



La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil

Esther Marina Soria Pérez
Abogada

Sumario

1.- Introducción

2.- Cuestiones Generales del Wrongful Birth y Wrongful Life

3.- El Ejercicio de la Acción de Wrongful Birth

3.1.- Acción Ejercitada

3.2.- Criterio de Imputación: Incumplimiento de las Obligaciones y Deberes de los Profesionales Sanitarios:

3.2.1.- Omisión o Error de Diagnóstico

3.2.2.- Falta u Omisión de Información

3.3.- Legitimación: "Par Ricochet"

3.4.- Relación de Casualidad o Nexo Causal

4.- Indemnización: Daño Moral y Daño Patrimonial

4.1.- Daño por Falta de Información

4.2.- Daño Moral

4.3.- Daño Patrimonial

4.4.- Pérdida de Oportunidad: "Perte D` Une Chance"

5.- Conclusión

6.- Bibliografía

Este artículo está basado en mi Trabajo de Fin de Máster en Responsabilidad Civil Extracontractual en su tercera edición, realizado con la supervisión y dirección de mi tutora y gran profesional **DOÑA MARÍA CARMEN RUÍZ MATAS**. Agradecer a los directores **DON JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA** y **DOÑA MARÍA DEL CARMEN GARCÍA GARNICA** por darnos la oportunidad de cursar un Master, el cual, nos ha abierto muchas puertas profesionales y donde he podido conocer a mis compañeros y amigos con los que voy a compartir mi vida como abogada.

1.- Introducción

Hoy en día los profesionales tienen los conocimientos y tecnologías suficientes para detectar ciertas malformaciones, anomalías o deficiencias de un feto antes de que nazca, entonces ¿Qué ocurre cuando un hijo nace con anomalías sin que los padres supieran de la existencia de las mismas? ¿Por qué no fueron detectadas? En el caso de que hubieran sido posibles ser detectadas, ¿Qué pueden hacer los progenitores ante esta situación?

Pocos años atrás, era insostenible la idea de que los progenitores reclamar judicialmente el nacimiento de un hijo cuando este nacía enfermo, como es lógico, los padres piensan y quieren que su hijo venga bien y sano dada la tecnología, los avances y conocimientos de la época en la que nos encontramos, es difícil pensar que los grandes profesionales sanitarios no detecten anomalías o deficiencias en los fetos durante las pruebas prenatales que se desarrollan a lo largo del embarazo.

Cierto es, que a medida que ha ido evolucionando el ámbito científico y técnico de la medicina se han incrementado el número de enfermedades y malformaciones¹ que puedan ser detectadas en el periodo de gestación y sobre las que se deben de informar a los padres, para que los mismos se sometan a un diagnóstico prenatal, para que en virtud de los resultados adopten oportunamente las decisiones más pertinentes. De ahí a que cada día, se interpongan más reclamaciones de responsabilidad ejercitadas por los progenitores ante el nacimiento de un niño con anomalías que pudieron ser detectadas durante el embarazo teniendo conocimiento en el momento del nacimiento del niño de forma inesperada de la enfermedad, provocándoles unos daños tanto morales como patrimoniales a los progenitores.

¹ GARCIA HAYAMA Derecho y Cambio Social, responsabilidad civil por nacimientos con discapacidad: la acciones por *wrongful birth* (nacimiento injusto) y *wrongdul life* (vida injusta).

2.- Cuestiones generales del *wrongful birth* y *wrongful life*

Deviene de la introducción, la existencia y evolución de las acciones judiciales de responsabilidad civil por negligencia del personal médico o centros sanitario que se conocen mediante su terminología norteamericana, como "*wrongful birth*" y "*wrongful life*", que vienen a dar respuesta a las pretensiones de los pacientes con relación a la información que puedan disponer los progenitores y sobre la cual pueden adoptar las decisiones correspondientes respecto de la descendencia futura.

La acción *wrongful birth* o "*nacimiento injusto*" ha sido definida por la autora **PAÑOS PÉREZ**², "*como las reclamaciones que ejercen los padres, planteadas frente al nacimiento de un hijo con anomalías, malformaciones, enfermedades incurables o inevitables, detectables durante el embarazo, que si se hubieran conocido a tiempo habría permitido a los progenitores la posibilidad de ejercer su derecho al aborto, o por lo menos tener conocimiento de las repercusiones y consecuencias que va a tener su hijo el día de mañana tanto persona embarazada sobre la enfermedad o anomalía que sufre el feto con el tiempo suficiente para que la madre pueda ejercer su derecho al aborto*".

En cambio, el *wrongful life*³, o "*vida injusta*" es considerada aquella demanda judicial que interpone el propio hijo discapacitado o sus representantes legales, contra el médico y/o centro médico por haber nacido con una malformación o anomalía, como consecuencia de un diagnóstico que conlleva a su vez una falta de información que de no haber sido errónea, él no hubiera nacido, es decir, la demanda vendrá fundada según **GALAN CORTÉS**⁴ de la siguiente forma, "*si el consejo del médico no hubiera sido inadecuado no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad y tener una vida insatisfactoria*", solicitando de esta manera la reparación del daño por la pérdida de oportunidad ocasionada como consecuencia de la negligencia del médico que dio lugar a su nacimiento, privando a su madre de abortar cuando tenía la posibilidad.

² PAÑOS PEREZ- Responsabilidad *civil medica por wringful birth y wrongful life*. Diario la Ley, Nº8396, Sección Doctrina, 10 de Octubre de 2014, año XXXV. Editorial LA LEY

³ GALAN CORTES, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Cuarta Edición, Thomson Reuters, 2014. NIEVES PACHECO JIMENEZ, *Acciones wrongful birth y wrongful: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*, - Universidad de Castilla La Mancha.

⁴ GALAN CORTES, *Responsabilidad Civil Medica*, Cuarta Edición, Civitas Thomson Reuters.

física y moral, tal y como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de Abril de 1985, Rec 200/1983 cuando se despenalizó el aborto eugenésico o embriopático, permitiendo que la interrupción se pueda desarrollar en las primeras semanas del embarazo, en el caso de que, “*se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas*” entendiéndose de este modo “*de forma que la práctica del aborto en las condiciones y circunstancias legalmente previstas no resulta punible penalmente*”. Como vemos, la sentencia pretendió dar respuesta al conflicto de valores constitucionalmente protegidos por un lado el derecho a la vida del nasciturus y por otro el derecho a la autodeterminación de la madre reconocidos en los artículos 10 y 15 de nuestra Constitución resolviendo de este modo, a favor y dando prioridad a los derechos de la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e integridad física y moral de la madre y no a los derechos del feto, siempre y cuando como dice la autora **PACHECO JIMÉNEZ**⁸, “*exceda de lo 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 presente la asistencia del menor así como eliminar la inseguridad de los padres acerca de la suerte del afectado*”.

3. El ejercicio de la acción de wrongful birth

3.1.- Acción *wrongful birth*

La acción *wrongful birth* fue definida por primera vez por Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1ª, Sentencia de 17 de Septiembre de 2002. Rec.130/2002 en su fundamento de derecho primero como “*el 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 (...) 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*”.

Esta concepción de *wrongful birth* o “*nacimiento erróneo*”⁹ surge en los años sesenta, en EE.UU y no es hasta los principios de los noventa cuando encontramos los primeros casos en Europa, siendo la primera vez que se

pronuncia él en Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 6 de Junio de 1997, Rec. 165/1993, por la reclamación interpuesta por una mujer embarazada que se había sometido a una amniocentesis, el resultado de la prueba fallida fue comunicado a la madre dos meses después momento en el que había transcurrido el plazo de las 22 semanas para la interrupción voluntario del embarazo transcurridos los nueve meses su hijo nació con síndrome de Down.

No ha existido por lo tanto una jurisprudencia asentada en la materia, donde el Tribunal

Supremo afirmaba y negaba la responsabilidad civil en virtud de los hechos de cada caso concreto, no siendo hasta la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1002/2005 de 21 de Diciembre 2005 y en la Sentencia 837/2007 de 6 de Julio de 2007 Rec. 3036/2000 donde se fue asentando una línea jurisprudencia de responsabilidad civil en la acción de *wrongful birth* que fue seguida por las posteriores sentencias emitidas y que iremos desarrollando a los largo del análisis.

Las acciones de *wrongful birth* abarcan aquellas responsabilidades de los médicos cuando se dan los siguientes presupuesto¹⁰: 1.- que la concepción del hijo es voluntario y por lo tanto los padres quieran tener al hijo; 2.- que exista un diagnóstico erróneo, el médico se equivoca en la formulación del diagnóstico realizado a la madre no detectando la enfermedad del feto; 3.-La inexistencia de diagnóstico es decir no se realiza un diagnóstico prenatal o no se le informa a los progenitores de la necesidad de realizar determinadas pruebas; 4.-Falta de comunicación debida a los padres, existe una falta de información o que la misma sea errónea sobre el estado del feto y de los posibles riesgos que se derivan; 5.-Que la enfermedad o malformación podía haber sido detectadas durante el embarazo en virtud de los conocimientos científicos; 6.- Que la enfermedad o anomalías no son causa directa de la acción del médico, pues la acción del médico no produce las lesiones, si no que el mismo se ha limitado a no diagnosticarlas; 7.-No se conoce cura para la enfermedad o anomalías naciendo con ellas en cualquier caso; 8.-Que los progenitores pudieran haber optado por interrumpir el embarazo dentro del plazo legalmente establecido.

⁸ PACHECO JIMENEZ, Mª NIEVES -*Acciones wrongful birth y wrongful: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*, Recogido, en el fundamento decimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional

⁹ MARCIA MORILLO, *La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth wrongful life*, Revista de derecho universidad del norte, nº 27 Barranquilla 2007.

¹⁰ ALBA PAÑOS PEREZ en *Responsabilidad civil medica por wrongful birth y wrongful life*. Diario la Ley, Nº8396, Sección Doctrina, 10 de Octubre de 2014, año XXXV. Editorial LA LEY/ de igual manera lo recogía LEYRE ELIZARI URTASUM El daño en las acciones *wrongful birth y wrongful life*- Premio derecho y salud 2009- véase <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3177249.pdf>

El ejercicio de esta acción tiene la finalidad de indemnizar tanto el daño moral provocado por el golpe de tener conocimiento de esta realidad en el momento del nacimiento sin tener tiempo suficiente para poder hacerse a la idea en los casos en que no hubiera sido posible abortar transcurrido el plazo legal, o por ser una malformación que según la SEGO no entra dentro de aquellas enfermedades que toleran el ejercicio de este derecho, o por haber perdido la posibilidad si así hubiera sido posible de repararlas o corregirlas de inmediato, en tanto que, la progenitora ha visto lesionado su derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10 de nuestra Constitución, pretendiendo de igual manera el resarcimiento de los daños patrimoniales.

3.2. Criterio de imputación: incumplimiento de las obligaciones y deberes de los profesionales sanitarios

Al igual que en los demás supuestos de responsabilidad civil el criterio de imputación general es la culpa del personal sanitario, es decir, existe culpa por parte de los facultativos cuando su conducta sea negligente, contraria a la *lex artis*, en virtud de los conocimientos actuales de los médicos, siendo en este caso no informar a la madre en el plazo previsto sobre la enfermedad del feto y sus imposibilidad de decisión ante esa situación, provocando un daño al vulnerar los derechos protegidos constitucionalmente de la mujer siendo los mismos objeto de indemnización.

Para que la conducta sea reprochable es necesario que exista culpa ya sea por acción o por omisión en la actuación diligente del médico, tal como, un error en el diagnóstico prenatal, pues en virtud de las pruebas ya sea porque las mismas no se hicieron o no se hicieron bien no se puede detectar la existencia de la anomalía produciéndose una falta de emisión del diagnóstico por cuanto que no se le comunica a los progenitores la enfermedad que padece el feto recibiendo por lo tanto una información falsa o errónea derivada de cuanto menos un diagnóstico certero.

En tal sentido, para saber si estamos ante una conducta negligente del profesional debemos acudir como ya he mencionado a la *lex artis*; si la enfermedad o malformación no es conocida, identificada de acuerdo con el actual estado de la ciencia médica, la misma no puede ser diagnosticada durante las pruebas prenatales realizadas durante el periodo del embarazo no pudiendo reclamar al médico una actuación errónea o error médico pues dentro de los conocimientos actuales en la medicina el mismo ha realizado un comportamiento diligente, como

así afirma **ÁNGEL YAGÜEZ**¹¹ con cierta dureza en relación al criterio de imputabilidad que la culpa del médico consiste en un error que ha conducido a la vida. De igual manera lo ha ido reconociendo la jurisprudencia en Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 837/2007 de 6 de Julio de 2007 Rec. 3036/2000 *“señala como uno de los deberes del ginecólogo el de proporcionar a la gestante los medios adecuados, concretados, entre otros, en poner en su conocimiento cuantos medios conoce la medicina para diagnosticar determinadas malformaciones, sobre la base de que la información constituye un presupuesto y elemento esencial de la “lex artis” y como tal forma parte de toda actuación asistencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico, y que en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la obligación de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas sobre la evolución del embarazo, que es lo que a la postre va a permitirle tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses, tanto de presente como de futuro.”*

Atendiendo a lo establecido por la jurisprudencia, para que el médico se le impute la falta de diligencia debe darse los siguientes presupuestos¹²: 1.- No informar sobre la conveniencia de realizar las pruebas prenatales de las que derivan el diagnóstico; 2.- Errores en el diagnóstico o en la interpretación de los resultados de las pruebas; 3.- Falta de información correcta o con la suficiente antelación a los progenitores de la existencia de una anomalía dentro del plazo legalmente fijado para el aborto.

3.2.1.- Omisión de diagnóstico y error en el diagnóstico

En primer lugar para entender por qué una omisión o error en el diagnóstico prenatal genera una conducta culposa para el médico es necesario saber en qué consiste un diagnóstico prenatal, cuya definición viene recogida en Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1002/2005 de 21 de Diciembre 2005, teniendo las mismas la finalidad de identificar la enfermedad que tiene el paciente y reconocer las peculiaridades que derivan de cada persona e individuo. El diagnóstico del médico no es infalible por lo que los profesionales

¹¹ ÁNGEL YAGÜEZ, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)”

¹² JUAN CARLOS GARCIA HUAYAMA- *Derecho y Cambio Social, responsabilidad civil por nacimientos con discapacidad: la acciones por wrongful birth (nacimiento injusto) y wrongful life (vida injusta).*

sanitarios deben ser muy prudentes a la hora de emitir su impresión diagnóstica debiendo ser sustentado el diagnóstico en un riguroso análisis de pruebas y exploraciones sin limitar esfuerzo ninguno.

Deviene a lo dicho, existe omisión de diagnóstico por parte del médico cuando el mismo no presta de forma adecuada los servicios a los que está obligado en su relación profesional con el paciente, es decir, cuando no realiza las pruebas o no informa al paciente de la realización de todas las pruebas a las que están obligados para tener un claro conocimiento de la enfermedad. Dentro del ejercicio de la acción de *wrongful birth*, hay que entenderlo, como la falta de realización de las pruebas prenatales diagnosticadas, indicadas por los protocolos obstétricos vigentes en el momento.

Y por otro lado, nos encontramos, con la equivocación o error en el diagnóstico¹³ cuando sin examinar al paciente se establece un diagnóstico, o cuando para la emisión del diagnóstico no utilizan todos los instrumentos que suelen ser utilizados en la práctica profesional y cuando no tomen en consideración al formular el diagnóstico las eventualidades más remotas que deben ser tenidas en cuenta, tanto en el plano científico como experimental, tal y como se recogió por el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia 1184/2003 de 18 de Diciembre 2003 Rec. 766/1998, Sentencia 669/2010 de 4 Nov. 2010, Rec. 444/2007, Sentencia 344/2011 de 31 May. 2011, Rec. 128/2008.

3.2.2 Falta u omisión de información

Nos centramos aquí en el deber que tienen los médicos de informar al paciente para poder posteriormente otorgar un consentimiento informado. Es un derecho que se ha sido elevado por nuestros tribunales a rango de derecho fundamental, siendo entendido como una consecuencia necesaria del derecho a la vida, a la integridad física y moral y de la libertad de conciencia, como un deber que detenta como contrapartida el médico, siendo este el deber de información asistencial, así nuestro Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 3/2001 de 12 de enero 2001, Rec. 3688/1995, que dice, que el consentimiento informado *“constituye un derecho fundamental, precisamente una de las última aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos*, De igual manera, se ha reconocido por en la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2001 de 28 de Marzo”.

Este deber para el personal sanitario y derecho para los pacientes vienen recogido en la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y*

de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, donde en su artículo cuarto lo define como el derecho que tiene el paciente a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma. En lo relativo al deber se dirige expresamente al médico responsable de los progenitores la obligación de garantizar el cumplimiento del derecho de los pacientes a la información sobre las pruebas que se realicen durante el embarazo.

Materialmente, el deber de información asistencial le va a ser facilitado a la progenitora a través del consentimiento informado que viene a constituir presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para poder llevar a efecto la actividad médico-quirúrgica y de la obligación de medios que asume el facultativo como así expone el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1002/2005 de 21 de Diciembre 2005, Rec.1986/1999, donde el feto se encontraba afectado por síndrome de Down *“El consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento esencial de la lex artis (...) Siendo éste uno de los derechos más importantes del paciente, en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la información que por parte de los profesionales que practicaron la prueba y del Centro Hospitalario se debe de proporcionar a quien prestó su consentimiento y se sometió a ellas de todas las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, incluso las más remotas propia y lo que va a permitir a los interesados tomar la decisión que consideren más conveniente, tanto de presente como de futuro”*. De la misma manera se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 837/2007 de 6 de Julio de 2007 Rec. 3036/2000, Sentencia 344/2011 de 31 May. 2011, Rec. 128/2008, afirmaba que la información es un requisito principal en la *lex artis* y en relación a los diagnósticos prenatales *“se traduce en toda la obligación que tienen los profesionales. de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas sobre la evolución del embarazo (...) entre otras someterse a las pruebas*.

La consecuencia directa de la falta o defectuosa información sanitaria que en virtud de la Sentencia 344/2011 de 31 May. 2011, Rec. 128/2008 la información errónea o incompleta equivale a una falta de información, va a ser la de considerar tal omisión mala praxis médica,

¹³ AITIBER EMALDI CIRION- La responsabilidad jurídica de Diagnóstico Genético Erróneo de. Universidad de Deusto. Diario La Ley, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-142, tomo 5, Editorial LA LEY 1465/2002

entendiendo que la privación de la información impide que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento y en pleno ejercicio de su autonomía la decisión que resulte más conveniente a sus intereses, en este caso, decidir la posibilidad de ejercer su derecho a abortar, quedando pues en evidencia de la importancia de que al paciente le sea facilitada una información asistencial completa y comprensible del diagnóstico y pronóstico de la enfermedad del feto, que además contenga los riesgos previsibles y posibles complicaciones que a lo largo tanto del embarazo como de su vida pueda presentarse.

3.3 Legitimación: teoría “par ricochet”

La acción *wrongful birth* es ejercida por la progenitora ya que la misma es la que ha visto lesionados sus derechos como consecuencia de la negligencia del profesional sanitario en el diagnóstico prenatal, viéndose privada de la posibilidad de decidir sobre la interrupción del embarazo dañando de esta manera su dignidad y autodeterminación, derechos recogido en el art. 10 de la CE, generando así unos daños morales y patrimoniales siendo los mismos indemnizables. Ahora bien, podemos preguntarnos qué ocurre con los demás damnificados padre, hermanos o abuelos, ¿tienen derecho los mismos a ser indemnizados por el sufrimiento o por los gastos generados por el hijo con malformaciones?

Hay que empezar diciendo que nuestra jurisprudencia y en concreto la Sala de los Civil del Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre la legitimación del padre, hermanos, abuelos o terceras personas que tenga un vínculo con el niño y se ven afectados por sus graves dolencias de forma diaria. No siendo así, por la Sala de lo Contencioso que si se ha pronunciado sobre la legitimación del padre en Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 5 de Diciembre de 2007, Rec.92/20007 “...la interrupción del embarazo constituye, en circunstancias normales, un derecho personal e intransferible de la madre (...)lo que se convierte en obstáculo para la reclamación formulada con carácter exclusivo por el padre con dicho fundamento,(...) que no hay constancia alguna del consentimiento, expreso o tácito de la madre para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil fundado en la privación de ese derecho personal e intransferible que a ella le corresponde”.

La mayoría de los autores han llegado a la conclusión de que si la Sala de lo Civil se pronunciara sobre este mismo tema adoptaría la misma solución que la Sala de lo Contencioso, donde el perjuicio deriva del daño que sufre

la madre por ser vulnerado su derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad al no poder decidir sobre su vida personal y familiar privando al padre, hermanos, abuelos o cualquier otra persona que conviva con el niño de estar legitimado para el ejercicio de esta acción, por ser el aborto un derecho personal e intransferible de la mujer y por lo tanto el daño moral generado principalmente es por la privación de la facultad de abortar pues este daño no podría ser reclamado por el padre.

En Sala de lo Civil como hemos dicho aun no se ha presentado una reclamación de forma única por el padre, lo normal es que se presente por la madre o de forma conjunta, ya que como acabamos ver lo que se protege con esta acción son los intereses de la mujer, reconociéndose en las demandas presentadas de forma conjunta por los progenitores la indemnización para ambos y sin entrar a pronunciarse al efecto. Al ejercicio de esta acción de forma conjunta por los progenitores, se ha denominado por la doctrina “*reclamación del daño de rebote o par ricochet*”¹⁴, donde autores como **ROMERO COLOMA** definen esta teoría, “*como aquella reclamación o demanda cuyo fundamento no es el parentesco, si no la incidencia que la enfermedad pueda tener en la esfera personal y patrimonial de un tercero que cohabite con el hijo*”. De esta manera también se pronuncia **MARTIN CASALS** y **SOLÉ FELIÚ**¹⁵ que entendían que “*el daño del padre era extensible a través de la teoría de rebote o par ricochet, como una víctima indirecta de la privación a la mujer de su facultad de abortar*”.

Atendiendo a esta teoría las terceras personas pueden ver resarcido su sufrimiento si justifican el daño moral con argumentos distintos a los alegados por la madre en la vulneración de sus derechos, por ejemplo y tal y como expone **GALAN CORTES**¹⁶ “*se produce un daño moral directo por la falta de preparación psicológica para el nacimiento de un hijo discapacitado consecuencia de la privación de la facultad de abortar e la madre*” o **MARTIN Y CASALS**¹⁷ “*es un daño moral o sufrimiento ante la situación desvalida en que se encuentra el hijo*”.

¹⁴ 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.

¹⁵ MIGUEL MARTÍN CASALS Y JOSEP SOLÉ FELIÚ, *Comentario a la Sentencia del T.S de 7 de Julio de 2002*, Cuaderno Civitas de jurisprudencia civil nº60, Pamplona 2002

¹⁶ GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011

¹⁷ MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIÚ, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)*, *Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003*, Universitat de Giron, Working Paper nº: 217 Barcelona, abril de 2004

Por lo que el daño moral del padre, hermanos o abuelos puede tener firmeza en el impacto emocional del nacimiento de un hijo con discapacidad o malformación y su incertidumbre futura, así en Sentencia de Sala Primera Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006, recurso 3337/1999, se presentó por primera vez una demanda por los padres del hijo y en representación del propio hijo y de su hija reconociendo el tribunal se indemnizó por daño morales a la hermana por el sufrimiento de convivir con su hermano, teniendo este síndrome de Down, caso parecido ocurrió Sentencia de 23 de noviembre de 2007, recurso 4469/2000.

En lo referente al daño patrimonial el padre está totalmente legitimado a ser indemnizado por los gastos generados por la discapacidad y enfermedad del hijo, como ya veremos más adelante, ya que el patrimonio del mismo se ve afectado, ya sea de forma individual o de forma conjunta con el de la madre para hacer frente a esos costes.

3.4 Relación de causalidad o nexo causal

Una de las cuestiones más controvertidas en el ejercicio de la acción *wrongful birth* es la relación o nexo causal entre el nacimiento del niño con malformación y la privación de la madre de poder tomar la decisión de ejercer su derecho a interrumpir el embarazo.

El daño a la madre se produce siempre que exista un incumplimiento por parte del médico de su obligación de información sobre las deficiencias del feto para que el paciente de forma consciente y libre decida conforme su integridad física, dignidad autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, con independencia de cual sea su decisión de abortar o no abortar, en el supuesto de haberlas conocido en el tiempo legal establecido.

De no ser así sólo las madres que tomaran la decisión de abortar podrían recibir una indemnización por los daños y perjuicios destinados a satisfacer las necesidades económicas del hijo enfermo quedando excluidas aquellas que hubieran tomado la decisión de continuar con el embarazo una vez conocida la anomalía. Como tal, decisión es única y voluntaria de su progenitora sería difícil probar que de haber sido informada adecuadamente hubiera seguido o no con el embarazo.

En las primeras reclamaciones presentadas la doctrina entendía que el médico demandado ante la imposibilidad de probar que proporcionó la información requerida a los padres, fundamentaban ante la demanda presentada por los mismo la inexistencia del nexo causal, es

decir los médicos argumentaban que la madre no hubiera tomado la decisión de abortar de tener una información correcta implantando de este modo la incertidumbre de si realmente la madre de haber tenido conocimiento de la malformación del feto en el tiempo legalmente fijado para interrumpir el embarazo lo hubiera hecho o hubiera continuado con el mismo.

Consistentes estas alegaciones en introducir un juicio hipotético argumentando que de haber actuado conforme a derecho, es decir, que de haberle proporcionado la información de forma diligente no habría abortado aunque podría haberlo hecho. Introduciéndose así, la doctrina de *“conducta alternativa conforme a derecho”*¹⁸ que venía a decir que de actuar conforme a derecho se hubiera producido el mismo resultado y en la misma intensidad y por lo tanto no sería imputable, en este caso, al médico, así lo recoge el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 669/2010 de 4 Noviembre de 2010, Rec. 444/2007 *“«conducta alternativa conforme a Derecho», según la cual un daño no es imputable a su causante si, de haber actuado el mismo conforme a derecho, se hubiera producido el mismo tipo de daño y en su misma extensión, con el efecto de trasladar la prueba a quien ha actuado de forma negligente para comprobar que la conducta desarrollada por él, comparada con su alternativa diligente, no ha incrementado el riesgo de que se produzca el daño en cuestión”*

Por contrapartida, los progenitores deberían probar que su intención al conocer el estado de salud del feto, si el resultado de las pruebas prenatales era positivo y el feto adolecía de una enfermedad o malformación acudirían a interrumpir el embarazo de forma voluntaria, encontrándonos de esta manera una prueba diabólica pues habría que atender a algo tan íntimo y personal como es la entera de juicio o voluntad interna de una persona.

De ahí, a que la Tribunales acudieran a la construcción doctrinal de la jurisprudencia estadounidense denominada *“cursos causales no verificables”*¹⁹ la cual entiende que si la madre se sometió a las pruebas y exámenes prenatales no era únicamente para conocer el estado de salud del feto si no de actuar en consecuencia conforme

¹⁸ MIGUEL MARTÍN CASALS Y JOSEP SOLÉ FELIÚ, *Comentario a la Sentencia del T.S de 7 de Julio de 2002*, Cuaderno Civitas de jurisprudencia civil nº60, Pamplona 2002

¹⁹ GALAN CORTES, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Cuarta Edición, Thomson Reuters, 2014.

²⁰ Véase el artículo de ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ, *El concepto de wrongful birth y su inherente problemática Una polémica del pasado y del presente*.

a la información obtenida. Así lo ha venido reconociendo **ANGEL YAGUEZ**²⁰ “se presume que acudir a una prueba prenatal diagnóstica tiene su razón en conocer el estado del feto, y en caso, de que este se encuentre afectado por alguna enfermedad grave, interrumpir el embarazo”. De la misma manera lo entiende **GALAN CORTES**²¹ “la circunstancia misma de que la madre acudiera al diagnóstico prenatal constituye per se un indicio suficiente significativo de que habría abortado si hubiese conocido la enfermedad del feto”.

Actualmente, atendiendo a la “doctrina del daño por falta de información” que establece que el daño se produce por la falta de información a los progenitores impidiendo que los padres puedan tomar la decisión de interrumpir el embarazo o continuar con la gestación, siéndole al profesional imputable el incumplimiento de su deber de informar conforme a la ley, que conlleva el efecto de privar a la madre de tomar la decisión de no continuar con el embarazo y por tanto genera un daño a su derecho de abortar pues de haber actuado de forma diligente informando al paciente, en este caso, a la madre de la malformación, no se hubiera producido el daño.

La diversidad de opiniones en la jurisprudencia por el nexo causal fue zanjada con Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1002/2005 de 21 de Diciembre 2005, Rec.1986/1999, al decir que la “relación de causalidad directa y negligente entre la actuación profesional del Centro Médico en el que se realizaron las pruebas y el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico para que, en función de esa información, poder tomar la decisión que, según su propia y libre convicción, se ajustaba más efectivamente a su proyecto vida, como es la opción de interrumpir el embarazo, puesto que no siendo posible hasta la fecha la corrección de las anomalías cromosómicas, al no tener tratamiento posible, el hecho de haberse sometido a una prueba para el diagnóstico prenatal de las mismas, sólo tiene un sentido lógico que es el de decidir en su vista esta interrupción voluntaria del embarazo; relación que se crea con independencia de que la madre alegue su intención de abortar en lo que constituye un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, ... al tratarse de una opción que no es posible obtener con absoluta seguridad de haber dispuesto de toda la información que fue omitida, puesto que depende sólo de la voluntad de la mujer y responde a criterios de los más variados, como señaló la STC 53/85 (LA LEY 9898-JF/0000), derivados del vínculo natural que se establece

entre la madre y el «nasciturus» o de ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales. De igual modo, lo reconoce Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 344/2011 de 31 May. 2011, Rec. 128/2008.

Como podemos ver, en la imputación de culpa de los facultativos va a ser indiferente tratar de plantear cual hubiera sido la decisión del paciente en el caso de que hubiera recibido la información precisa, ya que entienden nuestros tribunales que solo será posible obtener tal certeza de haber sido facilitada la información al paciente en el momento preciso, y es que de lo contrario, no estaríamos moviendo en el plano puramente especulativo existiendo una evidente incertidumbre causal que impide realizar una valoración a posteriori resolviéndose por tanto a través de un juicio de probabilidad.

4.- Indemnización: Daño Moral y Daño Patrimonia

Las acciones de *wrongful birth* son reclamaciones que se interponen a los profesionales sanitarios como consecuencia de su comportamiento negligente, ya sea como hemos visto, por la falta o error en el diagnóstico derivada de las pruebas genéticas que tienen la obligación de realizar, o por el incumplimiento del deber de información de los médico, que conlleva por lo tanto, un defecto en el consentimiento emitido produciendo así el nacimiento de un bebe con anomalía o deficiencias físicas o psíquicas limitando la libertad reconocida a la madre para la interrupción voluntaria del embarazo.

La dificultad en cuanto a la determinación del daño ha sido al entender que la vida del recién nacido es en sí un daño jurídicamente indemnizable pues entra en contradicción con el derecho a la vida siendo un derecho supremo recogido en nuestra Constitución, viéndose desvalorado al considerar que el daño es el nacimiento del hijo con una malformación, por lo que se descartó automáticamente constituyéndose como principio básico de la doctrina y la jurisprudencia que el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño con independencia del estado de salud del mismo. Por ello la acción del *wrongful birth* debe fundarse en otros intereses o derechos resarcibles que se han visto lesionados por el médico. Consecuencia de ello, surgió en la jurisprudencia alemana denominada “*trennungslehr*” o “teoría de la separación”²², según la cual, es posible diferenciar la vida y el nacimiento del niño de los gastos que implica su manutención.

²² y ²³ MACÍA MORILLO, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales. Las llamadas acciones de “wrongful birth” y “wrongful life”*. Valencia: Tirant lo Blanch.

²¹ GALÁN CORTÉS, J.C. Responsabilidad civil médica, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011

Mucho autores han seguido esta línea jurisprudencial de “trennungslehre” como **MARCIA MORILLO**²³, que defendió de este modo que es posible distinguir entre el derecho a la vida y por lo tanto el nacimiento de un niño, ya sea con malformaciones o enfermedades, que genera un daño moral por el sufrimiento de los progenitores y unas cargas patrimoniales excepcionales que conlleva el nacimiento de estos niños para que su vida en el futuro sea lo más cómoda posible. Salvo, en la primera sentencia de 1997 donde el juzgador entendía que el principal perjuicio es precisamente el nacimiento de un hijo enfermo, como así dice en su fundamento tercero *“surge en el presente caso un que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo”*. La siguiente Sentencia que pretendían asentar los límites de esta acción fue Sentencia de 4 de Febrero de 1999, Rec. 2236/1994, entendía *“la doctrina Perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el síndrome de Down; lo predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño per se”*, o Sentencia de 17 de Septiembre de 2002. Rec.130/2002, que reconocía *“que el daño resarcible en ningún caso se refiere al nacimiento del hijo afectado por deficiencia, si no que entendía que el daño era la privación a la madre de la de la facultas de optar por interrumpir el embarazo”*.

De ahí, que pueda afirmarse que en la actualidad la jurisprudencia rechaza la idea de que el nacimiento del hijo con malformaciones sea considerado un daño indemnizable, así se han pronunciado a favor diferentes autores como **ALISTE SANTOS** o **ANGEL YÁGÜEZ**²⁴ el cual establece *“que el objeto de la indemnización no es el nacimiento de un niño ya que ninguna persona puede ser un daño en sí mismo, pero si considera daño los perjuicios económicos derivado del nacimiento de una persona enfermedad, que puede considerarse un menoscabo cuando la enfermedad sea desconocida por vulnerar los médicos su deber de información”*.

Actualmente, nuestra doctrina acoge que el daño es generado como consecuencia de la negligencia del médico de no informar a los progenitores en el tiempo razonable, aquel donde se prevé el ejercicio de las pruebas prenatales para identificar las malformaciones y enfermedades según la SEGO y previsto por nuestra legislación para poder ejercer el aborto en los casos previstos en la *Ley Orgánica 2/2001, de 3 de Marzo, de Salud Sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo*, y por lo tanto, la madre se no se vea privada de tomar

²⁴ ÁNGEL YÁGÜEZ, “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de *“wrongful birth”*. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores.

una decisión conforme a su voluntad. Por ello la línea jurisprudencial que ha seguido nuestros Tribunales para justificar la indemnización del daño, por un lado, entiende la privación y vulneración la dignidad personal de la madre en cuando a la autodeterminación de tomar una decisión como la perdida de oportunidad de interrumpir voluntariamente el embarazo en el plazo legalmente fijado, acompañado del daño psicológico de ver nacer a tu hijo con tal discapacidad y de que el mismo no podrá valerse por sí mismo y por lo tanto requerirá más dedicación, añadiendo de igual manera, la incertidumbre de que será del mismo en el futuro. Y por otro lado daños patrimoniales extraordinarios derivados de la enfermedad, es decir, aquellos que van dirigidos a mantener a una persona con necesidades superiores a las habituales, pues estas anomalías generan unos costes superiores para que tenga una vida lo más cómoda posible y de los que los padres no contaban pues nunca podrá valerse por sí mismo y necesitara ayuda, así lo se definió por primera vez en la Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1002/2005 de 21 de Diciembre 2005 y recogido posteriormente en Sentencia como la Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 344/2011 de 31 May. 2011, Rec. 128/2008, el daño *«es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales -daños patrimoniales- teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad”*, o de igual manera en Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de Marzo de 2012.

Con ello, la determinación de la cuantía de la indemnización se realiza en función de las circunstancias concurrentes y especiales de cada caso, habida la inexistencia de parámetros que permitan valorar de forma económica el sufrimiento en que el mismo consiste.

4.1 Daño por falta de información

Partiendo de la base de que al médico o profesional sanitario le es imputable el falso

negativo derivado del error u omisión de información del resultado del diagnóstico y como resultado los progenitores tiene una desinformación o defecto de información²⁵ sobre el estado de salud del feto, lesionando de este modo el derecho de los progenitores a ser informados.

La jurisprudencia y doctrina más reciente recoge que el bien jurídico protegido es el derecho de todo paciente a ser informado,²⁶ que genera a su vez otro daño al derecho de abortar, así como el daño moral generado por el impacto que sufren los padres por las anomalías o deficiencias de su hijo en el momento de su nacimiento, pues desde el inicio pensaban que el feto venía bien, pudiendo haberse preparado psicológicamente de haberlo sabido con anterioridad. De tal manera, que la desinformación producida por el falso negativo lesiona el deber de información que a su vez daña los intereses de la mujer por ser privada de la posibilidad interrumpir el embarazo con independencia de la decisión de abortar o no que hubiera tomado de tener conocimiento de las anomalías del feto en el periodo fijado para ello. La información no es por si el daño si no que es un daño por el efecto que produce, que en este caso, es la privación de la facultad de decisión de los progenitores que emana de la autodeterminación y autonomía de la voluntad de las personas.

Así lo ha venido recogiendo Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 1002/2005 de 21 de Diciembre 2005, Rec.1986/1999, Sentencia 837/2007 de 6 de Julio de 2007 Rec. 3036/2000, que viene a decir "(...) puede considerarse que la falta de información constituye un hecho negligente que, en caso de confirmarse el nacimiento con la expresada anomalía, causa daño a la madre por privarla de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, en circunstancias que afectarán profundamente a la suya en todos los sentidos (...)".

4.2 Daño moral

Dentro del desconocimiento por falta de información consecuencia de los diagnóstico prenatales erróneos, los progenitores sufren un daño moral por no haber podido prepararse

psicológica o económicamente frente al nacimiento de un niño discapacitado.

Cuando los progenitores tienen conocimiento en el momento del parto del estado de salud del hijo experimentan una serie de sentimientos en la esfera anímica del progenitor ante el falso negativo, identificando la angustia, incertidumbre, dolor y falta de preparación psicológica como daño moral. Así lo reconoce GALAN CORTES²⁷ "que la falta de preparación psicológica de los padres deben ser indemnizarse, por las consecuencias morales que supone".

Hay tres tipos de forma de considerar el daño moral²⁷:

1. El daño moral entendido como el desazón, consternación y carga que acarrea la subsistencia del descendiente que sufre un padecimiento incurable, estado de frustración, ansiedad y depresión causado a los progenitores por el nacimiento de un hijo que creían sano.
2. Sentimiento de sorpresa, frustración, rechazo, malestar, pues si hubieran sido informados de forma correcta podrían haber optado por no concebir o por interrumpir el embarazo;
3. Estrés, trauma psicológico de los padres después del nacimiento por no haber recibido con antelación la información necesaria para proveer las exigencias del hijo.

El autor ÁNGEL YÁGÜEZ²⁹ "complementa esta idea de los sufrimientos, al calificar el daño moral como una aflicción que sufren unos padres por un hijo gravemente enfermo, aquejado de una dolencia irremediable". Considero que este aspecto concreto debe tener un especial relieve en la valoración del daño moral, ya que una afección irreparable es una práctica condena al sufrimiento y la ausencia de toda esperanza de mejora.

La cuantificación³⁰ del daño moral es lo que más problemas ha traído a la hora de pedir

²⁵ y ²⁶ 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. PAÑOS PEREZ, ALBA "Responsabilidad civil medica por wrongful birth y wrongful life", Universidad de Almería. Diario la Ley, N°8396, Sección Doctrina, 10 de Octubre de 2014, año XXXV. Editorial LA LEY.

²⁷ GALÁN CORTÉS, "Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007", página 237, cit., nota

²⁸ PAÑOS PEREZ, ALBA "Responsabilidad civil medica por wrongful birth y wrongful life", Universidad de Almería. Diario la Ley, N°8396, Sección Doctrina, 10 de Octubre de 2014, año XXXV. Editorial LA LEY

²⁹ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)

³⁰ En Sentencia de 4 de Abril de 2000 de la Sala de lo Contencioso Administrativo en REc 8065/1995, aplican el baremo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Vehículo a motor de forma orientativa para determinar la cuantía del daño moral

determinadas cantidades en las reclamaciones, el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 481/2006 de 18 May. 2006, Rec. 3337/1999 declaró que *“la determinación de la cuantía por indemnización por daños morales, debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral es esencialmente consiste.*

Viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación del sufrimiento que se ha causado, lo que lleva a determinar que la cuantía de la indemnización apreciando la circunstancias concurrente, haciendo referencia a sentencias como 37 de Mayo de 1983, 28 abril de 2005, 10 febrero de 2006” del igual manera se pronuncia Sentencia del Tribunal Supremo de 31 Mayo 2011.

4.3 Daño patrimonial

El daño patrimonial aunque tradicionalmente ha sido excluido de nuestro ordenamiento ya que en Sentencia de 1997 no hizo referencia a los daños patrimoniales de forma directa, si es cierto, que la jurisprudencia posterior ha hecho en multitud de ocasiones referencia al mismo contemplándolo como el perjuicio económico, que sufren los padres al enfrentarse al desembolso que genera una anomalía o discapacidad.

Dentro del perjuicio patrimonial encontramos el llamado *“daño por imprevisión económica”*³¹, este daño consistente en la creencia de que el feto se encuentra en un buen estado de salud hasta el momento de un nacimiento, momento en el que los progenitores tiene conocimiento de las afecciones que eran desconocidas, incluidos aquellos casos en que desconoce el estado del feto hasta unos días previos o instantes antes del parto, consecuencia de la falta de información o desinformación sufrida a los padres por parte de los facultativos. De tal manera, que los padres sin reponerse de la impresión, sufrimiento y dolor por el estado de su hijo deben de realizar todas las actuaciones pertinentes para cubrir las necesidades imprevistas de su hijo causándole un perjuicio económico real debiendo este ser indemnizado. Ponderando la previsión

económica de la indemnización atendiendo en función de la lejanía o cercanía en los que los padres tuvieron conocimiento.

Por otro lado, conlleva unos importantes gastos³² que deben ser desembolsados a los padres durante parte de la vida del hijo o de por vida dependiendo de la deficiencia que tenga, pues puede ser que el niño nazca una enfermedad la cual necesite ayuda y capacidad de terceras personas toda o parte de su vida, o puede que la anomalía sea menor necesitando ayuda de prótesis o de terceros para realizar determinadas tareas, lo que no limita, su capacidad para realizar determinados trabajos a lo largo de su vida y por lo tanto ser económicamente independientes.

La indemnización patrimonial tiene como finalidad resarcir los daños generados a los padres cuando los mismos pensaban que iban a tener un hijo sano y como consecuencia de la negligencia médica, la madre no pudo decidir sobre la interrupción del embarazo por encontrarse fuera del plazo legalmente establecido para ello, abocando al nacimiento de un hijo con problemas de salud. Ahora bien, ¿qué daños patrimoniales podemos considerar como indemnizable?, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera indemnizables los perjuicios económicos derivados de la enfermedad, dejando fuera los gastos normales de alimentación y crianza del hijo, así lo estableció la Sentencia de 21 de diciembre de 2005 *“ante un embarazo voluntario en que el niño no presenta un daño más allá del que comporta ese plus que resulta de la discapacidad”*, de igual manera, así lo han venido diciendo las Sentencias de 20 de Marzo de 2012 o 27 de octubre de 2010, de tal manera, que reconocen que se indemnizan los costes extraordinarios que tengan que ver con la discapacidad del niño, excluyéndose aquellos propios que tienen todos los padres cuando el niño nace sano. De acuerdo con esta afirmación se ha pronuncia **NAVARRO MICHEL**³³ al señalar *“lo indemnizable solo es el plus que resulta de la discapacidad, los gastos que derivan de la enfermedad o discapacidad del hijo no incluyen los gastos ordinarios de alimentación ya que, por sus características, el deber legal de alimentos (su carácter personalísimo, recíproco, indisponible e irrenunciable) no puede ser objeto de tráfico jurídico”*.

Entonces ¿qué consideramos daños patrimoniales extraordinarios?, según **SALAS**

³¹ y ³² GALAN CORTES, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Cuarta Edición, Thomson Reuters, 2014. PAÑOS PEREZ, ALBA *“Responsabilidad civil medica por wrongful birth y wrongful life”*, Universidad de Almería. Diario la Ley, N°8396, Sección Doctrina, 10 de Octubre de 2014, año XXXV. Editorial LA LEY

³³ NAVARRO MICHEL, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”, Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 60.

³³ M. NAVARRO MICHEL, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”.

DARROCHA³⁴, se refiere a los tratamiento médicos, intervenciones quirúrgicas, asistencia hospitalaria, centros especializados en estimulación precoz, rehabilitación, adaptación del hogar el transporten asistencia en el centro escolar, programas de integración educación especial, el salario de la persona que lo atienda, de ser los progenitores etc.

No solo entran dentro del daño patrimonial los gastos generados directamente de la discapacidad ya sean sanitarios, de asistencia o crecimiento personal, sino que se incluyen de igual manera, el lucro cesante pues puede ocurrir que los padres tengan que abandonar el trabajo o reducir las jordanas para el cuidado del niño, encontrándonos ante una pérdida de beneficios económicos que sufren los progenitores.

Quedan por lo tanto fuera aquellos gastos regulados en los artículos 142 y 143 del Código Civil pues es una obligación inherente a la paternidad recogida en el artículo 151 del Código Civil, son una obligación personalísima de los progenitores e intransferible y por lo tanto no pueden ser reclamados a terceros o a los centros médicos.

El problema en este apartado, se encuentra en la determinación de las cantidades de los daños patrimoniales extraordinarios, la jurisprudencia requiere que el daño sea cierto, es decir, que exista y que puedan valorarse de forma razonada, incluyéndose los gastos futuros siempre que los mismos sean ciertos, el problema entonces los encontramos, en aquellos gastos que sean hipotéticos o inciertos y por lo tanto difícilmente valorables por su incertidumbre, por ejemplo la determinación y acreditación del lucro sobre todo en lo relativo al trabajo futuro, y de los medicamentos o asistencias médicas extraordinarias por las enfermedades que a su vez genera otros gastos no pudiendo ser los mismos evaluables en el momento de determinar la indemnización.

Por lo tanto, el juez deberá valorar estos gastos inciertos o futuros, en virtud, de las circunstancias de cada caso.

4.4 Pérdida de oportunidad: "perte d`une chance"

Hay parte de la doctrina y algunas Sentencias de la Audiencia Provinciales que entiende que el daño sufrido por la madre consiste en la pérdida de oportunidad de decidir libremente si abortar o no, siguiendo de esta manera la doctrina francesa de la "perte d`une chance" o la inglesa "loss of s wrongful birth"³⁵ donde afirma que el daño es la privación de un determinado resultado beneficioso que no se puede acreditar

como certero sino aleatorio, pues no deriva de la actuación del sujeto, en este caso, el suceso favorable para la víctima es el ejercicio del aborto que debería ser aleatorio y causal sin que el mismo pueda depender de la voluntad de la madre.

En la acción que estamos tratando es prácticamente igual pues el feto tiene una enfermedad o anomalía que no se conoce hasta el momento del nacimiento, consecuencia de la negligencia de los facultativos derivada de la omisión de información a pesar de que la misma podría haber sido diagnosticada a lo largo del periodo gestante³⁶, y en caso de haber tenido una información certera tomar la decisión de continuar o no con el embarazo y por lo tanto haber evitado las consecuencia del nacimiento de un niño con enfermedades o malformaciones, tales como los daños morales de dolor y desazón y gastos patrimoniales extraordinarios.

Ahora bien, atendiendo a la teoría de perte d`une chance ¿se puede considerar una verdadera pérdida de oportunidad la posibilidad de que la madre decida interrumpir o no el embarazo?, como hemos dicho la doctrina entiende que para que exista una pérdida de oportunidad y por lo tanto no hacer frente al nacimiento y a los gastos que se derivan no depende de un evento al azar o ajeno a su control, si no a la decisión de la madre.

Hay dos vías doctrinales³⁷ que se ha pronunciado en relación a la pérdida de oportunidad en el ejercicio de la acción de *wrongful birth*;

Un sector de la doctrina se ha pronunciado favorablemente en la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad entendiendo que es consecuencia de la negligencia médica, pues el médico dada su conducta negligente ha privado a los padres de la posibilidad de decidir no llevar el embarazo a término, **VIVAS TESÓN** y **N. LENOIR**³⁸ sigue esta corriente doctrinal, pues entiende que la pérdida de oportunidad se encuentra en la pérdida de los progenitores en la toma de decisión voluntaria, tanto de someterse a la pruebas para

³⁵ MARTIN CASALS y SOLÉ FELIÚ- Comentario a la sentencia de Tribunal Supremo de 7 junio de 2002

³⁶ ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ, el concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática Una polémica del pasado y del presente

³⁷ ELIZARI URTASUM, LEYRE *El daño en las acciones wrongful birth y wrongful life/ Premio derecho y salud 2009/ dialnet*

³⁸ VIVAS TESÓN, "Responsabilidad médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis Jurisprudencial", y, N. LENOIR, "Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal: el Derecho y las prácticas vigentes en Francia y otros países.

conocer el estado del feto como para interrumpir el embarazo, tal y como entienden otros autores en la defensa del nexo de causalidad, dejando de lado la incertidumbre de la decisión que pueda tomar la madre en su momento y centrándose en la actuación de la misma, pues al someterse a las pruebas tiene como finalidad conocer la salud del bebe, siempre que los mismos fueran informados de estos extremos para que en el plazo legamente fijado para ello ejerzan su derecho a abortar o continuar con el embarazo. No pudiendo de tal manera, decidir sobre el futuro de su hijo consecuencia de la falta de información que provoca que el paciente sea incapaz de tomar una decisión coherente con sus principios, provocando una vulneración de la dignidad de las personas. **DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ**³⁹ lo entiende de igual manera, al decir, *“que el único daño indemnizable en esta idea es precisamente la pérdida de oportunidad, traducida en arrebatar cualquier posibilidad de decisión a la madre del nasciturus enfermo”*.

Otro sector de la doctrina en cambio, no reconoce la posibilidad de aplicar la teoría de la perdida de oportunidad en esta acción, tales como **MARTÍN CASALS** y **SOLÉ FELIÚ**⁴⁰ que critican el concepto de oportunidad, entendiendo *“que la única perdida de oportunidad radica en el azar, elemento que no se encuentra en la figura de wrongful birth al mediar la voluntad de la madre, por lo que el daño en ningún caso puede verse afectado por la voluntad del paciente”*. De este modo, el elemento principal de la perdida de oportunidad es el azar o la suerte requisitos que no encontramos en la acción ejercitada, ya que se encuentra en la voluntad de la madre relativa en tomar una decisión interna de seguir o continuar con el embarazo o interrumpirlo⁴¹.

En una línea intermedia se sitúa **NAVARRO MICHEL**⁴², al decir *“que la perdida de oportunidad no se encuentra en la dilucidar* entre abortar o no si no en la limitación o imposibilidad de decisión de la progenitora, como consecuencia del factor de azar como elemento ajeno a su voluntad”*.

³⁹ DIAZ PICAZO GIMÉNEZ *“La posibilidad de abortar: un supuesto mas de responsabilidad civil” LA LEY Año XIX núm. 4562, 15 Junio 1998*

⁴⁰ MARTÍN CASALS Y JOSEP SOLÉ FELIÚ, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)* Indret, Barcelona 2004

⁴¹ ARANTZAZU VICANDI MARTÍNEZ, *el concepto de wrongful birth y su inherente problemática Una polémica del pasado y del presente*

⁴² NAVARRO MICHEL, *“Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”*, Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 60

Como podemos ver, hay una variedad de opiniones esperando que el Tribunal Supremo se pronuncie al respecto, aun así, encontramos sentencias de las Audiencias Provinciales que recogen la aplicación de la pérdida de la oportunidad en la determinación del nexo causal, tales son, la Audiencias Provinciales⁹⁷ de León de 15 septiembre 1998 y Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1ª, Sentencia de 17 Septiembre de 2002 , Rec. 130/2002 que vienen a decir *“el «daño» en este caso es solo --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 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”

Si es cierto que la jurisprudencia ha calificado el derecho o la facultad de abortar, no como el bien jurídico protegible, si no como la perdida de oportunidad de decidir, si interrumpir voluntariamente el embarazo o por el contrario seguir en el mismo hasta el fin, conllevando indudablemente las consecuencias futuras tras su nacimiento.

5.- Conclusiones

Una vez analizado el estudio de esta acción, lo primero que he podido ver es la dificultad de tratar un tema que tiene como principios rectores la vida y la dignidad de las personas, influenciado desde el principio, por las convenciones éticas e ideológicas que plantean la cuestión jurídica relativas al valor de la vida humana, provocando una pérdida de objetividad en el ejercicio de la reclamación, pues debería ser únicamente una cuestión jurídica, en cambio, supone un difícil reto a la hora de exponer sus diferentes elementos de la acción en atención a las distintas opiniones en cuanto a la justificación del ejercicio del *wrongful birth*, hecho que ha provocado que haya profundizado más en la materia.

He podido estudiar una parte concreta de la responsabilidad civil médica, que para mí, es una

cuestión muy importante en nuestros días, pues estamos hablando del derecho a la vida y de las distintas formas relativas a su interpretación y de un derecho tan conflictivo como es el aborto y su influencia en el mundo, así como los derechos de los pacientes y los deberes de los médicos. Como ya expuse, en la introducción, algunos años atrás era impensable la idea de reclamar judicialmente una indemnización para resarcir el nacimiento de un hijo con anomalías o enfermedad, surgiendo esta pretensión a raíz del reconocimiento de todos los pacientes a disponer de una información por parte de los profesionales sanitarios adecuada y veraz y sobre la que pueden decidir si interrumpir o continuar con el embarazo.

Puedo decir y afirmar que el análisis y estudio de las wrongful actions y en concreto la wrongful birth expuesta en este trabajo no ha sido fácil, en primer lugar por lo reciente que es la materia, en segundo lugar por la escueta y breve jurisprudencia que existe, pues como ya sabemos la primera sentencia del Tribunal Supremo en analizar el “*nacimiento injusto*” fue en 1997, la falta de jurisprudencia al respecto provocó que no existiera una jurisprudencia asentada con la que poder tener unas bases para el ejercicio de la acción, lo que ha dado lugar a un tercer problema como son las distintas líneas doctrinales totalmente contradictorias. Si es cierto, que desde las Sentencias de 2005 y 2007 se ha arrojado luz al respecto en determinados aspectos de la acción de *wrongful birth*, en relación al nexo causal y el daño que han seguido las posteriores sentencias, lo que ha provocado que apareciera un pequeño cauce que establezca una unificación en la base de la acción.

Igualmente debe quedar claro que el ejercicio de estas acciones no se justifica en meras cuestiones éticas a la hora de entender la vida del hijo como un daño, hecho que colisiona con el derecho a la vida, pues la alternativa de vivir con una enfermedad es no nacer. Esta idea de apreciar el daño para mi entender es absurda, dado que todo el mundo tiene derecho a vivir sea o no con malformaciones y no por el hecho de nacer con una anomalía supone en sí un detrimento, ni mucho menos, si no que a mi parecer y así ha venido admitiendo igualmente la jurisprudencia más reciente, entiendo que el daño que se pretende resarcir con esta acción es la vulneración del derecho de la mujer tanto en los relativos a la dignidad, y a la libertad que tiene todo los seres humanos en decidir sobre una determinada situación, derivada de la vulneración del derecho de todo paciente a ser informado sobre las distintas opciones, perdiendo todas las posibilidad de autodeterminación en la elección a continuar o no con el embarazo.

En mi opinión si existe una pérdida de oportunidad, aunque cierta doctrina sea reticente, donde el daño es el generado como consecuencia de la falta de información del médico y que conlleva la privación de la posibilidad de la madre a decidir conforme el derecho al aborto, siendo el daño por lo tanto, el efecto de que el paciente no reciba la información correcta, no de la voluntad de la madre. Derivado de la pérdida de poder acudir al aborto genera unos perjuicios morales aparejados al nacimiento de un hijo con una enfermedad, pero no por el hecho mismo del nacimiento, y perjuicios económicos que no son los propios que genera un niño sano y que derivan de la obligación de alimentos que tienen los padres.

Para finalizar decir, que con el trabajo he pretendido describir la situación actual del ejercicio de la acción *wrongful birth* desde un punto de vista jurídico y personal tras haber estudiado y analizado el tema, y con ello adquirir conocimientos sobre la materia relativamente desconocida y compartirlo con vosotros, para tener una visión más amplia y desarrollada de las reclamaciones por “*nacimiento injusto*”.

Bibliografía:

ÁNGEL YÁGÜEZ, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)”,

DIAZ PICAZO GIMÉNEZ “*La posibilidad de abortar: un supuesto mas de responsabilidad civil*” LA LEY Año XIX núm. 4562, 15 Junio 1998

ELIZARI URTASUM, LEYRE “*El daño en las acciones wrongful birth y wrongful life/ Premio derecho y salud 2009/dialnet*”

EMALDI CIRION AITIBER- *La responsabilidad jurídica de Diagnostico Genético Erróneos*, Doctora en derecho. Universidad de Deusto. Diario La Ley, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-142, tomo 5, Editorial LA LEY 1465/2002

GALAN CORTES, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Cuarta Edición, Thomson Reuters, 2014.

GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.

GARRIGA GORINA, MARGARITA- *Negligencia en el diagnóstico prenatal, Comentario a la Sentencia de 7 de Junio de 2002*, Working Paper nº: 155, Barcelona, julio de 2003 www.indret.com

GARRIGA GORINA, “Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002”, *Indret*, núm. 3, 2003

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, *El consentimiento informado y la responsabilidad civil médica*

MARCIA MORILLO, ANDREA- *La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth wrongful life*, Madrid Septiembre 2003

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 Y JOSEP SOLÉ FELIÚ, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)* Indret, Barcelona 2004

MARTÍN CASALS Y JOSEP SOLÉ FELIÚ, *Comentario a la Sentencia del T.S de 7 de Julio de 2002*, Cuaderno Civitas de jurisprudencia civil nº60, Pamplona 2002

MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIÚ, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)*, *Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003*, Universitat de Giron, Working Paper nº: 217 Barcelona, abril de 2004

NAVARRO MICHEL, *"Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005"*, Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 60.

PACHECO JIMENEZ, M^º NIEVES -*Acciones wrongful birth y wrongful: una controvertida vía de responsabilidad civil medica*, Área de derecho civil, Universidad de Castilla - La Mancha

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

PAÑOS PEREZ, ALBA *"Responsabilidad civil medica por wrongful birth y wrongful life"*, Universidad de Almería. Diario la Ley, N^º8396, Sección Doctrina, 10 de Octubre de 2014, año XXXV. Editorial LA LEY

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

ROMERO COLOMA, AURELIA MARIA *Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)* Abogada Doctora en Derecho

ROMERO COLOMA, AURELIA MARIA *La medicina ante los derechos del paciente*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2002.2600 .Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º

VICANDI MARTÍNEZ, ARANTZAZU- *El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente. R.E.D.S. núm. 3. Septiembre-diciembre 2013 ISSN 2340-4647*

