

UNA VISIÓN GENERAL DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD POR *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE* Y DE SU TRATAMIENTO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Andrea MACÍA MORILLO

EL encuadre de un tema tan concreto como el que constituye el objeto de estas páginas en el contexto de una obra sobre «Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad» es algo que, en un principio, puede resultarle chocante al lector, motivo por el cual parece de recibo comenzar este estudio con una breve justificación de su pertinencia. Y es cierto que, en una primera impresión, estas dos especiales acciones de responsabilidad civil (*wrongful birth* y *wrongful life*) no guardan relación directa más que, si acaso, con el primer término del título de esta obra colectiva –e incluso esto podría ponerse en duda, por el marcado trasfondo ideológico o moral que subyace bajo estas reclamaciones de responsabilidad–, mientras que, con los otros dos (familia y sociedad), su relación es lejana e indirecta. Sin embargo, como espero demostrar a lo largo de estas páginas, esta primera impresión queda pronto desvanecida cuando se profundiza algo más en el estudio de las mismas, momento en el que se constata que son, precisamente, los cambios y las reformas del Derecho, de la sociedad y de la familia los que, en gran medida, han sido los responsables de que hayan surgido este tipo de reclamaciones.

Por ello, el encuadramiento de la materia a la que responde el título de este trabajo dentro del marco de esta obra sobre «Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad» queda justificado perfectamente por los dos sustantivos que califican a las mismas: «cambio y continuidad»; ideas que, de hecho, servirán de columna vertebral de las dos primeras partes de este breve estudio, dejando para la tercera parte un somero repaso del tratamiento que han recibido en la práctica las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, tanto en el ámbito de los países de nuestro entorno, como por parte de nuestros tribunales.

I. EL «CAMBIO»

A. La evolución de la institución de la responsabilidad hasta la creación de las acciones de responsabilidad relacionadas con el inicio de la vida

En primer lugar, se puede hablar aquí de «cambio», por la evolución que ha experimentado la responsabilidad civil a lo largo del siglo pasado; cambio que se ha producido, más que en los textos legales, en la imagen social de esta institución, así

como en su interpretación jurisprudencial. En otras palabras, la concepción inicial sobre la responsabilidad, mantenida durante bastante tiempo, se ha visto alterada.

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 (1). En otras palabras, se parte 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) (2). Pues bien, estas ideas comenzaron a tambalearse ya con la Revolución Industrial. Como es sabido, 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 (3). Dificilmente 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 (4)– 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, está 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 víctima (5). Con ello, a partir de aquí,

(1) En este sentido, LARENZ, K. y CANARIS, C. W., *Lehrbuch des Schuldrechts. Band II, Halbband 2. Besonderer Teil*, 13.ª ed., Verlag C.H.Beck, München, 1994, p. 351, afirman que se parte de la máxima latina *casum sentit dominus*, de manera que las consecuencias de un evento han de ser asumidas por el que se ve afectado por ellas.

(2) La idea fue expresada magistralmente por Holmes: «sound policy lets losses lie where they fall except where a special reason can be shown for interference», pero ha sido igualmente recogida por algunos de nuestros más relevantes autores. Ver, por ejemplo, PANTALEÓN PRIETO, A. F., «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. También la de las Administraciones Públicas», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coord. J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 446 y 448.

(3) Tanto de ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 54, como DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 108, o ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños. Textos y materiales*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 25-26, ponen de relieve que el incremento del riesgo, unido al desarrollo tecnológico de la Revolución industrial, produce un incremento de actividades peligrosas y, con ello, un incremento en el ámbito de la responsabilidad.

(4) Para un análisis detallado de la tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad, ver de ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 127-136, CUEVILLAS MATOZZI, I., *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños. Su perspectiva desde la doctrina del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 357-371 y DÍEZ-PICAZO, L., «Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual», *AFDUAM*, 2000, núm. 4, pp. 153-163.

(5) Como señala DÍEZ-PICAZO, L., «La responsabilidad civil hoy», *ADC*, 1979, 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». Es lo que MEDICUS, D., *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 13.ª ed., Verlag C.H.Beck, München, 2002, p. 266, denomina el paso de la *Unglück* al *Unrecht*, o la busca sistemática de un responsable, que ponen de relieve REGLERO CAMPOS, L. F., «Los sis-

en la percepción social, la responsabilidad civil pasa a ser la regla, y la asunción del propio daño, la excepción. De este manera, se altera, en cierto modo, el punto de partida, instaurándose progresivamente un principio *pro damnato* o *favor victimae*, 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 conciencia social (6).

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, se identifica el daño moral como daño jurídicamente indemnizable (7) 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 nuestro entorno sociocultural, llegando a nuestras fronteras algo más tardíamente, pero con la misma fuerza que en su origen (8).

temas de responsabilidad civil», en *Tratado de responsabilidad civil*, Coord. L. F. Reglero Campos, 2.^a ed., Aranzadi, Elcano, 2003, p. 164 o YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate», en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Prof. Roberto López Cabana*, Coord. R. de Ángel Yágüez y M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson-Ciudad Argentina, Madrid, 2001, p. 232.

(6) Esta tendencia de favorecimiento a la víctima se encuentra generalizada en el derecho actual, como señalan ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., *An introduction to comparative Law*, Trad. inglesa de T. Weir, 3.^a ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 671. Así, se refieren MALICIER, D., MIRAS, A., FEUGLET, P. y FAIVRE, P., *La responsabilité médicale. Données actuelles*, 2.^a edición, Editions Eska-Editions Lacassagne, Paris, 1999, p. 25, a una *victimologie*.

(7) Como es de sobra sabido, el daño moral comienza a ser reconocido por nuestros tribunales, básicamente, a partir de la STS de 6 de diciembre de 1912, pasando a partir de ahí por diversas etapas hasta su aceptación incondicional (un resumen de esta sentencia, así como un estudio de las mencionadas etapas, en GARCÍA SERRANO, F. de A., «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», *ADC*, 1972, pp. 815-827). De hecho, el reconocimiento se vio obstaculizado por diversos argumentos que llevaron durante bastante tiempo a su rechazo generalizado (ver al respecto ÁLVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», *ADC*, 1966, pp. 95-102 y GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 134-147, que incluyen también la crítica a los mismos). En la actualidad, sin embargo, su aceptación resulta prácticamente indubitada.

(8) Las primeras acciones de responsabilidad relacionadas con la vida surgen en Estados Unidos hacia los años sesenta. Al margen del caso *Zepeda vs. Zepeda*, al que nos referiremos a continuación, el primer caso que se plantea en Estados Unidos en materia de *wrongful birth* y *wrongful life* es el caso *Gleitman vs. Cosgrove*, de 1967 (49 N. J. 22; 227 A.2d 689, 22 A.L.R.3d 1411; 1967); en él se negó la indemnización por *wrongful birth* y *wrongful life* en el caso de un niño afectado de diversas malformaciones producidas como consecuencia de la rubéola contraída por su madre durante el embarazo, enfermedad respecto de la cual se había informado a la progenitora de que no tendría consecuencias sobre el feto. La corte de Nueva Jersey rechazó la demanda de *wrongful life*, sobre argumentos de orden público e imposibilidad de identificar la existencia de un daño, frente a

B. Breve repaso de las acciones de responsabilidad relacionadas con la vida

1. *Las acciones de «disadvantaged» o «dissatisfied life»*

Los primeros casos de responsabilidad relacionada con 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». El supuesto de hecho planteado en ellos 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 (ilegitimidad, pobreza, color de la piel...), siendo la vida en tales circunstancias el daño por el que se reclama. En particular, en el primero de estos casos (*Zepeda v. Zepeda*), la demanda, en concreto, se centraba en la privación de una infancia normal en un hogar igualmente normal (9).

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 público (10)–, 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.

la preciosidad de la vida. Para la demanda de *wrongful birth*, el razonamiento se apoyó en la dificultad de medir el daño.

La extensión de esta problemática al resto de los países de nuestro entorno 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 Dissabilities (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, QB 1166; [1982] 2 All ER 771; CA*). 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. Nuestro caso 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 del año 1997 y las primeras sentencias de *wrongful conception* son sólo pocos años anteriores.

(9) 41 Ill. App. 2d 240 (1963); 190 NE 2d 849. Los hechos de este caso eran los siguientes: el padre del demandante había convencido a la madre para mantener relaciones sexuales con él, 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. Un estudio de este caso y de sus argumentos, en PLOSCOWE, M., «An action for “wrongful life”», *N.Y.U.L.R.*, 1963, núm. 38, pp. 1078-1080.

(10) Por su interés, transcribo el razonamiento central de rechazo de la sentencia, que maneja fundamentalmente el argumento conocido en el mundo anglosajón bajo la idea de las futuras demandas que surgirían de la aceptación de la planteada ante el tribunal (*open the floodgates*). Decía la Corte estadounidense: «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».

2. Las acciones de «*wrongful conception*»

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 impedirían esos nacimientos (11) 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* –o nacimiento de un hijo no deseado–, 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 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.

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. Entre ellos, hay que citar la práctica negligente de la intervención de esterilización (12) o de interrupción voluntaria del embarazo (13), la omisión de la información sobre los cuidados postoperatorios o sobre el tratamiento necesario para conseguir el resultado perseguido (14), la defectuosa aplicación de un anticonceptivo eficaz (15) o la prescripción de un método anticonceptivo inadecuado para el paciente o de un

(11) Ejemplo de ello es el caso *Williams v. State of New York* (Misc. 2d 824; 260 N.Y.S. 2d 953 [Ct. Cl. 1965]; 223 NE 2d 343 [NY CA]), que trataba de la reclamación de una niña nacida de una madre con problemas mentales, concebida mientras esta última se encontraba bajo la custodia de un hospital, donde fue violada. La niña reclamaba indemnización frente al hospital, por haberse producido la concepción ilegítima bajo la custodia del mismo. La pretensión se rechazó en apelación, con argumentos similares a los del caso *Zepeda v. Zepeda*.

(12) Ejemplo de ello son los casos resueltos por las SSTS de 10 de octubre de 1995 y 5 de junio de 1998.

(13) Pese a que en España no se ha planteado ningún caso de este tipo, ha sido relativamente frecuente entre la jurisprudencia extranjera. En concreto, en Alemania, por ejemplo, resuelve sobre uno de estos casos el OLG Stuttgart en sentencia de 28 de enero de 1987; e, igualmente, en Italia, las sentencias de la *Corte d'Apello di Venezia* de 23 julio 1990, *Corte d'Apello di Bologna*, de 19 de diciembre de 1991 y *Tribunale di Cagliari* de 23 de febrero de 1995. En Francia, hay que destacar dos casos: la decisión del *Conseil d'État* de 2 de julio de 1982 y la sentencia de la *Cour de Cassation* de 25 de junio de 1991. Finalmente, en Inglaterra, se trató de este supuesto en el caso *Sciuriaga v. Powell*.

(14) La jurisprudencia al respecto es muy numerosa. Sirvan de ejemplo las SSTS de 25 de abril de 1994, 31 de enero de 1996 y 11 de febrero de 1997; y SSAP Baleares, de 21 de enero de 1997; Álava, de 18 de mayo de 1998; Alicante, de 9 de julio de 1999; Barcelona, de 20 de septiembre de 1999 y Valencia, de 18 de enero de 2000.

(15) Éste es el caso resuelto por la STS de 24 de septiembre de 1999, en que se trataba la responsabilidad por el nacimiento de un niño no deseado, tras la implantación de un DIU a una mujer, en el contexto de la sanidad pública, y en el que se planteaba también la aplicación de la normativa sobre productos defectuosos. En Holanda, el *Hoge Raad* resolvió un caso de falta de efectividad de los anticonceptivos prescritos (se retira un DIU en el curso de una intervención y no se repone de nuevo, sin avisar de ello a la mujer), en la sentencia de 21 de febrero de 1997 (un resumen de la sentencia, en alemán, se puede leer en *Juristen Zeitung*, 1997, pp. 893-894; y el texto en holandés, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1998, pp. 324-327).

medicamento que carezca de tal virtud (16). En estos supuestos, los progenitores solicitan una indemnización por el hecho del embarazo no deseado; esto es, por haber concebido a un hijo o por haber llevado a término el embarazo no deseado.

No obstante, conscientes los demandantes de todos estos casos 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 contrariedad 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* (17)– y centran éste, bien en la lesión de la libertad de procreación que se reconoce a todo sujeto a partir del artículo 10.1 CE (18), o bien en los gastos que acarrea el niño, que son algo distinto a su vida (19).

Me detengo aquí para llamar la atención al lector sobre este cambio del razonamiento, ya que se trata de un mecanismo muy similar al que se empleará, como luego se verá, para afirmar el daño en el estudio de las acciones de *wrongful birth*. Y se trata de un mecanismo eficaz, puesto que, actualmente, este tipo de reclamaciones de responsabilidad son admitidas generalmente por nuestros tribunales (20),

(16) Estos casos fueron muy frecuentes en Alemania desde finales de los años sesenta y principios de los años setenta. Concretamente, se plantearon diversas demandas por parte de mujeres a las que se les había recetado por un facultativo un método anticonceptivo oral –en general, la comúnmente llamada «píldora anticonceptiva»–, pero que recibían en la farmacia un medicamento distinto, que carecía de facultades anticonceptivas (ver, por ejemplo, las sentencias del LG Itzehoe de 21 de noviembre de 1968 y LG München 27 de febrero de 1970). Igualmente, en Estados Unidos, un caso de este tipo es *Troppi v. Scarf* (187 N.W.2d 511 [Mich.App. 1971]), en que un farmacéutico confundió una receta de anticonceptivos con una de tranquilizantes.

(17) Esta doctrina, que recibe su nombre a partir de la obra de HARRER, H., *Zivilrechtliche Haftung bei durchkreuzter Familienplanung*, Verlag Peter Lang, Frankfurt-Bern-New York-Paris, 1989, p. 11, y que es elaborada en el contexto de las acciones de *wrongful conception*, surge en respuesta al argumento de negación de la responsabilidad en estos casos sobre la idea de que, con el reconocimiento de una indemnización, se lesiona la dignidad de la persona, a la que se reduce a términos meramente económicos. Frente a ello, la doctrina a la que aquí nos referimos afirma la posibilidad de establecer una distinción, desde un punto de vista teórico, entre el niño que ha nacido y el daño reclamado; concretamente, los gastos que el mismo genera desde el momento en que se produce tal nacimiento (*Unterhaltsaufwand*).

(18) Según la STC 215/94, de 14 de julio, la libertad de procreación emana del reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad. A partir de ahí, la identificación del daño en la privación de la libertad de procreación ha sido aceptada entre nuestra doctrina (especialmente, MARTÍN CASALS, M., «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*, Peter Lang, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, 2000, pp. 190-195 y MEDINA CRESPO, M., *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*, Tomo I, Dykinson, Madrid 1999, p. 94), así como por la jurisprudencia (v. gr., SSTS de 24 de septiembre de 1999 y [3.ª] 3 de octubre de 2000).

(19) En este sentido, entre otros, GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1998», *CCJC*, 1998, p. 1218, que declara que el daño no es el nacimiento del hijo, sino «la carga suplementaria que para los padres va a representar el sostenimiento y educación de este hijo».

(20) Para una visión general del estado de la cuestión, ver MARTÍN CASALS, M., *op. cit.*, pp. 179-195 y MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (*wrongful conception*)», *La ley*, 2001, D-45, pp. 1640-1648 y «Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002», *CCJC*, 2002, pp. 1101-1104.

prácticamente sin objeciones (21), siempre que existiera un comportamiento negligente en la actuación del responsable (generalmente, en relación con sus obligaciones de información) (22).

3. Las acciones de procreación irresponsable

Dejando de lado las acciones de *wrongful conception*, que no constituyen el objeto de este estudio, 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 reclamación de responsabilidad civil relacionadas con daños causados a embriones o fetos antes de la concepción, durante el embarazo o en el momento del parto. Se trata, por ejemplo, del supuesto en que, en el curso de una intervención quirúrgica a una gestante, se produce una lesión sobre la madre que incide en su descendencia futura, o del supuesto en que se le contagia a la madre una enfermedad que repercute sobre el desarrollo embrionario, o en que no se trata adecuadamente *in utero* una enfermedad que sufre el embrión o feto, o en que, finalmente, la gestante sufre un accidente ferroviario 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 –y eso es lo característico de estos supuestos– que, de no ser por la actuación del agente productor del daño, el niño habría nacido sano.

Tales acciones, una vez resuelto el problema de la falta de personalidad jurídica de la víctima en el momento de la producción del daño (23), no presentan real-

(21) La principal objeción a esta reclamación de responsabilidad, centrada en la teoría de la mitigación del daño (el que reclama haber sufrido daños por el nacimiento de un hijo debería haber evitado tal nacimiento o debería dar al niño en adopción para mitigar tal daño), es rechazada en general por nuestros autores. Así, por ejemplo, GARCÍA RUBIO, M.^a P., *op. cit.*, p. 1220, MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «Responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1643 o PANTALEÓN PRIETO, A. F., «Procreación artificial y responsabilidad civil», en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso mundial vasco*, Editorial Trivium, Madrid 1988, p. 251, nota 14. Sin embargo, en Alemania, esta teoría de la mitigación se admite por el BGH (sentencia de 18 de marzo de 1980) cuando se trata de la repetición de un aborto fracasado (posición que, no obstante, es criticada por la mayoría de la doctrina; v. gr., DEUTSCH, E., «Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden – Eine methodische Grundfrage des geltenden Rechts», *VersR*, 1995, p. 611).

(22) De hecho, en los casos en los que se constata un cumplimiento diligente de la obligación de información y de la intervención, se deniega la acción de *wrongful conception* (v. gr., SSTS de 11 de febrero y 27 de junio de 1997 y 11 de mayo de 2001).

(23) En concreto, se pone en cuestión 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. Pese a ello, según GIESEN, D., *International medical malpractice law. A comparative law study of civil liability arising from medical care*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1988, pp. 87 y 221, la mayoría de los ordenamientos tiende a aceptar la legitimación activa del niño, bien a través de la protección general al *nasciturus*, bien mediante la interpretación del momento en que se produce el daño. Para una visión más extensa de esta cuestión, ver, especialmente, para Estados Unidos, COLLINS, E. F., «An overview and analysis: prenatal torts, preconception torts, wrongful life, wrongful death and wrongful birth: time for a new framework», *J. Fam. L.*, 1983-84, núm. 22, pp. 677-683; para Inglaterra, KENNEDY, I. y GRUBB, A., *Medical law*, 3.^a ed., Butterworths, London-Edimburgh-Dublin, 2000, pp. 1524-1530 y 1550-1552 y, para Alemania, MEDICUS, D., *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 9.^a edición, Verlag C.H.Beck, München 1999, pp. 375-376.

mente ninguna peculiaridad digna de mención para lo que aquí nos interesa, por lo que es suficiente con enunciarlas.

Sí es más importante, en cambio, destacar que, en paralelo, surgen también las acciones de responsabilidad denominadas «acciones de procreación irresponsable», a las que se dedica con mayor profundidad otro de los artículos de esta obra (24). 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, en ellos se introduce 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 podía desarrollar el niño nacido, dado que éste no podía haber nacido sano: o nacía enfermo o no nacía.

Poco más hay que decir sobre este tipo de acciones de responsabilidad, puesto que aún no se han planteado en nuestro Ordenamiento y, en aquellos países donde sí han sido ejercitadas frente a los Tribunales, han sido generalmente rechazadas, fundamentalmente, sobre la base del desequilibrio que ocasionan en el entorno familiar (25), la ausencia de antijuridicidad del comportamiento, en tanto que la decisión sobre la concepción o la interrupción del embarazo se ofrece en nuestro Ordenamiento como, respectivamente, una libertad de los progenitores y una facultad de la gestante (26), y sobre su contradicción con el Derecho de familia (27).

(24) Se trata, en concreto, del trabajo del Profesor PABLO DE LORA: «¿Qué hay de malo en tener hijos?», pp. 47-67.

(25) El argumento, que procede de las demandas de *disadvantaged* o *dissatisfied life*, ha sido también traído aquí a colación. Así, tal efecto es destacado, entre otros, por RUIZ LARREA, N., «El daño de procreación»: ¿un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?, *La ley*, 1998, D-62, p. 2039, o NOVELLINO, N. J., «Responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos», en *Derecho de daños. Daños en el derecho de familia. Cuarta parte (A)*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000, p. 246.

(26) En este sentido, respecto de la libertad en el ejercicio de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, EMALDI CIRIÓN, A., *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Comares, Bilbao-Granada, 2001, p. 245; respecto la libertad, en general, en la adopción de la decisión sobre de la concepción, entre otros, DREYFUSS-NETTER, F., «Observations hétérodoxes sur la question du préjudice de l'enfant victime d'un handicap congénital non décelé pendant la grossesse», *Med. & Droit*, 2001, núm. 46, p. 5.

(27) En concreto, hay quien sostiene que las relaciones familiares quedan sometidas al derecho de familia y que la compensación o el equilibrio familiar no se logra en estos casos a través de la aplicación de la responsabilidad civil. Así lo expone ROCA TRIAS, E., «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, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 539 y ss., quien, no obstante, adopta una posición intermedia, admitiendo la responsabilidad civil, pero también ciertas especialidades del derecho de familia.

Resulta más interesante, en cambio, centrarse, finalmente, sobre el último punto de la evolución de las reclamaciones relacionadas con la vida, dejando para el trabajo del Profesor DE LORA –recogido en esta misma obra–, un análisis más profundo de los problemas que plantean las acciones de «procreación irresponsable» (28).

4. *Las acciones de wrongful birth y wrongful life*

Por lo que a los efectos de este estudio interesa, a partir de este salto cualitativo, y ante la dificultad intrínseca de una reclamación de responsabilidad frente a los progenitores en este contexto –o, quizá, en paralelo con ello–, la atención en estos supuestos de nacimiento de niños que padecen de ciertas enfermedades graves e incurables pasa a centrarse sobre los profesionales sanitarios. Y es que, en los últimos años, estos profesionales se han visto sometidos progresivamente a un –llamémoslo– «acoso» desconocido hasta hace relativamente poco (29). Por muchos factores en los que ahora no interesa detenerse, 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 todo paciente persigue (30). 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 –lo que ocurre en un porcentaje de casos bastante elevado: entre el 2 y el 6 por 100 de los nacimientos–, se trata también de buscar a un responsable, y las miradas pasan a centrarse en los profesionales sanitarios. Se trata de responsabilizar a éstos de

(28) Vid. DE LORA, P., «¿Qué hay de malo en tener hijos?», pp. 47-67. Igualmente, una interesante visión al respecto puede encontrarse en ROCA TRÍAS, E., «La responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 550-552 y RUIZ LARREA, N., *op. cit.*, pp. 2039-2046. Finalmente, como breve contribución al tema, mi trabajo, «Los problemas planteados por las acciones de procreación irresponsable desde el punto de vista de la responsabilidad civil y del Derecho de Familia», en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI*, Dir. Carlos Lasarte Álvarez, UNED-IDADFE-El Derecho, Madrid, 2006, pp. 609-615.

(29) Multiplicación «hasta el infinito», «eclosión» o «avalancha jurisprudencial», son algunas de las expresiones que emplea nuestra doctrina para referirse a este fenómeno; entre ellos, ALONSO PÉREZ, M., «La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la *lex artis*)», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coord. J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 16, 27 y 30, o GARCÍA BLÁZQUEZ, M. y MOLINOS COBO, J. J., *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica. Aspectos jurídicos y médico-forenses*, Comares, Granada, 1995, p. 11.

(30) Entre estos factores, se han de mencionar, por ejemplo, los avances en la medicina, que han permitido retrasar o evitar la mortalidad humana en relación a un amplio número de enfermedades; la vulgarización de los conocimientos médicos; el paso, en ocasiones, de una atención y seguimiento personalizado a una atención a través de un equipo médico más o menos coordinado; el mayor número de obligaciones asumidas por los profesionales sanitarios; o, finalmente, el aumento en la contratación de seguros de responsabilidad civil (ver al respecto, entre otros, ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pp. 20, 27, 30 y 31, GARCÍA BLÁZQUEZ, M. y MOLINOS COBO, J. J., *op. cit.*, pp. 12-15 o ROMEO CASABONA, C. M., *El médico ante el derecho*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1985, pp. 3-9). El resultado de todo ello es que desaparece la inmunidad que inicialmente caracterizó esta profesión, que sólo respondía ante su conciencia y ante la censura social (ALONSO PÉREZ, M., *op. cit.*, pp. 14-16 y 20).

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 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 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.

II. LA «CONTINUIDAD»

A. La reafirmación de la responsabilidad como figura jurídica

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.

Con esta afirmación, ha de retomarse una idea que quedó abierta al principio de este trabajo. Inicialmente, afirmé que el sentido que tenía el encaje de este estudio en el marco de una obra sobre «Derecho, sociedad y familia» residía en la idea de cambio y de continuidad, pero hasta el momento sólo se ha analizado realmente la idea del cambio. Corresponde ahora, pues, hablar de la continuidad. 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. Sin embargo, no se ha tratado –más que someramente– 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 retomarse 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 presu-

puesto firme de que, para admitir o rechazar la responsabilidad civil, habrá que examinar cada uno de sus presupuestos (daño, culpa, relación de causalidad), a fin de ver si, efectivamente, están o no aquí presentes. En otras palabras, se trata de analizar este supuesto partiendo de la idea tradicional de que la responsabilidad es una excepción y no, como actualmente se pretende, una regla general para que los individuos obtengan una reparación por cualquier revés que experimenten en su vida.

Esto no supone –llamo la atención al respecto desde un principio– que se niegue la identificación de un daño en estos casos por tratarse de un nuevo tipo de daño (31), sino que supone que este nuevo tipo de daños deberá poder identificarse como daño jurídicamente indemnizable, de acuerdo con los instrumentos y requisitos, más o menos concretos, que el Ordenamiento establece. Y lo mismo habrá de predicarse respecto de los demás presupuestos de la responsabilidad civil, cuya presencia, allí donde el Ordenamiento la exija, será condición indispensable para poder afirmar la posibilidad de reclamar una indemnización por estos hechos.

B. Análisis de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life*

1. Definición de estas acciones

Antes de avanzar en los problemas a los que se enfrentan estas acciones al aplicar la responsabilidad civil, guiados por esta idea de continuidad, 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 el lector no se haya formado aún una idea clara sobre ellos. A tal fin, partiré de la definición que ofrece la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002, que dice que 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». Tal definición constituye un adecuado punto de partida, en tanto que expone en sus líneas básicas la problemática presente en estos supuestos.

(31) No hay que olvidar que, a través de los avances técnicos, lo que antes no era posible, ahora lo es, e, igualmente, lo que antes no era considerado un daño, ahora puede serlo. De hecho, tales afirmaciones cobran especial importancia en supuestos como los aquí estudiados, donde, como veremos, el avance técnico es uno de los factores más relevantes para el surgimiento de la idea de reclamar responsabilidad en este contexto. Así lo expresa TEFF, H., «The action for “wrongful life” in England and in the United States», *Int'l Comp. L. Q.*, 1985, núm. 34, p. 424: «growing realisation of the predictive capabilities of genetic technology and its capacity to produce successful medical outcomes, as well as enhanced public awareness of the burdens of genetic disorders, have strengthened consumer demands for compensation when things go wrong».

No obstante, a partir de ella, es necesario hacer algunas matizaciones y precisiones:

1.^a Frente a lo que pudiera deducirse de la definición transcrita, no sólo se producen estos supuestos en el contexto de un diagnóstico anterior al nacimiento (diagnóstico prenatal) (32), 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 preconcepcivo) (33), ya que también en este otro supuesto se puede producir un defecto en la información necesaria para la adopción de decisiones sobre la descendencia futura –si concebir o no– por parte de los progenitores (34). Piénsese, por ejemplo, en una pareja que, antes de concebir, decide someterse a consejo genético, puesto que sospechan que uno o ambos son portadores de una determinada enfermedad (v. gr., fibrosis quística, hemofilia, Tay-Sachs...) que podría afectar gravemente a la existencia de su descendencia futura. Si, en tal contexto, se realiza el diagnóstico preconcepcivo de manera defectuosa y reciben una información incorrecta respecto del riesgo que amenaza a su futura descendencia –reciben la información de que tal riesgo no existe–, su decisión respecto de la concepción se habrá visto, indudablemente, afectada por ello.

2.^a 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...) (35), siempre y cuando sea su comportamiento el que produzca el «falso

(32) Según la OMS, se trata de «todas aquellas acciones prenatales que tengan por objeto la detección y/o el diagnóstico de un defecto congénito, entendiéndose por tal toda anomalía de desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular que presente al nacer (aunque pueda manifestarse más tarde) externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple» (Comités de trabajo de 1970, 1975 y 1982).

(33) Tanto de ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad. Parte I», *Rev. Der. Gen. H.*, 1996, núm. 4, p. 109, como EMALDI CIRIÓN, A., *op. cit.*, p. 90, definen este diagnóstico como «la información que presta el médico a una pareja o a una persona sola antes del embarazo sobre los riesgos de concebir un hijo con enfermedades o malformaciones de origen genético o hereditario». Por tanto, hay que subrayar, en todo caso, que no han de restringirse estos casos a los de diagnóstico genético (definido por EMALDI CIRIÓN, A., *op. cit.*, pp. 1-2 y 14, como «un proceso por el cual los pacientes y a veces los parientes con riesgo de padecer enfermedades de carácter hereditario genético o en relación con alguna alteración cromosómica, son advertidos de las consecuencias de una enfermedad o anomalía, de la probabilidad de padecerla o de transmitirla y de los medios posibles para evitarla, mejorarla o, al menos paliarla»), sino que abarcan a todo tipo de diagnóstico previo a la concepción, centrado sobre la futura descendencia.

(34) De hecho, la mayoría de la doctrina trata ambos supuestos de forma conjunta. Sirva de ejemplo de ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad. Parte II», *Rev. Der. Gen. H.*, 1996, núm. 5, p. 146.

(35) Junto con el avance de la ciencia médica y de la técnica, 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, ante la incapacidad de abarcar todo el conocimiento existente por parte de un único sujeto (GALÁN CORTÉS, J. C., *La responsabilidad civil del médico*, Japyro Ediciones, Madrid, 1999, p. 16). 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. Lo usual es la actuación conjunta, sea a través de un equipo médico, sea por la organización del trabajo en el seno de una institución hospitalaria. Así lo afirman, por ejemplo, ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 213 y SÁNCHEZ GÓMEZ, A., *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 294.

negativo» en el diagnóstico (36). De hecho, nada impide que ese error que lleva al «falso negativo» venga determinado, por ejemplo, por el hecho de que el ATS 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 (37).

3.^a 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 preconcepcivo o prenatal– y que, en este segundo caso, además, tal facultad esté reconocida, concretamente, de forma libre o bien, al menos, para el motivo embriopático (38). 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 abortar, 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 (39).

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 gestante (40), regulación que debería eliminar desde un principio el planteamiento de una

(36) Desde un punto de vista técnico, estos errores en el diagnóstico consistentes en la emisión de un diagnóstico que no responde a la realidad y que muestra la ausencia de enfermedad allí donde ésta existe –una apariencia de normalidad en el estado del paciente, distinta a la situación real–, reciben el nombre de «falsos negativos». Ver al respecto, EMALDI CIRIÒN, A., *op. cit.*, pp. 230-233.

(37) De hecho, en la práctica de nuestros tribunales se ha planteado ya un caso en el que la reclamación de responsabilidad por *wrongful birth* se centraba sobre los médicos 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 a la STS de 18 de diciembre de 2003, CCJC, 2004, núm. 66, pp. 1030-1033.

(38) Tal presupuesto de existencia en el caso concreto de una posibilidad para la gestante de optar por la interrupción voluntaria del embarazo es puesto de relieve entre nuestros autores por MARTÍN CASALS, M., *op. cit.*, pp. 205-206, así como por este mismo autor junto a SOLÉ FELIU, J., «Responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1641. Del mismo modo, entre la jurisprudencia, ésta es la opinión que parece esconderse tras el rechazo de la acción de *wrongful birth* por parte de la SAP Valencia de 28 de noviembre de 1992, cuando sostuvo que el fracaso del resultado de la prueba de amniocentesis (que no reflejó ningún resultado), aunque hubiera sido conocido en plazo, no habría permitido decidir a la mujer sobre el aborto. Pese a ello, el Tribunal Supremo falló en este caso a favor de los progenitores en el recurso de casación (STS 6 de junio de 1997).

(39) En este caso, el riesgo del que buscaría proteger a la mujer la normativa reguladora del aborto no sería el que viene unido al nacimiento de un niño enfermo o deficiente, sino otro. Por tanto, el nacimiento del niño enfermo o discapacitado no sería lo que entraría en consideración a la hora de determinar el daño producido, de manera que la problemática que se suscitara sería distinta si, efectivamente, se privara a la gestante, por cualquier motivo, de la facultad de interrumpir el embarazo, tal y como estuviera regulada.

(40) El artículo 4 de la ley reguladora del aborto (núm. 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; y, en su artículo 6, 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 (artículo 6.1.b). Como pone de relieve la sentencia de 24 de marzo de 1999 de la *Corte di Cassazione*, con

acción de responsabilidad por *wrongful birth* o *wrongful life* prenatal. 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 vida (41). 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 está reconocida (42).

4.^a 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 qué? Porque, de acuerdo con la idea de la continuidad, hay que recordar que, pese a todo, nuestro sistema de responsabilidad civil, tal y como lo recoge el Código civil, sigue estando basado en la culpa. 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* (43). 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. De hecho, se dice que en estos casos no se podrá hablar de un «falso negativo» en el diagnóstico, sino, simplemente, de un diagnóstico erróneo, si bien conforme a la *lex artis* (44).

ello no se somete la interrupción del embarazo a la voluntad de la madre, sino que tal interrupción queda condicionada a la presencia de determinadas condiciones: «è necessario che tale presenza determini processi patologici consistenti in un “grave” pericolo per la salute fisica o sichica della madre». La acreditación de este peligro ha de ser realizada por la gestante.

(41) Esta negación parece que se recoge en la sentencia del *Tribunale di Roma* de 13 de diciembre de 1994, 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 di Cassazione* de 24 de marzo de 1999.

(42) Lo cierto es, sin embargo, que se han planteado casos de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* en relación a fallos de información sobre el estado de salud del embrión o feto. 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. Tales pretensiones deberían ser rechazadas si en ellas se afirmara (como, de hecho, se afirmaba) una pretendida lesión de la libertad de autodeterminación de la mujer y, de hecho, este rechazo se ha producido implícitamente en sentencias como las mencionadas en la nota anterior. Otra cosa sería 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.

(43) Así lo afirman con claridad los estadounidenses PETERS, J. D. y PETERS, D. M., «Wrongful life: recognizing the defective child's right to a cause of action», *Duq. L. Rev.*, 1980, núm. 18, p. 870: «no plaintiff in a wrongful life action can recover unless a deviation from the medical standard of care is demonstrated».

(44) El error del diagnóstico no es, pues, incompatible con la apreciación de un comportamiento diligente, ya que éste depende del seguimiento del parámetro de conducta que ofrece la *lex artis ad hoc* y ésta, a su vez, se nutre de los saberes y técnicas conocidos, aplicados y acumulados por los profesionales sanitarios en un determinado momento. Si se tiene en cuenta que la ciencia médica tiene sus

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 paciente (45) y los límites del conocimiento médico y científico (46). Así, 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 región (47). 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 22.^a semana del

límites, se llega al resultado aquí afirmado: es posible que se emita un diagnóstico que no se corresponda con la situación real del paciente, o que no se pueda alcanzar diagnóstico alguno, y que, al mismo tiempo, la conducta del profesional sanitario sea diligente. Por ello, en un contexto en que la responsabilidad se imputa a partir de un criterio de culpa, como es el caso, esta imputación sólo se produce ante la concurrencia de tal criterio, y no por la mera existencia de un error médico. De hecho, esta distinción es aceptada por la mayoría de nuestra doctrina (sirvan de ejemplo, de ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Diagnósticos II...», *op. cit.*, p. 144 y ATAZ LÓPEZ, J., *op. cit.*, p. 313) y por nuestra jurisprudencia (v. *gr.*, STS de 8 de mayo de 1991).

(45) La mayoría de la doctrina se muestra acorde en señalar que la calificación del comportamiento negligente ha de reducirse en estos casos al supuesto de que concurrieran en el paciente indicadores de riesgo cognoscibles para el profesional sanitario, de acuerdo con el estado de la ciencia (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). Así, por todos, de ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Diagnósticos II...», *op. cit.*, pp. 144-145.

Para una referencia de los indicadores de riesgo, ver EMALDI CIRIÓN, A., *op. cit.*, pp. 46-49 y de la FUENTE, P. y BAJO, J. M., «Asistencia en el embarazo. Diagnóstico prenatal», en *Tratado de obstetricia y ginecología. Vol. I*, Dir. J. A. Usandizaga Beguiristáin y P. de la Fuente Pérez, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1997, pp. 167-169.

(46) El deber de competencia del profesional sanitario sólo requiere el manejo de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de desarrollar la prestación. Esto supone que no se puede 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, ya que no forman parte del deber de competencia. Un ejemplo de ello lo ofrece la SAP 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.

(47) Tal fue, de hecho, el caso *Munro v. Regents of University of California* (263 Cal Rptr 878; Cal App 2 Dis, 1989), planteado en Estados Unidos. Como señala SEYMOUR, J., *Childbirth and the law*, Oxford University Press, Cornwall, 2000, p. 97, no había nada que indicase que los padres se encontraban en un grupo de riesgo y se aceptó que sólo existía deber de practicar este tipo de pruebas si existían indicios al respecto.

embarazo: artículo 417.bis.3.ª 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 embarazo. Tal es el caso, por ejemplo, de determinadas malformaciones que, conforme al estado actual de la ciencia y de la técnica, sólo son detectables a partir del segundo trimestre del embarazo, superado, pues, con creces el plazo establecido para el aborto embriopático (48).

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 aplicada al ámbito del diagnóstico preconceptico y prenatal (49). De hecho, es ésta la que va determinando el volumen y contenido de la información que han de recibir los progenitores en el contexto del diagnóstico preconceptico y prenatal y, consiguientemente, aquello que pueden exigir saber los progenitores que se someten a este tipo de diagnósticos.

Ahora bien, afirmada la necesidad de un comportamiento negligente en el marco de la responsabilidad regulada por el Código civil, ello lleva a plantearse, antes de pasar a la siguiente puntualización sobre la definición de estas acciones, qué ocurre en relación a la responsabilidad patrimonial del Estado, contexto en el que también pueden surgir este tipo de reclamaciones, siempre y cuando los hechos acaezcan en el ámbito de la sanidad pública. Como es sabido, en este otro sistema de responsabilidad civil, la imputación subjetiva de la responsabilidad se produce al margen de la necesaria constatación de un comportamiento culpable, pues es suficiente con que el daño se produzca como consecuencia del funcionamiento de la Administración (arts. 106 CE y 139 LRJPAC) (50).

No obstante, esto no supone que la Administración deba responder por todo nacimiento de un niño enfermo producido en el seno de una institución hospitalaria pública, pudieran o no haber sido detectados sus males antes de la concepción o del

(48) Así se apunta por la SAP León de 8 de marzo de 2001, en que se trata de una rara malformación, cuya posibilidad de detección se sitúa por los peritos en torno a las semanas 33 a 36 del embarazo; e, igualmente, en la SAP Barcelona de 5 de abril de 2001, en la que se afirma que el síndrome de Cornelia Lange que afectaba al *nasciturus* no es detectable durante el embarazo.

(49) Tal afirmación, que es correcta en general respecto del incremento de demandas de responsabilidad médica (GIESEN, D., *op. cit.*, p. 484), es especialmente relevante en la materia de la que aquí se trata. Ya se han citado al respecto las palabras de TEFF, H., *op. cit.*, p. 424; e igualmente, hay que tener en cuenta lo que indica en este ámbito el alemán PICKER, E., «Schadensersatz für das unerwünschte Kind (Wrongful birth). Medizinischer Fortschritt als zivilisatorischer Rückschritt?», *AcP*, 1995, núm. 195, p. 485, cuando señala que cada avance de la ciencia o de la técnica se transforma inmediatamente en una correspondiente pretensión jurídica.

(50) En este sentido, MARTÍN REBOLLO, L., «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *DA*, 1994, núms. 237-238, pp. 13 y 44, afirma que no es necesario demostrar la existencia de culpa, «sino únicamente la realidad de una lesión imputable causalmente a la Administración de que se trate». Trasladado esto al ámbito médico, la responsabilidad de la Administración sanitaria debería predicarse al margen de la actuación diligente o negligente de los profesionales sanitarios. De hecho, así se afirmó implícitamente en la famosa STS [3.ª] de 14 de junio de 1991, objeto de numerosos comentarios y críticas, entre los que destacan los de PANTALEÓN PRIETO, A. F., «Cómo repensar...», *op. cit.*, pp. 459-461.

nacimiento. De hecho, no responderá por los propios males o defectos que sufre el niño, cuya causación, procedente de un fenómeno natural o del comportamiento de un tercero, es ajena al funcionamiento del servicio público sanitario (51); ni tampoco de los errores en el diagnóstico producidos por fuerza mayor, en general (art. 139 LRJPAC) (52); ni, finalmente, por la falta de conocimientos científicos o técnicos respecto del mal o enfermedad en cuestión (art. 141 LRJPAC: «los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos») (53); es decir, por los errores en el diagnóstico producidos por un defecto de los conocimientos científicos o técnicos, que no permite detectar una determinada enfermedad con anterioridad al transcurso de las primeras veintidós semanas del embarazo.

5.^a La ciencia médica no había de conocer remedio o cura para esa enfermedad congénita o malformación no detectada, pero detectable. De lo contrario, no estaremos ante un supuesto en el que el comportamiento del profesional sanitario haya privado de la facultad de aborto o la libertad de procreación, sino en otro en el que la omisión del profesional ha impedido que el niño pudiera nacer sano (supuesto de causación directa o indirecta del daño). Aquí, en cambio, se parte de que no existía la opción de que el niño naciera sano; como ya se subrayó: o nacía enfermo o no nacía.

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) (54)

(51) Como afirma FERNÁNDEZ COSTALES, J., «En torno a la responsabilidad médica y a la responsabilidad patrimonial por daños causados al paciente», en *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Prof. Roberto López Cabana*, Coord. R. de Ángel Yágüez y M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson-Ciudad Argentina, Madrid 2001, p. 129, se requiere que el daño procediera de un riesgo inherente al servicio, creado por éste y exclusivo de él.

(52) Conforme a GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo II*, 8.^a ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 401, la fuerza mayor se define en este ámbito por la concurrencia de eventos externos al funcionamiento del servicio público (externidad que se predica respecto del objeto dañoso y sus riesgos propios).

(53) Este precepto, que permite la exoneración de responsabilidad de la Administración en unos términos muy similares a los de un sistema de responsabilidad por culpa, ha sido criticado por una serie de autores que afirman su inconstitucionalidad por contemplarse en él un supuesto de caso fortuito (entre otros, FERNÁNDEZ COSTALES, J., *op. cit.*, p. 131). Frente a ellos, existen defensores del precepto (v. gr., MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I., «Título X», en *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo*, Aranzadi, Elcano, 2000, p. 1008 o 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*, Coord. L. F. Reglero Campos, 2.^a ed., Aranzadi, Elcano, 2003, pp. 353-354).

(54) En la práctica, lo más frecuente es que la acción de *wrongful birth* sea entablada por ambos progenitores de forma conjunta (ambos como demandantes o uno por sí mismo y en representación del otro), o por la mujer exclusivamente. No existe en este ámbito un litisconsorcio activo necesario, ni, de hecho, es siempre posible una reclamación conjunta, ya que la legitimación activa del padre es, al menos, dudosa, cuando el daño reclamado es la privación de la facultad de interrupción del embarazo, que el ordenamiento reconoce, exclusivamente, a la gestante. Según el Tribunal Constitucional (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 11 y 13), la voluntad del progenitor no se tiene en cuenta en estos casos, lo que no resulta inconstitucional, dado que no son sus intereses los que entran en conflicto y «dado que la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla».

o bien por el propio niño nacido enfermo –o más bien, en su nombre (55)–. En el primer caso, se habla de acciones de *wrongful birth* y, en el segundo, de acciones de *wrongful life*, de manera que la principal diferencia entre ambas –diferencia de la que se deriva, precisamente, el distinto tratamiento que reciben– es el sujeto que alega haber sufrido un daño por los hechos ya expuestos y, consiguientemente, el daño reclamado. Se trata, eso sí, de reclamaciones de responsabilidad independientes, lo que permite su ejercicio individual o conjunto (56), así como la afirmación de una sola de ellas y el rechazo de la otra.

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. Ahora bien, si ya de por sí puede resultar chocante 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 doblemente chocante 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. Efectivamente, dado que, en el contexto planteado, el niño nunca podría haber nacido sano, su reclamación de responsabilidad frente al profesional sanitario que no informó a los progenitores de los defectos o enfermedades del futuro ser, permitiéndoles con ello decidir sobre la continuación del embarazo, parece identificarse con una reclamación de indemnización por no haber podido impedir su propio nacimiento y por haber permitido que naciera y viviera enfermo. Es la vida, pues, lo que se identifica como daño, latiendo tras ello nada menos que la idea de 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 vida (57). No obstante, al

(55) Aunque el titular de esta acción es el niño, como víctima del daño reclamado a través de tal pretensión, lo cierto es que el ejercicio de la misma se lleva a cabo por sus representantes legales (generalmente, sus progenitores: artículo 7.2 LECiv 1/2000, en consonancia con los artículos 154.2º, 162 y 163 CC). Así lo afirman entre nuestros autores, por ejemplo, de ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «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.*, 2002, núm. 17, p. 190 y MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «Sentencia...», *op. cit.*, p. 1102.

(56) Lo más frecuente, sin embargo, es el ejercicio conjunto, como ponen de relieve de ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Diagnósticos I...», *op. cit.*, p. 109, nota 11, o EMALDI CIRIÓN, A., *op. cit.*, pp. 239 y 250.

(57) En este sentido, se habla de la posibilidad de que se cause un trauma al niño, del riesgo de una eugenesia encubierta y de la necesidad de rechazar estas acciones por las consecuencias que podría tener su aceptación, de cara a una avalancha de reclamaciones. Frente a ello, se alega la necesidad de indemnizar al «pobre niño», o la incoherencia de que ambas acciones reciban una solución distinta. Sobre estos argumentos y sus críticas, ver mi monografía: MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de «wrongful birth» y «wrongful life»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 96-118.

poner esto de relieve no se pretende 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* (58).

De todas formas, sin avanzar conclusiones, hay que partir de que un tratamiento adecuado de estas acciones de responsabilidad, como el que aquí se propone, requiere distinguir entre ambas, en tanto que es diferente el daño que alegan los progenitores y el hijo y en tanto que la constatación de los elementos de la responsabilidad civil, necesariamente, varía.

2. Las acciones de «*wrongful birth*»

Por lo que respecta a las acciones de *wrongful birth*, como ya se avanzó, la afirmación de un daño jurídicamente indemnizable puede hacerse, fundamentalmente, a través de una operación similar a la que se hacía respecto de las reclamaciones de *wrongful conception*: 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 es considerar que la reclamación de responsabilidad en estos casos se ha de centrar –según se parta de un contexto de «falso negativo» en el diagnóstico prenatal o preconceptivo– en el daño que supone la privación a la mujer de la facultad de decisión sobre la interrupción del embarazo o en la privación a los progenitores de la libertad de procreación (59). Tal formulación del daño es más adecuada que hablar de la «privación de la posibilidad de haber podido evitar el nacimiento del niño» o del daño que supone «no haber podido someterse a la interrupción voluntaria del aborto», como opción por la que se habría decidido la gestante, de haber podido decidir, ya que estas otras formulaciones remiten, por un lado, al argumento de la pérdida de la oportunidad de haber

(58) De hecho, son pocos los autores que estudian la doble perspectiva del problema jurídico planteado en estas acciones. Sirvan de ejemplo, en cambio, CECCHINI ROSELL, X., «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», *RdPat*, 2003, núm. 10, p. 187, o VIVAS TESÓN, I., «La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial», *RdPat*, 2003, núm. 11, p. 404.

(59) En igual sentido, la SAN [3.^a] de 6 junio 2001 y las SSAP Madrid de 5 de mayo de 1998 y Málaga, de 31 de marzo de 2000. También, entre la doctrina, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «STS de 7 de junio de 2002», *CCJC*, 2002, p. 864, MARTÍN CASALS, M., *op. cit.*, p. 206 y MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «Responsabilidad...», *op. cit.*, p. 1641 y «Sentencia...», *op. cit.*, p. 1110.

decidido sobre la interrupción del embarazo, y, por otro, a un razonamiento que se pone en relación con problemas de cursos causales no verificables o de causalidad hipotética, argumentos y razonamientos ambos que han sido criticados y rechazados por parte de la doctrina (60).

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 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 del profesional sanitario y el error en el diagnóstico preconceceptivo o prenatal, y otro que liga éste con la privación de la libertad de los progenitores o de la facultad de la gestante (61).

Frente a ello, otros posibles perjuicios que pudieran sufrir los progenitores derivados de los mismos hechos se enfrentarán a la dificultad de establecer 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), ya 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 estos daños que se producen tras el nacimiento del niño enfermo.

Concretamente, en la mayoría de los casos, resulta más que dudosa esta imputación de acuerdo con el 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 considerado tolerable por el

(60) La aplicación en este ámbito de la teoría de la pérdida de la oportunidad ha sido criticada por MARTÍN CASALS, M., *op. cit.*, pp. 200-202, así como, fuera de nuestras fronteras, por CHABAS, F., «Note. Cour de Cassation 17 de novembre de 2000», *JCP*, 2000, núm. 50, p. 2310, por poner en duda que exista una verdadera oportunidad perdida respecto del nacimiento y los gastos consiguientes, al residir la decisión del aborto en la madre y no en un evento aleatorio.

Por otra parte, respecto al problema de los cursos causales no verificables, se dice que no existe en estos casos relación de causalidad, porque no se puede saber realmente si la madre habría abortado o si los progenitores habrían decidido no procrear. El dilema que semejante decisión plantea, los numerosos factores que se encuentran implicados -religiosos, familiares, económicos, etc.- y la distinta relevancia que tengan cada uno de ellos en el ánimo de los titulares de la decisión impide que se pueda afirmar con certeza que realmente se habría adoptado la determinación de abortar o de no concebir. Así se apunta, por ejemplo, en la SAP Barcelona de 5 de abril de 2001, así como, principalmente, por BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «STS 7 de junio...», *op. cit.*, p. 864.

(61) Tal nexo causal es igualmente afirmado por BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «STS 7 de junio...», *op. cit.* p. 864 y CECCHINI ROSELL, X., *op. cit.*, p. 190. En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Madrid, de 5 de mayo de 1998, cuando afirma: «la no realización de las pruebas, perfectamente posibles, según el estado de la técnica médica o, al menos, la no información sobre su posibilidad, resultados y riesgos, determinó que la demandante careciera del conocimiento sobre la real situación del embarazo y del feto y, en consecuencia, le privó de la posibilidad de decidir lo que estimara más conveniente en virtud del derecho que el legislador le confiere en tales casos».

Ordenamiento (62). Así, se niega 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 (ha de probarse, pues, que, con seguridad o probabilidad no despreciable, el resultado dañoso se habría producido igualmente, de obrar el dañante diligentemente) (63).

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 (64). 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 estos daños al profesional sanitario.

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.

3. *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 la *Trennungslehre*, de separación entre la vida y el

(62) Así enuncia esta teoría PANTALEÓN PRIETO, A. F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código civil, vol. II*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1577, autor al que ha de atribuírsele el mérito de comenzar a introducir en el ámbito de la responsabilidad civil estos criterios de imputación objetiva para complementar el estudio del elemento de la relación de causalidad desde una perspectiva jurídica. Este autor 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, concluye que, 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. Ver también al respecto REGLERO CAMPOS, L. F., «El nexo...», *op. cit.*, pp. 300-304.

(63) Para comprobar si concurre o no este criterio de imputación objetiva se acude, por tanto, al criterio que ofrece la llamada «conducta alternativa conforme a Derecho». Ver PANTALEÓN PRIETO, A. F., «Causalidad...», *op. cit.*, p. 1590 y «Artículo 1902», en *Comentario del Código civil. T. II*, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1986.

(64) Lo que es cierto es que, con un comportamiento diligente, el riesgo de un «falso negativo» en el diagnóstico disminuye y que, con ello, aumenta la posibilidad de que los progenitores conozcan del mal o defecto del niño. Ahora bien, aunque tampoco es una cuestión que quede fuera de polémica, el hecho de que aumente esta posibilidad de conocimiento por los progenitores del defecto o enfermedad del niño no determina, necesariamente, que aumente por igual la posibilidad de que no se produzcan los daños unidos al nacimiento. Afirmar lo contrario supondría aceptar que, en este contexto, es más probable optar por la no concepción o por la interrupción del embarazo que la alternativa contraria. Sin embargo, es un hecho que no todos los progenitores que conocen de los defectos de su descendencia optan por un aborto. Por ello, en realidad, no se puede saber de forma general si el comportamiento negligente incrementa el riesgo de los daños posteriores al nacimiento, pues este riesgo deriva de un conjunto de factores subjetivos y personales que no se pueden conocer ni graduar *a priori*, ya que dependen de cada persona y de cada caso concreto. Ver al respecto mi monografía, ya citada, pp. 559-562.

daño, pues, 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: es innegable que tales malformaciones existen y que, con toda seguridad, son la verdadera causa del descontento del niño, pero su existencia no se deriva del comportamiento del profesional sanitario, que lo único que hizo fue no detectarlas y ponerlas de relieve frente a los progenitores (65). Igualmente, tampoco se puede identificar el daño en relación a la privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, en tanto que dicha facultad es atribuida por el Ordenamiento a la gestante en atención a sus propios bienes e intereses, no en atención a los del *nasciturus* (66).

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 (67); que es imposible, por otro, considerar como daño lo que es un beneficio (68); o, también, que, de acuerdo con la teoría de la diferencia (teoría que establece el daño a partir de una comparación entre la situación actual de la víctima tras el evento dañoso y la que

(65) Junto a ello, esta identificación del daño se critica sobre argumentos más discutibles, como la imposibilidad de identificar en estos casos un daño corporal, en tanto que el niño ha nacido ya con el defecto. Ver al respecto LAUFS, A., «Haftung für Nachkommenschaden nach § 823 BGB», *NJW*, 1965, p. 1057. Sobre las críticas a estos argumentos, ver NOVELLINO, N. J., *op. cit.*, pp. 249-250 y 263.

(66) 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. De hecho, en este sistema, la gestante no queda obligada a tomar en consideración el interés del no nacido a la hora de adoptar su decisión, aunque, en la práctica, pueda ser uno de los factores que, de hecho, tenga en cuenta.

(67) Se trata, fundamentalmente, de la contrariedad a la moral o al orden público de este concepto. Así lo estudia, fundamentalmente, PICKER, E., *op. cit.*, pp. 535-538 y 543-546. Ahora bien, este argumento sólo es aceptable en cuanto se considere que la moral o el orden público ofrecen directrices universales, consideración que se enfrenta al problema de que no todos los individuos comparten iguales valores. Por ello, este tipo de razonamientos puede llevar a resultados dispares. Un ejemplo muy claro lo pone de relieve TEFF, H. (*op. cit.*, pp. 438-439), cuando destaca que los argumentos de orden público han sido utilizados por los tribunales estadounidenses en ciertos casos, pero han sido rechazados en otros. No se trata, pues, de argumentos concluyentes.

(68) Así se ha afirmado, por ejemplo, en diversos casos de la jurisprudencia estadounidense (v. gr., *Berman v. Allan*: 404 A.2d 8 [1979]; 80 N.J. 421 o *Gleitman v. Cosgrove*: 49 N.J. 22; 227 A.2d 689, 22 A.L.R.3d 1411 [1967]), así como por diversos autores extranjeros (sirvan de ejemplo, GILLON, R., «“Wrongful life” claims», *Journal of Medical Ethics*, 1998, núm. 24, p. 364 y ZIMMERMANN, R., «Kurzbeitrag: “Wrongful life” und “Wrongful birth”», *JZ*, 1997, p. 131). Frente a ello, se critica esta argumentación, principalmente, porque se trata de un razonamiento simbólico o idealista, más que jurídico (de ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Diagnósticos II...», *op. cit.*, pp. 152-153 o TEFF, H., *op. cit.*, pp. 427-428), por lo que el efecto argumentativo del mismo depende de que el valor que le sirve de presupuesto sea compartido. Igualmente, se sostiene que se trata, de nuevo, de un argumento demasiado absoluto, pues habrá de verse en cada caso si la vida es un beneficio, frente a la no existencia (CAPRON, A. M., «Tort liability in genetic counseling», *Colum. L. Rev.*, 1979, núm. 79, pp. 650-651 y nota 151).

tendría de no haber existido tal evento), no existe un daño, pues no se puede comparar la existencia enferma con la inexistencia (69).

Ahora bien, la cuestión no es tan clara cuando se percibe que el problema que late tras ellos reside, por un lado, en el propio concepto de daño y, por otro, en el valor de 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 –hay que añadir ahora– una definición jurisprudencial única o universalmente aceptada. Aunque la cuestión tampoco está doctrinalmente asentada, podemos partir, junto con *Luis Díez-Picazo*, de que se trata de la lesión a un bien o interés jurídicamente protegido o valorado por el legislador (70); y determinar cuáles son estos bienes e intereses es algo que depende de los valores aceptados en la sociedad en cada momento.

Esto nos obliga a tener en cuenta el enfoque de la moral y de la ética que anteriormente se ha dejado de lado; pero hay que puntualizar que 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) (71), puntualización con la que se elimina, al menos, parte del relativismo al que conduce la referencia a estos valores (72).

(69) Se alude a la imposibilidad de llevar a cabo tal comparación, en tanto que uno de los términos de la misma no es conocido, ni resulta cognoscible. Así lo afirman, entre otros, PACE, D. H., «The treatment of injury in wrongful life claims», *Colum. L. J. & Soc. Probs.*, 1986, núm. 20, pp. 150-151, o WINTER, T., «Leben als Schaden? Vom Ende eines französischen Sonderwegs», *JZ*, 2002, núm. 7, p. 333, así como el caso *Gleitman v. Cosgrove*, ya citado. Frente a ello, no obstante, hay que recordar 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, en tanto que resulta difícil establecer un cómputo matemático entre la situación anterior y posterior al daño. Por ello, es rechazada por diversos autores en el contexto de las acciones de *wrongful life* (sirvan de ejemplo TEFF, H., *op. cit.*, pp. 434-435 y TEDESCHI, G., «On tort liability for “wrongful life”», *Israel L. Rev.*, 1966, núm. 4, pp. 537-538).

(70) *Daños...*, pp. 296-297. Se trata de una definición bastante extendida, que responde a la corriente «objetiva» de determinación del daño (es daño resarcible el que lesiona determinados bienes) y que retoma la que, en su momento, hiciera LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts. Band I. Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., Verlag C. H. Beck, München, 1994, pp. 426-427.

(71) En este sentido, GARCÍA SERRANO, F. DE A., *op. cit.*, pp. 806, 814 y 827, destaca que es la vida social la que establece «qué bienes deban ser protegidos, y sólo ella podrá apreciar si una determinada conducta implica o no un ataque a dichos bienes. Y si en lo sustancial aquella escala de valores protegidos permanecerá inmutable, lo segundo en cambio vendrá grandemente influido por las circunstancias de lugar y de tiempo» (p. 827). Más recientemente, en esta misma línea, señala MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho», *AFDUAM*, 1997, núm. 1, p. 316, que la vinculación del juez no es a la ley, entendida de forma rígida o en una sola dimensión, sino entendida como un todo dotado de sentido dentro de su propio contexto, del Ordenamiento jurídico en su conjunto y del sistema social al que se debe y para el que se han establecido sus previsiones.

(72) El relativismo al que conduce el recurso a estos valores sociales viene determinado por cuatro motivos. En primer lugar, se trata de valores abstractos y de difícil identificación, puesto que, junto con los que se consideran con claridad integrados o excluidos en el Ordenamiento (*v. gr.*, los reflejados en principios o valores constitucionales, a los que aquí se hace referencia), la zona de grises es muy amplia. En segundo lugar, se trata de valores que van cambiando con el tiempo, al igual que la moral social. En tercer lugar, se trata de convenciones respecto de las que los individuos concretos pueden mostrarse en desacuerdo, lo que, a su vez, puede llegar a poner en cuestión su aceptación como valor social. Finalmente, en cuarto lugar, estos valores sociales no siempre son puestos en práctica, y, en ocasiones, se produce un divorcio entre los valores sociales y el uso social: una cosa es lo que se dice y otra, lo que se hace.

Pues bien, en este sentido, no hay duda de que, dentro de estos principios y valores –especialmente, entre los identificados dentro del texto constitucional–, se encuentra, sin duda, la vida.

Ahora bien –y aquí entramos en el segundo de los problemas apuntados–, ¿con qué valor se establece la vida en nuestro Ordenamiento?, ¿con un valor absoluto e indiscutible, como pretenden los detractores de estas acciones de responsabilidad, o no tan absoluto e inatacable? Parece que hay que decantarse más bien lo segundo que lo primero; si se estudia el tratamiento que recibe el bien vida en el Ordenamiento, se observa que su protección sufre ciertas relativizaciones en la mayoría de los ordenamientos, incluido el nuestro (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) (73). Se trata de opciones de 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 (74).

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 supremo (75)–, 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 (76). Por todo ello, no se puede descartar, sin más, la concurrencia del elemento del daño en estas acciones.

(73) Aunque 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 derecho a la libertad (v. gr., ROMERO COLOMA, A. M.^a, *La medicina ante los derechos del paciente*, Montecorvo, Madrid, 2002, pp. 162, 174). De hecho, indica GÓMEZ PAVÓN, P., *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 17-18, 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.

(74) Así, GÓMEZ PAVÓN, P., *op. cit.*, p. 15, afirma que el derecho a la vida, al igual que otros, tiene sus límites.

(75) Igualmente, declara HARRER, H., *op. cit.*, p. 35, que la protección constitucional de la vida se despliega en sentido biológico y psicológico, pero que no se ve alterada por el reconocimiento de un derecho a indemnización. Negando esta erosión del valor vida, en el caso *Turpin v. Sortini* (182 Cal.Rptr. 337, 643 P.2d 954, 31 Cal. 3d 220 [1982]) se afirmaba: «it is hard to see how an award of damages to a severely handicapped or suffering child would “disavow” the value of life».

(76) Frente a estas ideas, curiosamente, esta indemnización se ha visto incluso en ocasiones como un apoyo al propio valor de la vida. Como ejemplo de ello, hay que citar, por un lado, a TEFF, H., *op. cit.*, pp. 440-441, que afirma: «it is precisely the recognition of the value of life and the laudable reluctance to stigmatise it when impaired, that should enable «wrongful life» litigation to be kept within socially acceptable limits»; y, por otro lado, a SARGÓS, M. P., «Réparation du préjudice personnel de l'enfant handicapé lorsque son handicap a été contracté *in utero*. Rapport sur l'arrêt de la Cour de Cassation 17 novembre 2000», *JCP*, 2000, núm. 50, p. 2302, que se pregunta: «où est le véritable respect de la personne humaine et de la vie: dans le refus abstrait de toute indemnization, ou au contraire dans son admission qui permettra l'enfant de vivre, au moins matériellement, dans des conditions plus conformes à la dignité humaine sans être abandonné aux aléas d'aides familiales, privées ou publiques?».

Sin embargo, con esto no está todo dicho, pues faltaría por ver si concurren los demás elementos de la responsabilidad, y, como ya se insinuó, es en otro de estos elementos –la relación de causalidad– donde se encuentra su mayor obstáculo. De hecho, la dificultad de realizar 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, debe excluir la posibilidad de reclamar una indemnización por estos hechos a través del instituto de la responsabilidad civil (77).

Concretamente, la imputación objetiva del daño reclamado queda excluida de acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma, que establece que no pueden 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 (78).

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 a los progenitores evitar la concepción o interrumpir 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 señalado, en nuestro Ordenamiento, 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 progenito-

(77) Esto no significa que quede fuera de dudas la relación de causalidad fáctica, sino que el problema que ésta ofrece es, en cierto modo, menor. De hecho, a través de una interpretación de los hechos desde un punto de vista jurídico, y teniendo en cuenta que este enlace, en todo caso, sólo se puede establecer en dos tiempos (uno que media entre el comportamiento del agente y el «falso negativo» y otro entre éste y el daño reclamado por el niño: su nacimiento), este nexo causal fáctico puede llegar a establecerse, al menos, respecto de los supuestos de error en el diagnóstico prenatal (respecto de los casos de diagnóstico preconcepcivo, ver mi monografía, ya citada, pp. 501-504). Así, se trataría de afirmar que el diagnóstico erróneo impide que se constate el presupuesto de hecho sobre el cual ofrece el ordenamiento la facultad de aborto; impide que se pueda alcanzar un diagnóstico que refleje el verdadero estado de salud del embrión o feto, presupuesto del artículo 417 bis.1.3º CP. Con ello, se elimina la posible concurrencia del obstáculo «jurídico» al nacimiento y se permite que la naturaleza siga su curso hasta el mismo. Dicho de otra forma, aunque, desde un punto de vista biológico, el comportamiento del profesional sanitario no causa el nacimiento, jurídicamente, en cambio, se puede considerar en cierto modo que sí, pues tal comportamiento o tal evento elimina la posibilidad de interrumpir el proceso de embarazo y, con ello, tiene como consecuencia que éste se desarrolle hasta su fin; es decir, hasta el nacimiento. Ver al respecto mi monografía, ya citada, pp. 506-511.

(78) PANTALEÓN PRIETO, A. F., «Causalidad...», *op. cit.*, pp. 1580-1582. Sostiene el autor español que se trata de la imputación dentro de la esfera de riesgos típicos de la fuente de peligro que la norma pone a cargo del responsable. Cuando se constata que una determinada conducta infringe una norma, esta constatación sirve para comprobar si la conducta llevada a cabo era una de las que la norma infringida buscaba evitar, en cuyo caso se deberá afirmar la imputación objetiva. De no ser así, no tiene sentido la imputación objetiva del daño, puesto que se imputaría al particular un evento dañoso que es realización de un riesgo que el legislador aceptaba (p. 1584).

Ha de advertirse, no obstante, de 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, G. y JOURDAIN, P., *Traité de droit civil. les conditions de la responsabilité*, dir. J. Ghestin, 2.ª ed., LGDJ, París, 1998, p. 158.

res, que son los que priman y resultan efectivamente protegidos en la situación de conflicto (79). Por ello, el daño que supone vivir no es objetivamente imputable al profesional sanitario cuyo comportamiento impide a los progenitores ejercitar dicha facultad o dicha libertad, pues el fin de protección de la norma no se centra en el interés del niño ante esos supuestos, sino en el interés de los progenitores, que son los que pueden reclamar un daño por la privación de su libertad de procreación o de la facultad de abortar.

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 causalmente tal daño con el comportamiento del profesional sanitario, subsiste el obstáculo que ofrece la faceta jurídica de la relación de causalidad.

Resumiendo, pues, lo dicho, un estudio de estas acciones desde el punto de vista de la responsabilidad y de los requisitos tradicionales de la misma –recordemos la idea de continuidad– 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 no le es imputable objetivamente al profesional sanitario el daño reclamado.

III. 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* en nuestro Ordenamiento, hay que poner en perspectiva el resultado aquí obtenido respecto del destino que han sufrido estas acciones en los países de nuestro entorno (fundamentalmente, Alemania, Estados Unidos, Francia y el Reino Unido), así como por parte del Tribunal Supremo.

En primer lugar, en el ámbito de otros ordenamientos, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria ha tendido, en general, a rechazar las reclamaciones de responsabilidad por *wrongful life* –con contadas excepciones en Estados Unidos (80) y en Francia, con anterioridad a la Ley 2002-303, de 4 de marzo (81)–, si bien en la mayor

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

(80) En Estados Unidos, han sido reconocidas estas demandas al menos en California, Colorado, Nueva Jersey y Washington. Muestra de ello, por orden cronológico, son los casos *Park v. Chessin* (88 Misc. 2d 222, 387 N.Y.S. 2d 204 [Sup. Ct. 1976]), *Curlender v. Bio-Science Laboratories* (165 Cal Rptr 477[Cal CA], 106 Cal. App. 3d 811 [1980]), *Turpin v. Sortini* (182 Cal.Rptr. 337, 643 P.2d 954, 31 Cal. 3d 220 [1982]) y *Harbeson v. Parke-Davis Inc* (98 Wash. 2d 460, 656 P.2d 483 [1983]). Ahora bien, al mismo tiempo, estas acciones han sido rechazadas en dieciséis estados (ver BERENSON, «The wrongful life claim. The legal dilemma of existence versus nonexistence: “to be or not to be”», *Tul. L. Rev.*, 1990, núm. 64, p. 901 nota 30, para una lista de los estados que rechazan esta acción).

(81) Frente a un inicial rechazo de estas acciones, el 17 de noviembre de 2000 la *Cour de Cassation* admitió una demanda de responsabilidad por *wrongful life* y concedió indemnización al niño afectado. Se trataba del famoso caso *Perruche* (para el relato de los hechos, ver SARGÓS, M. P., *op. cit.*, pp. 2293-2294), tras el cual comenzó una línea jurisprudencial de admisión de las reclamaciones de responsabilidad por *wrongful life*, plasmada, entre otras, en tres sentencias de la *Cour de Cassation*

parte de las ocasiones este rechazo se ha apoyado en la idea de la ausencia del daño, no de la relación de causalidad, como he propuesto aquí. En cambio, por lo que respecta a las acciones de *wrongful birth*, está prácticamente generalizada su aceptación, centrándose el debate en 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...) (82); por tanto, también en términos algo distintos a los que aquí se han expuesto.

Por lo que respecta a nuestro Tribunal Supremo, su análisis de estas acciones es relativamente reciente, no en vano la primera sentencia (en que se trataba del caso de una mujer embarazada que no es informada del fracaso de la prueba de amniocentesis a la que se había sometido, dando a luz a un niño con síndrome de Down) es de 6 de junio de 1997, y sólo hay otras tres en los años posteriores (1999, 2002 y 2003). De este análisis hay que extraer, básicamente, tres conclusiones:

– 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 esta forma, aunque en la STS de 6 de junio de 1997 el Tribunal Supremo hablaba de un supuesto 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 (83). Por otra parte, en la STS de 7 de junio de 2002, aunque la acción fue ejercitada también en nombre 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 (84).

de 13 de julio de 2001 y otras dos de 28 de noviembre de 2001. La reacción a estas dos sentencias no se hizo esperar. Los técnicos de diagnóstico prenatal y los ginecólogos comenzaron una huelga 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 concepción social frente a los discapacitados. Paralelamente, el *Comité consultatif national d'éthique* pronunció una recomendación, el 29 de mayo de 2001, en que se recordaba la solidaridad frente a los discapacitados y la libertad de decisión de la madre, y parte de la doctrina se declaró igualmente contraria a esta jurisprudencia (v. gr., KAYSER, P., «Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique?», *Recueil Dalloz-Sirey*, 2001, núm. 24, pp. 1891-1892 o MÉMETEAU, G., «L'action de vie dommageable», *JCP*, 2000, núm. 50, p. 2278). 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* (Ley 2002-303), cuyo artículo 1 recoge la regulación de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. En concreto, rechaza las demandas de *wrongful life* y remite la indemnización al niño al sistema de *solidarité nationale*. En cambio, acepta la demanda por lesiones prenatales directas y la de *wrongful birth* en reclamación de los daños sufridos por los progenitores, aunque limitando la indemnización a los daños que ellos mismos experimenten.

(82) Así, por ejemplo, en Estados Unidos no es unánime la concesión de indemnización a los progenitores por el daño personal sufrido (*emotional distress*) y, por lo que respecta al daño patrimonial, la mayoría de los tribunales sólo admiten la indemnización por los gastos especiales o extraordinarios; duda que se plantea en igual sentido en Alemania. Ver al respecto mi monografía, ya citada, pp. 123 y 136-138.

(83) Ver al respecto, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», *La ley*, 1998, D-168, p. 1703.

(84) Ver al respecto mi comentario, ya citado, pp. 1033-1035.

– 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) y 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: se concede indemnización sólo por la negligencia de los profesionales sanitarios intervinientes, aunque se encubre que el Tribunal Supremo considera que existe un daño por privación de la posibilidad de decidir). No existe, pues, jurisprudencia al respecto, ni a favor, ni en contra, pues la *ratio decidendi* de cada caso es distinta (85).

– La tercera es que en las cuatro 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 aborto: 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 (86); 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 (87); en la tercera (STS de 7 de junio de 2002), se le da valor implícitamente, aunque se rechace por falta de pruebas (88), y en la cuarta (STS 18 de diciembre de 2003), ni siquiera se trata la cuestión.

(85) Sobre estas sentencias ver, especialmente, sus comentarios. Concretamente, para la STS de 6 de junio de 1997, BUSTOS PUECHE, J. E., «Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997», *La Ley*, 1997 (5), D-250, pp. 1699-1701, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., *op. cit.*, pp. 1700-1710 y UREÑA MARTÍNEZ, M., «Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997», *CCJC*, 46, 1997, núm. 1223, pp. 1105-1116; para la STS de 4 de febrero de 1999, de ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «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.*, 1999, núm. 10, pp. 117-155, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «STS de 4 de febrero de 1999», *CCJC*, núm. 50, 1999, núm. 1373, pp. 841-859; para la STS de 7 de junio de 2002, de ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «La tercera...», *op. cit.*, pp. 179-202, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «STS 7 de junio...», *op. cit.*, pp. 857-865, MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «Sentencia...», *op. cit.*, pp. 1097-1121; y, finalmente, para la STS de 18 de diciembre de 2003, mi comentario, ya citado, pp. 1023-1040 y MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «Responsabilidad por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). A propósito de la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003», *Práctica de Derecho de daños: revista de responsabilidad civil y seguros*, 2004, núm. 16, pp. 5-22.

(86) FJ 3: «Si (la madre) hubiera sabido con el suficiente tiempo el fracaso de las pruebas determinantes de la situación del feto, dentro del límite del tiempo legal, hubiera actuado en consecuencia y dentro del amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se hubiera prestado a la intervención médica de interrupción del embarazo».

(87) FJ 5: «(E)s una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo».

(88) FJ 4: «No existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo (...). El hecho de que aquella manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo».

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 conllevan 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 vigésimo tercera y trigésimo tercera semana del embarazo; es decir, fuera del plazo establecido por el artículo 417.bis.1.3.^a CP 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)⁽⁸⁹⁾. 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 desde este trabajo –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 –puntualizo– 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 Ordenamiento (90). Ese cambio corresponderá, si acaso, únicamente al legislador; y, hasta que éste actúe, habremos de conformarnos con la idea de continuidad.

(89) Ver al respecto mi comentario, ya citado, pp. 1036-1040.

(90) En este sentido, afirman MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «Sentencia...», *op. cit.*, p. 1121: «el derecho de daños no debe suplir la función que los ordenamientos de nuestro entorno encomiendan a los servicios sociales públicos. Es el Estado social –y no el profesional sanitario– quien debe asumir la carga y los costes que derivan de la asistencia a personas discapacitadas». Igualmente, esta opinión quedaba recogida por la STS de 4 de febrero de 1999, cuando establecía: «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 (...) Y ello tanto respecto de las madres que no pudieron optar por la interrupción, como de aquéllas que deciden proteger la vida de quien además llega a nacer».

