Sobre estos argumentos y sus críticas, ver mi monografía: MACÍ MORILLO (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales. Las llamadas acciones de “wrongful birth” y “wrongful life”* (pp. 96-118). Valencia: Tirant lo Blanch.

³⁰ Como excepción a esto, CECCHINI ROSELL (2003). El deber de información del médico. nacimiento de niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS de 7 de junio de 2002. *RdP*, N° 10, p. 187, o VIVAS TESÓN (2003). La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial. *RdP*, N° 11, p. 404.

De todas formas, sin avanzar conclusiones, hay que partir de que para realizar un tratamiento adecuado de estas acciones de responsabilidad es necesario distinguir entre ambas, en tanto que el daño que alegan los progenitores y el hijo es diferente, y en tanto que, por consiguiente, la constatación de los elementos de la responsabilidad civil necesariamente varía. Por ello, analizaré a continuación por separado cada una de estas acciones, comenzando por las que, en principio, plantean menores problemas.

Las acciones de “wrongful birth”

Por lo que respecta a la demanda de responsabilidad que interponen los progenitores del niño enfermo, como ya se avanzó, la afirmación de un daño jurídicamente indemnizable puede hacerse aquí, fundamentalmente, a través de una operación similar a la que se hacía respecto de las reclamaciones de *wrongful conception*: se trata de separar el hecho de la vida del daño e identificar el daño en un evento distinto al de la vida enferma del hijo nacido. En este sentido, aunque a partir de aquí podrían identificarse diversos daños que sufren los progenitores en este contexto, lo más adecuado –como a continuación justificaré– es considerar que esta reclamación de responsabilidad se ha de centrar en el daño que supone la privación a la mujer de la facultad de decisión sobre la interrupción del embarazo o la privación a los progenitores de la libertad de procreación, según se parta de un contexto de “falso negativo” en el diagnóstico prenatal o preconcepcivo³¹.

El daño que aquí se identifica como daño relevante en el contexto de estas acciones de *wrongful birth* presenta, además, la ventaja de que puede ser enlazado causalmente sin gran dificultad con el comportamiento del profesional sanitario que provoca el diagnóstico erróneo que, a su vez, priva de la información necesaria para poder ejercitar libremente la libertad de procreación o para conformar el supuesto de hecho a partir del cual se concede la facultad de aborto. Así, el enlace causal se establece en dos tiempos sucesivos: uno que une el comportamiento

³¹ En igual sentido, las SAP de Madrid de 5 de mayo de 1998 y de Málaga de 31 de marzo de 2000. También, entre la doctrina, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2002). STS de 7 de junio de 2002. CCJC, p. 864; MARTÍN CASALS (2000), p. 206 y MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU (2001), p. 1641 y (2002), p. 1110.

del profesional sanitario y el error en el diagnóstico preconceptivo o prenatal, y otro que liga éste con la privación de la libertad de los progenitores o de la facultad de la gestante³².

Frente a ello, otros posibles perjuicios que pudieran sufrir los progenitores derivados de los mismos hechos se enfrentarán a la dificultad de establecer con ellos una relación de causalidad con el comportamiento del profesional sanitario, sobre todo cuando tales perjuicios aparecen asociados a eventos posteriores al nacimiento del niño (*v. gr.*, el daño moral que sufren los progenitores por la contemplación de la condición enferma de su hijo o los gastos añadidos que les supone tal condición enferma). Esto se debe a que, aunque pueda llegar a establecerse un enlace causal fáctico desglosando el curso causal, igualmente, en dos momentos temporalmente distintos (hasta el “falso negativo” en el diagnóstico y de éste, al daño), existen serias dudas respecto de su imputación objetiva al profesional sanitario, cuando se trata de daños que se producen tras el nacimiento del niño enfermo; es decir, que falla en estos casos la relación de causalidad desde su perspectiva jurídica³³.

Concretamente, en la mayoría de los casos, resulta más que dudosa esta imputación a partir del criterio del incremento del riesgo, a partir del cual se niega la imputación objetiva de un determinado daño cuando la conducta del agente no ha sobrepasado los límites del riesgo que es

³² Tal nexo causal es igualmente afirmado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2002), p. 864 y CECCHINI ROSELL (2003), p. 190, así como por la SAP de Madrid de 5 de mayo de 1998.

³³ Este desglose de la relación de causalidad en una perspectiva fáctica y una perspectiva jurídica ha comenzado a admitirse entre la doctrina civilista española a partir de la obra de PANTALEÓN PRIETO (1990). Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. En *Centenario del Código civil*, vol. II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. Concretamente, se parte de la constatación de que la imputación de la responsabilidad por los daños derivados de una determinada conducta requiere de algo más que la constatación de esta relación causa-efecto: un criterio que discrimine qué daños producidos dentro de un curso causal han ser puestos a cargo del agente, criterio que se establece al efecto por el legislador o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes. A pesar de la relativa novedad de esta tendencia, es seguida por importantes autores; sirvan de ejemplo, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (1993). *Tratado de responsabilidad civil* (pp. 787-802). Madrid: Civitas, DíEZ-PICAZO (1999). *Derecho de daños* (pp. 340-49). Madrid: Civitas, y REGLERO CAMPOS (2002). El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas. En *Tratado de responsabilidad civil* (pp. 288-89 y 291-308). Coordinado por L.F. Reglero Campos. Elcano: Aranzadi.

considerado tolerable por el Ordenamiento (Pantaleón Prieto, 1990, p. 1577)³⁴. Por ello, se ha de negar la imputación objetiva del daño al agente cuando se comprueba que la conducta desarrollada por él, comparada con su alternativa diligente, no incrementa el riesgo de que se produzca el daño en cuestión. De esta forma, para comprobar si concurre o no este criterio de imputación objetiva se acude al criterio que ofrece la llamada “conducta alternativa conforme a Derecho” (Pantaleón Prieto, 1990, p. 1.590). Aplicado al ámbito que aquí nos ocupa, nos encontramos con que la variedad de factores que inciden en la decisión de interrumpir el embarazo o de no concebir impide realizar *a priori* una afirmación general conforme a la cual se pueda considerar que el comportamiento del profesional sanitario incrementó el riesgo del daño derivado de un evento posterior al nacimiento. De hecho, no se sabe, ni se puede saber, si tal daño se habría producido igualmente si este sujeto hubiera actuado de manera diligente, pues no se sabe, ni se puede saber, si la gestante habría optado efectivamente o no por la interrupción voluntaria del embarazo³⁵. Por tanto, salvo que en el caso concreto se acredite que se produjo de forma efectiva este incremento del riesgo, la conclusión es que no se le pueden imputar objetivamente al profesional sanitario estos daños que derivan de eventos posteriores al hecho del nacimiento.

En conclusión, la afirmación de la responsabilidad del profesional sanitario frente a los progenitores es ciertamente posible, pero sólo respecto de los daños a los que nos hemos referido inicialmente: la privación de la facultad de abortar o de la libertad de procreación.

Las acciones de “wrongful life”

Por lo que respecta, en cambio, a las demandas de *wrongful life*, no resulta tan fácil de aplicar esta técnica de separación entre la vida y

³⁴ Este criterio parte del hecho de que no toda conducta que crea un riesgo de lesión de bienes jurídicos protegidos puede ser considerada negligente. Socialmente se acepta la práctica de determinadas actividades más o menos peligrosas, ya que son útiles para la sociedad o ya que el coste social de las medidas de reducción del riesgo sería grande. Por ello, si un riesgo es aceptado en general, no se ve por qué ha de responder aquél que lo realiza por los daños que son consecuencia del mismo.

³⁵ Para un tratamiento más extenso, véase mi monografía, ya citada, pp. 559-62.

el daño, dado que, como ya se avanzó, parece quedar fuera de dudas que es la propia vida lo que se reclama como daño. Además, intentos como los de identificar un daño en las propias malformaciones o en la enfermedad del niño quedan condenados al fracaso por su descoordinación con el resto de los elementos de la responsabilidad. De hecho, es innegable que tales malformaciones existen y que, con toda seguridad, son la verdadera causa del descontento del niño, pero su existencia no se debe al comportamiento del profesional sanitario, que lo único que hizo fue no detectarlas y ponerlas de relieve frente a los progenitores. Igualmente, tampoco se puede identificar el daño en relación con la privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, en tanto que dicha facultad es atribuida por el Ordenamiento español a la gestante en atención a sus propios bienes e intereses, no en atención a los del *nasciturus*³⁶.

Centrada así la polémica, irremediablemente, en la identificación de la vida como daño existe una opinión mayoritaria que lo rechaza. Se argumenta, por un lado, que tal identificación es contraria al concepto de daño (Picker, 1995, pp. 535-38 y 543-46); por otro, que es imposible considerar como daño lo que es un beneficio (Gillon, 1998, p. 364)³⁷; o, también, que, de acuerdo con la teoría de la diferencia (que establece el daño a partir de una comparación entre la situación actual de la víctima tras el evento dañoso y la que tendría de no haber existido tal evento), no existe un daño, pues no se puede comparar la existencia enferma con la inexistencia (Winter, 2002, p. 333)³⁸.

³⁶ La STC 53/1985, de 11 de abril, afirmó la constitucionalidad de los motivos de interrupción voluntaria del embarazo propuestos en el Proyecto de ley de despenalización del aborto sobre la base del interés de la madre, que entra en conflicto con el del *nasciturus*. En concreto, respecto del motivo embriopático, dispuso el Tribunal Constitucional (FJ 11): "el fundamento de este supuesto [...] se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia". Por tanto, la titularidad de esta facultad reside en la gestante y es su interés el que se encuentra en juego, no el del embrión o feto.

³⁷ Esta argumentación se critica, principalmente, porque se trata de un razonamiento simbólico o idealista, más que jurídico, por lo que el efecto argumentativo del mismo depende de que el valor que le sirve de presupuesto sea compartido. En este sentido, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (1996), pp. 152-53 o TEFF (1985), *The action for 'wrongful life' in England and the United States*. *Int'l & Comp. L. Q.*, vol. 34, pp. 427-28.

³⁸ Ahora bien, hay que señalar que la teoría de la diferencia no es un método de identificación del daño apropiado para todo tipo de daños; especialmente, su aplicación en el ámbito de un daño moral es, cuanto menos, problemática. Por ello, es rechazada por diversos autores en el contexto de las acciones de *wrongful life*; sirva de ejemplo TEFF (1985), pp. 434-35.

Ahora bien, la cuestión no es tan clara cuando se percibe que el problema que late tras estos argumentos reside, por un lado, en el propio concepto de daño y, por otro, en el valor que se atribuya a la vida como límite para una reclamación de responsabilidad que se centre en ella. Veámoslo por partes.

Por lo que respecta a la primera cuestión –el concepto de daño–, como es sabido, no existe un concepto legal de daño, ni una definición jurisprudencial única o universalmente aceptada. Aunque la cuestión tampoco está doctrinalmente asentada, podemos considerar con Díez-Picazo (1999, p. 296-297) que se trata de la lesión a un bien o interés jurídicamente protegido o valorado por el legislador. Esto nos remite a identificar cuáles son estos bienes e intereses, cuestión que, en el fondo, depende de los valores aceptados en la sociedad en cada momento. A partir de aquí, entonces, parece que nos vemos obligados a tener en cuenta el enfoque de la moral y de la ética que anteriormente hemos dejado de lado, pues puede permitirnos identificar estos valores socialmente aceptados; pero hay que puntualizar que, realmente, sólo se ha de tener en cuenta tal enfoque en la medida en que se identifique con valores o principios recogidos en el Ordenamiento (por ejemplo, como principios constitucionales o, en general, como principios generales del derecho), puntualización con la que se elimina, al menos, parte del relativismo al que conduce la referencia a estos valores³⁹. Pues bien, llegados a este punto, es cierto que dentro de estos principios y valores se encuentra, sin duda alguna, la vida.

Ahora bien –y aquí entramos en el segundo de los problemas apuntados–, ¿con qué valor se establece la vida en el Ordenamiento español?, ¿con un valor absoluto e indiscutible, como pretenden los detractores de estas acciones de responsabilidad, o no tan absoluto e inatacable? Pues bien, si se estudia el tratamiento que recibe el bien vida en general, se observa que su protección sufre ciertas relativizaciones en la mayoría de los ordenamientos, incluido el español (*v. gr.*, la legítima defensa y el estado de necesidad), relativizaciones que se manifiestan también respecto a su disponibilidad por parte de su propio titular (*v. gr.*, no penalización del suicidio)⁴⁰. Se trata de opciones de

³⁹ Sobre este relativismo véase mi monografía, ya citada, pp. 330-335.

⁴⁰ Aunque en el Ordenamiento español no se admite un derecho a la muerte, sí existe una cierta disponibilidad sobre la propia vida, que es justificada por algunos sobre la base del

política legislativa, algunas de ellas largamente asentadas –otras aún discutidas–, que demuestran que, jurídicamente, el derecho a la vida, como todo derecho, no es absoluto (Gómez Pavón, 1997, p. 15). A partir de esta constatación, realmente no es tan grande el paso que supone aceptar una reclamación de responsabilidad por parte del titular del bien vida en estos casos puntuales. En concreto, el hecho de que tal reclamación no pretende destruir o poner fin a la vida, sino únicamente una indemnización que compense o resarza al titular del hecho de vivir una vida gravemente enferma –no un ataque, pues, al bien vida tal y como queda protegido por el Ordenamiento, sino a su idea como valor supremo⁴¹–, permite, como mínimo, dudar del rechazo inicialmente categórico de este daño, pues éste parece estar más bien influido por consideraciones éticas o morales, que por principio excluyen *a radice* toda posibilidad de erosionar el bien vida. Por todo ello, no se puede descartar, sin más, la concurrencia del elemento del daño en estas acciones.

Sin embargo, con esto no está todo dicho, pues para afirmar la posibilidad de obtener una indemnización por este daño faltaría por ver si concurren los demás elementos de la responsabilidad, y éstos, como ya se insinuó, son los que presentan los mayores obstáculos jurídicos. De hecho, la dificultad de establecer un enlace causal entre el daño reclamado (la vida) y el comportamiento del profesional sanitario, o, para ser más preciso, la dificultad de imputarle objetivamente el daño al agente es lo que, en definitiva, excluye realmente la posibilidad de reclamar una indemnización por estos hechos a través del instituto de la responsabilidad civil.

Concretamente, la imputación objetiva del daño reclamado por el niño o en nombre del niño queda excluida de acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma. Conforme a este criterio, no pueden

derecho a la libertad (v. gr., ROMERO COLOMA (2002). *La medicina ante los derechos del paciente* (pp. 162, 174). Madrid: Montecorvo.). De hecho, sostiene GÓMEZ PAVÓN (1997). *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil* (pp. 17-18). Barcelona: Bosch que la protección de la vida no alcanza a los ataques que provienen de su propio titular y que existe una disponibilidad del bien para su titular.

⁴¹ En este sentido, se declaraba en el caso *Turpin v. Sortini* lo siguiente: “it is hard to see how an award of damages to a severely handicapped or suffering child would “disavow” the value of life”. Igualmente, HARRER (1989), p. 35.

ser objetivamente imputados a un sujeto aquellos daños que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundarse la responsabilidad del demandado, de manera que si el resultado del comportamiento del agente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber que emana de la norma de cuidado, el autor estará exento de responsabilidad. Dicho de otra forma, sólo serán imputables al agente productor del daño los perjuicios que recaigan sobre aquellos bienes o intereses que la norma buscaba proteger (Pantaleón, 1990, pp. 1.580-1.584)⁴².

Pues bien, si se observa la pretensión ejercitada en nombre del niño en estos casos, se comprueba que su reclamación se centra en que el profesional sanitario no permitió que los progenitores evitaran la concepción o interrumpieran el embarazo; con ello, el niño pretende que se han lesionado sus intereses. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, como ya se ha apuntado, en el Ordenamiento español ni la facultad de abortar, ni la libertad de procreación se establecen en atención al interés del niño de no nacer, sino en atención a los intereses de la gestante o de los progenitores, que son los que priman y resultan efectivamente protegidos en la situación de conflicto⁴³. Por ello, el daño que supone vivir no es objetivamente imputable al profesional sanitario cuyo comportamiento se refleja en la privación de una información que impide a los progenitores ejercitar dicha facultad o dicha libertad, pues el fin de protección de esta norma no se centra en el interés del niño ante esos supuestos, sino en el interés de los progenitores (que, consiguientemente, son los que pueden reclamar un daño por la privación de su libertad de procreación o de la facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo).

Ahí es, por tanto, donde se encuentra el verdadero problema de estas acciones de responsabilidad civil desde el punto de vista de la concurrencia de los presupuestos de esta institución. Pueda o no identificarse un daño en estos hechos y enlazarse tal daño con el com-

⁴² Ha de advertirse, no obstante, que este criterio ha sido criticado en ocasiones por la arbitrariedad que conlleva en la estimación de los intereses a cuya protección se dirige la norma en cuestión. Así, de hecho, lo recogen VINEY y JOURDAIN (1998). *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed. (p. 158). Dir. J. Ghestin. París: LGDJ.

⁴³ Ver al respecto la ya citada STC 53/1985 (FJ 11), para el caso del aborto (supra nota 36).

portamiento del profesional sanitario, subsiste el obstáculo que ofrece la faceta jurídica de la relación de causalidad.

Resumiendo, pues, lo dicho hasta el momento: un estudio de estas acciones desde el punto de vista de la responsabilidad y de los requisitos tradicionales de la misma, de acuerdo con la idea de continuidad ya mencionada, lleva a afirmar la admisión de las demandas de *wrongful birth* (si bien sólo respecto de los daños que se han mencionado: la privación de la libertad de procreación o de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo) y a rechazar las demandas de *wrongful life*, pues el daño reclamado no le es imputable objetivamente al profesional sanitario.

4. EL TRATAMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE ESTAS ACCIONES

Para concluir con este breve análisis del tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, hay que poner en perspectiva el resultado aquí obtenido respecto del destino que han sufrido estas acciones en los países en los que se han planteado, así como por parte del Tribunal Supremo español.

En primer lugar, en la mayoría de los ordenamientos donde se han interpuesto este tipo de acciones ante a los tribunales, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria ha tendido a rechazar las reclamaciones de responsabilidad por *wrongful life*, si bien en la mayor parte de las ocasiones este rechazo se ha apoyado sobre la idea de ausencia del daño, no de la relación de causalidad, como aquí he propuesto. En cambio, por lo que respecta a las acciones de *wrongful birth*, está prácticamente generalizada su aceptación, centrándose el debate sobre la cuantificación de los daños indemnizables (si se han de indemnizar todos los gastos derivados del cuidado del niño o sólo los derivados de la enfermedad, los daños morales por el nacimiento del hijo enfermo...); por tanto, también en términos algo distintos de lo que aquí se ha señalado.

Frente a esta tendencia general interesa detenerse, aunque sea brevemente, en el caso particular de Estados Unidos y de Francia, pues se trata de los únicos países en que se ha llegado a admitir la reclamación de responsabilidad por *wrongful life*.

Por lo que respecta a Estados Unidos, en general, tanto la doctrina como la jurisprudencia parecen inclinarse por estimar la acción de *wrongful birth*, pero no la de *wrongful life*, si bien en ambos casos existen excepciones⁴⁴. De hecho, hay que destacar que las acciones de *wrongful life* han sido reconocidas al menos en cuatro estados (California, Colorado, Nueva Jersey y Washington)⁴⁵. Ahora bien, al mismo tiempo, estas acciones han sido rechazadas en otros dieciséis estados⁴⁶. Tal disparidad en las respuestas judiciales ha llevado al legislador de algunos estados a promulgar expresamente normas que resuelvan la cuestión, generalmente para excluir la indemnización al niño en estos casos⁴⁷, si bien la constitucionalidad de las mismas es puesta en duda por parte de la doctrina (Gantz, 1997, p. 797 y 821-825).

El caso francés resulta similar en este resultado; pero merece la pena ponerlo de relieve tanto por la evolución que ha experimentado el tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el país galo como por la proximidad de su sistema de responsabilidad civil al español. Las primeras acciones que se plantearon en Francia en relación con el inicio de la vida se centraron en supuestos de *wrongful conception*. En este tipo de casos, la *Cour de Cassation* y el *Conseil d'Etat* rechazaron la indemnización a los progenitores, si bien tal negativa se apoyó en un razonamiento que dejó abierta la puerta a la admisión de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Concretamente, el rechazo de aquellas otras acciones admitía implícitamente que la vida o el nacimiento

⁴⁴ Aunque tal es la tónica general, las respuestas judiciales son de todo tipo, desde el rechazo de ambas acciones (*Gleitman v. Cosgrove*; *Johnson v. Yeshiva Univ.*), a la estimación de ambas (*Harbeson v. Parke-Davis*; *Park v. Chessin*), pasando por la aceptación de sólo una de ellas, en general la de *wrongful birth* (*Berman v. Allan*; *Blake v. Cruz*; *Dumer v. St. Michael's Hospital*; *Jacobs v. Theiner*; *Linninger v. Eisenbaum*; *Schroeder v. Perkel*; *Speck v. Finegold*).

⁴⁵ Muestra de ellas, por orden cronológico, son los casos *Park v. Chessin*, *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, *Turpin v. Sortini* y *Harbeson v. Parke-Davis Inc.*

⁴⁶ Para una lista de los estados que rechazan esta acción, ver BERENSON (1990). The wrongful life claim: the legal dilemma of existence versus nonexistence: 'to be or not to be'. *Tul. L. Rev.*, N° 64, p. 901, nota 30.

⁴⁷ Rechazan tanto las acciones de *wrongful birth* como las de *wrongful life*: Dakota del Sur (SD Codified Laws Ann. §§ 21-55-1 a 21-55-4; 1987); Idaho (Idaho Code § 5-334; Supp. 1989); Indiana (Ind. Code Ann. § 34-1-1-11; Burns Supp. 1989); Minnesota (Minn. Stat. Ann. § 145.424 (1)-(2); West 1989); Missouri (Mo. Ann. Stat. § 188.130-1; Vernon Supp. 1898); Pennsylvania (42 Pa. Cons. Stat. § 8305) y Utah (Utah Code § 78-11-24; 1987). Dakota del Norte rechaza sólo la acción de *wrongful life* (N.D. Cent. Code § 32-03-43).

pudieran ser un daño en presencia de “circunstancias o situaciones particulares” que agravaran las cargas normales de la maternidad. Entre estas circunstancias se entendían, por ejemplo, los nacimientos de niños con deficiencias o malformaciones. A partir de este punto, la doctrina comenzó a interpretar estas referencias como una admisión implícita de un daño para la madre por *wrongful birth*; e, igualmente, tanto la *Cour de Cassation* como el *Conseil d'État* pasaron a reconocer la existencia de esta acción a favor de los progenitores en reparación del daño patrimonial y del daño moral⁴⁸.

El reconocimiento de las acciones de *wrongful life*, sin embargo, se hizo esperar. De hecho, no fue sino hasta el 17 de noviembre de 2000 que la *Cour de Cassation* admitió una demanda de responsabilidad por *wrongful life* y concedió indemnización al niño afectado. Se trataba del famoso caso Perruche⁴⁹, tras el cual comenzó una línea jurisprudencial de admisión de las reclamaciones de responsabilidad por *wrongful life*. Sin embargo, la reacción social a estas dos sentencias no se hizo esperar. Los técnicos de diagnóstico prenatal y los ginecólogos comenzaron una huelga desde 1° de enero de 2002 en protesta por este tipo de fallos, a la vez que las asociaciones de familiares de discapacitados protestaban por el efecto que podían tener tales fallos sobre la imagen social de los discapacitados. Ante tales presiones, el Parlamento francés se vio obligado a pronunciarse sobre la cuestión, y lo hizo a través de la Ley 2002-303, de 4 de marzo, *Relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, cuyo artículo 1 rechaza las acciones de *wrongful life* y remite la situación del niño al sistema de *solidarité nationale*. Llegados a este punto, lo que me interesa destacar de este resultado no es tanto la solución en sí, como el hecho de que debiera pronunciarse expresamente el legislador para impedir el éxito de unas acciones que, en aplicación

⁴⁸ Este cambio jurisprudencial se aprecia en las sentencias de la *Cour de Cassation* de 26 de marzo de 1996 (dos sentencias de igual fecha) y en las sentencias del *Conseil d'État* de 14 de febrero de 1997.

⁴⁹ La madre solicitó diagnóstico respecto del contagio de rubéola que era padecida por una de sus hijas durante el tiempo del embarazo. Conocía los riesgos de malformaciones del feto derivados de esa enfermedad y puso en conocimiento de los médicos que abortaría en caso de que el resultado fuera positivo. Pese a que realmente se había contagiado de tal enfermedad, su médico le diagnosticó la ausencia de contagio al feto, tras recibir los resultados de los análisis que habían sido practicados por un laboratorio. Como resultado del contagio, el niño nació con graves malformaciones neurológicas y cardíacas.

de la normativa francesa sobre responsabilidad civil, podían permitir la reparación del daño sufrido por el niño en estas circunstancias. Esta perspectiva es especialmente importante en un caso como el del Derecho español, en el que no existe una ley de ese tipo y la normativa sobre responsabilidad civil es muy similar a la francesa.

Pese a ello, el tratamiento que ha dispensado el Tribunal Supremo español a estas reclamaciones de responsabilidad civil no se aparta de la tónica general. Hay que señalar, no obstante, que su análisis de estas acciones es relativamente reciente⁵⁰, ya que la primera sentencia es de 6 de junio de 1997, y sólo hay otras cuatro en los años siguientes (4 de febrero de 1999, 7 de junio de 2002, 18 de diciembre de 2003 y 21 de diciembre de 2005)⁵¹. Pese a la escasez de supuestos, se pueden extraer, básicamente, tres conclusiones de este análisis:

- La primera es que el Tribunal Supremo no se ha pronunciado aún sobre las acciones de *wrongful life*, puesto que no se le ha planteado realmente ningún recurso de casación en el que se viera involucrada esta acción. De hecho, aunque en la STS de 6 de junio de 1997 el Tribunal Supremo hablaba de un caso de *wrongful life*, se trataba realmente de un caso de *wrongful birth*, ya que la acción era interpuesta exclusivamente por los progenitores en su propio nombre (Díez-Picazo Giménez 1998, p. 1703), al igual que ocurre en el caso de la STS de 21 de diciembre de 2005. Por otra parte, en la STS de 7 de junio de 2002, aunque la acción fue ejercitada también en nombre

⁵⁰ Téngase en cuenta, de todas formas, que la despenalización del aborto en el supuesto concreto del motivo embriopático no se produce en España hasta 1985, lo que justifica, en cierto modo, la relativa tardanza del planteamiento de este tipo de reclamaciones ante los tribunales españoles.

⁵¹ Sobre estas sentencias ver, especialmente, sus comentarios. Concretamente, para la STS de 6 de junio de 1997, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (1998). La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil. *La Ley*, D-168, pp. 1700-10; para la STS de 4 de febrero de 1999, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (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? *Rev. Der. Gen. H.*, N° 10, pp. 117-55; para la STS de 7 de junio de 2002, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (2002), pp. 179-202, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2002), pp. 857-865 y MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU (2002), pp. 1097-1121; para la STS de 18 de diciembre de 2003, mi comentario, ya citado, pp. 1023-40; finalmente, para la STS de 21 de diciembre de 2005, NAVARRO MICHEL (2007). STS de 21 de diciembre de 2005. *CCJC*, pp. 1637-57.

del niño, la cuestión no llegó a casación, pues fue rechazada en la instancia y no se interpuso recurso contra ello. Finalmente, en la STS de 18 de diciembre de 2003, aunque la acción se ejercita también en nombre del niño, el daño de éste no se tiene realmente en cuenta en la sentencia (no se toma en cuenta en ningún momento al propio niño o a sus daños), por lo que la reclamación en nombre del niño no es tratada en el fondo (Macía Morillo, 2004, pp. 1.033-1.035).

- La segunda conclusión es que, en materia de *wrongful birth*, no existe jurisprudencia, pues cada una de las sentencias emitidas ha afirmado o negado la responsabilidad de acuerdo con las circunstancias del caso. De hecho, mientras que la primera de las sentencias del Tribunal Supremo concedió la acción, indemnizando por un pretendido daño moral de tintes patrimoniales (STS de 6 de junio de 1997); la segunda estimó ausente el requisito de la culpa (STS de 4 de febrero de 1999); la tercera, la relación de causalidad (STS de 7 de junio de 2002); la cuarta afirmó la responsabilidad sobre la base de un comportamiento negligente, pero sin entrar en el daño (STS de 18 de diciembre de 2003) y la quinta se basó en el derecho a la información del paciente (STS de 21 de diciembre de 2005). No existe, pues, jurisprudencia al respecto, ni a favor, ni en contra, pues la *ratio decidendi* de cada caso es distinta.
- La tercera es que en las cinco sentencias existen ciertas imprecisiones respecto del tratamiento de estas acciones. De hecho, entre las sentencias pronunciadas hay ciertas contradicciones, como lo demuestra, por ejemplo, el tratamiento que se da a la voluntad manifestada por la mujer respecto del aborto⁵². Pero además –y sobre todo– existe mucha confusión conceptual y terminológica, que lleva a tratar dentro de esta problemática casos que no pertenecen a ella y que

⁵² En la STS de 6 de junio de 1997 el Tribunal Supremo considera que existía una disposición de la mujer a practicarse un aborto, de haber conocido el mal que afectaba a su hijo (ver FJ 3); en la segunda (STS 4 febrero 1999), en cambio, se califica de simple hipótesis lo que habría hecho la madre y no se le da ninguna relevancia (ver FJ 5); en la tercera (STS de 7 de junio de 2002), se le da implícitamente valor, aunque se rechaza por falta de pruebas (ver FJ 4); en la cuarta (STS 18 de diciembre de 2003), ni siquiera se trata la cuestión, y, finalmente, en la quinta (STS de 21 de diciembre de 2005) se califica de debate estéril el relativo a esta cuestión (ver FJ 7).

conlleven problemas diferentes. Sirva de ejemplo el caso de la STS de 18 de diciembre de 2003, en que se reclama responsabilidad frente a los ecografistas que siguieron el embarazo de una mujer, por no haber detectado una serie de malformaciones congénitas con las que nació posteriormente el hijo de la actora. En este caso, en los hechos probados parece quedar claro que el error en el diagnóstico se manifiesta en la segunda y tercera ecografía, practicadas, respectivamente, en la vigésima tercera y trigésima tercera semana del embarazo; es decir, fuera del plazo establecido por el artículo 417.bis.1.3^a del Código Penal español para el supuesto del aborto embriopático. Dicho de otra forma, con los hechos presentes en el caso resulta patente que aunque el ecografista hubiera informado de la malformación del feto en tal momento, la gestante no habría podido optar por interrumpir el embarazo en curso sobre la base del precepto indicado. No concurrían, pues, los presupuestos del aborto embriopático, por lo que no es posible apreciar un daño por privación de la facultad de decisión sobre el aborto (pues esa facultad no existía ya), por los daños derivados de la condición enferma del niño, pues no se podía haber evitado el nacimiento de acuerdo con la legislación vigente, o por la propia vida de éste, pues sus padres no podrían haber optado por abortar (Macía Morillo, 2004, pp. 1.036-1.040). Pese a ello, en la sentencia se vierten diversas consideraciones que enlazan el supuesto con los casos aquí tratados, aumentando con ello la confusión que pueda imperar en un tipo de supuestos, ya de por sí suficientemente complicados.

Por todo ello, se echa de menos un estudio adecuado por parte del Tribunal Supremo de estas acciones, tarea que, por tanto, ha de recaer en la doctrina. Aquí se ha avanzado un posible enfoque para este análisis; enfoque que en absoluto pretende ser el único posible. Sin embargo, lo que sí se trata de reafirmar aquí –permítaseme insistir por última vez– es la necesidad de abordar todo estudio de esta materia desde la idea de continuidad que ha vertebrado estas páginas. Esto, repitémoslo una vez más, supone que sólo cuando se constate la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad podrán obtener una indemnización los perjudicados por estas especiales situaciones; pero sólo –puntualizó– en cuanto que tales presupuestos puedan realmente afirmarse, porque creo firmemente que, aunque la tendencia del cambio nos lleve a una ampliación de la responsabilidad civil, no se puede hacer cumplir a ésta funciones que no tiene y que –mejor o peor– son asumidas por

otros mecanismos del Ordenamiento⁵³. Ese cambio corresponderá, si acaso, únicamente al legislador; y, hasta que éste actúe, habremos de conformarnos con la idea de continuidad.

Referencias

- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. de (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. de (1996). Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad. Parte II. *Rev. Der. Gen. H.*, N° 5, pp. 141-56.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. de (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? *Rev. Der. Gen. H.*, N° 10, pp. 117-55.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. de (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. *Rev. Der. Gen. H.*, N° 17, pp. 179-202.
- ATAZ LÓPEZ, J. (1985). *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2002). STS de 7 de junio de 2002. CCJC, pp. 857-65.
- BERENSON, M.A. (1990). The wrongful life claim. The legal dilemma of existence versus nonexistence: 'to be or not to be'. *Tul. L. Rev.*, N° 64, pp. 895-918.
- CECCHINIROSELL, X. (2003). El deber de información del médico. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS de 7 de junio de 2002. *RdP*, N° 10, pp. 181-92.
- COLLINS, E.F. (1983-84). An overview and analysis: prenatal torts, pre-conception torts, wrongful life, wrongful death and wrongful birth: time for a new framework. *J. Fam. L.*, N° 22, pp. 677-83.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1979). La responsabilidad civil hoy. *ADC*, pp. 728-38.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (1998). La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil. *La Ley*, D-168, pp. 1.700-1.710.
- EMALDI CIRIÓN, A. (2001). *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*. Bilbao-Granada: Comares.

⁵³ En este sentido, la la STS de 4 de febrero de 1999 sostenía: "cierto que merece trato absolutamente generoso, o mejor justo y solidario, quien se ve afectado por tamaña tribulación, pero ello sólo puede paliarse cumpliendo la recomendación del Tribunal Constitucional, contenida en la sentencia citada [53/1985, de 11 de abril], de que la Administración del Estado trate de disminuir los efectos de estas situaciones". Igualmente, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU (2002), p. 1121.

- GANTZ, J. (1997). State statutory preclusion of wrongful birth relief: a troubling rewriting of a woman's right to choose and the doctor-patient relationship. *Va. Soc. Pol'y & L.*, N° 4, pp. 795-826.
- GARCÍA BLÁZQUEZ, M. & J.J. MOLINOS COBO. (1995). *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica. Aspectos jurídicos y médico-forenses*. Granada: Comares.
- GARCÍA RUBIO, M^a. P. (1998). STS de 20 de mayo de 1998. CCJC, pp. 1207-22.
- GILLON, R. (1998). "Wrongful life" claims. *Journal of Medical Ethics*, N° 24, pp. 363-364.
- GÓMEZ PAVÓN, P. (1997). *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Barcelona: Bosch.
- HARRER, H. (1989). *Zivilrechtliche Haftung bei durchkreutzter Familienplanung*. Frankfurt-Bern-New York-París: Peter Lang.
- KENNEDY, I. & A. GRUBB (2000). *Medical law*, 3^a ed. London-Edimburgh-Dublin: Butterworths.
- MACÍA MORILLO, A. (2004). STS de 18 de diciembre de 2003. CCJC, pp. 1.023-40.
- MACÍA MORILLO, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de "wrongful birth" y "wrongful life"*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍN CASALS, M. (2000). Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish law: two wrongs in search of a right. En *European Tort Law. Liber amicorum for H. Koziol*. Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien: Peter Lang.
- MARTÍN CASALS, M. & J. SOLÉ FELIU (2001). Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (*wrongful conception*). *La Ley*, D-45, pp. 1640-48.
- MARTÍN CASALS, M. & J. SOLÉ FELIU (2002). STS de 7 de junio de 2002. CCJC, pp. 1101-04.
- NAVARRO MICHEL, M. (2006). STS de 21 de diciembre de 2005. CCJC, pp. 1.637-57.
- NOVELLINO, N.J. (2000). Responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos. En *Derecho de daños. Daños en el derecho de familia. Cuarta parte (A)*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- PANTALEÓN PRIETO, A.F. (1990). Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. En *Centenario del Código civil*, Vol. II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- PICKER, E. (1995). Schadensersatz für das unerwünschte Kind (Wrongful birth). *Medizinischer Fortschritt als zivilisatorischer Rückschritt? AcP*, N° 195, pp. 483-547.
- REGLERO CAMPOS, L.F. (2002). El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas. En *Tratado de responsabilidad civil*, 2^a ed. Coordinado por L.F. Reglero Campos, Elcano: Aranzadi.

- ROCA TRIAS, E. (2000). La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil. En *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio*. Coord. J.A. Moreno Martínez. Madrid: Dykinson.
- ROMERO COLOMA, A. M^a. (2002). *La medicina ante los derechos del paciente*. Madrid: Montecorvo.
- RUIZ LARREA, N. (1998). "El daño de procreación": ¿un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos? *La Ley*, D-62, pp. 2039-46.
- TEFF, H. (1985). The action for 'wrongful life' in England and the United States. *Int'l & Comp. L. Q.*, pp. 423-41.
- VINEY, G. & JOURDAIN, P. (1998). *Traité de droit civil. les conditions de la responsabilité*, 2^a ed. Dir. J. Ghestin. París: LGDJ.
- VIVAS TESÓN, I. (2003). La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial. *RdP*, N° 11, pp. 403-15.
- WINTER, T. (2002). Leben als Schaden? Vom Ende eines französischen Sonderwegs. *JZ*, N° 7, pp. 330-36.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate. En *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*. Coord. R. de Ángel Yágüez y M. Yzquierdo Tolsada. Madrid: Dykinson.
- ZWEIGERT, K. & H. KÖTZ. (1998). *An introduction to comparative Law*. Trad. inglesa de T. Weir, 3^a ed. Oxford: Claredon Press.

