



Documento de trabajo
SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIAS SOCIALES

**ACCIONES *WRONGFUL BIRTHY WRONGFUL LIFE*: UNA
CONTROVERTIDA VÍA DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

M^a Nieves Pacheco-Jiménez

SPCS Documento de trabajo 2011/2
<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

© de los textos: sus autores.

© de la edición: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Autor:

M^a Nieves Pacheco Jiménez

MaríaNieves.Pacheco@uclm.es

Edita:

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca

Seminario Permanente de Ciencias Sociales

Codirectora: Silvia Valmaña Ochaíta

Codirectora: María Cordente Rodríguez

Secretaria: Pilar Domínguez Martínez

Avda. de los Alfares, 44

16.071-CUENCA

Teléfono (+34) 902 204 100

Fax (+34) 902 204 130

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

I.S.S.N.: 1887-3464 (ed. CD-ROM) 1988-1118 (ed. en línea).

D.L.: CU-532-2005

Impreso en España – Printed in Spain.

ACCIONES *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*: UNA CONTROVERTIDA VÍA DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

M^a Nieves Pacheco-Jiménez¹

Área de Derecho Civil, Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

El avance de la Ciencia Médica, concretamente en el ámbito de las técnicas de diagnóstico prenatal que posibilitan la detección de malformaciones genéticas en el embrión y en el feto, y la amplia generalización de la interrupción legal del embarazo en salvaguarda de los intereses de las gestantes, han promovido la aparición de aquellas demandas judiciales interpuestas por padres o hijos contra los profesionales especializados de la Medicina y las instituciones públicas o privadas donde desempeñan su trabajo cuando nace un hijo con algún defecto congénito que pudo haber sido detectado durante el embarazo, a tiempo de poder interrumpirlo dentro del plazo legalmente previsto, y sin embargo no se informó o se emitió un diagnóstico erróneo sobre dicha anomalía genética.

La acción *wrongful birth* es ejercitada por los progenitores del niño nacido enfermo en reclamación de los daños (patrimoniales y morales) relacionados con el hecho de tal nacimiento. La acción *wrongful life* es interpuesta por el propio niño en reclamación de los daños (patrimoniales y morales) que le suponen el hecho de haber nacido en tales condiciones.

Este documento de trabajo tiene por objeto analizar el origen de dichas acciones, así como su evolución, a través del estudio de sentencias relevantes, y su aplicabilidad práctica en nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: responsabilidad, daño, indemnización, *wrongful birth*, *wrongful life*.

Indicadores JEL: I10, K10, K32.

¹ MariaNieves.Pacheco@uclm.es

ABSTRACT

The Medical Science advance, particularly in the field of prenatal diagnostic techniques, which allow the genetic malformations detection in the embryo and fetus, and the wide spread of legal abortion to safeguard the pregnant interests, have promoted the appearance of those lawsuits (*wrongful birth* and *wrongful life*) filed by parents or children against medical professionals and public and private institutions where they perform their work when a child is born with such a birth defect that could have been detected during pregnancy, within the deadline legally established to interrupt it, and however they weren't reported or were incorrectly reported about this genetic abnormality.

This research aims to provide a complete view of the origin and evolution of *wrongful birth* and *wrongful life* actions, and illustrate its practical applicability in the Spanish legal system.

Key words: responsibility, injury, compensation, wrongful birth, wrongful life.

JEL-codes: I10, K10, K32.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos se puede apreciar un incremento en la oferta y demanda de servicios profesionales más especializados. En España ello obedece al aumento del nivel de bienestar global en el entorno social, unido a un acceso masivo a los bienes de consumo, así como a un imparable desarrollo tecnológico y científico.

El ámbito sanitario participa de esta evolución, llevando a sus profesionales a servirse de conocimientos y habilidades cada vez más rigurosos, en aras a un adecuado y correcto desempeño de su actividad profesional. Pueden reseñarse en este punto tres elementos clave: 1) La notable progresión de sus obligaciones y deberes, tanto de carácter general (necesidad de una mayor preparación y cualificación) como específicas (vinculación con cada paciente a través de los deberes de información y de secreto). 2) La asunción de riesgos mayores respecto a los pacientes dada la amplitud y efectividad de las prestaciones sanitarias. 3) La sustancial modificación de las tradicionales relaciones entre profesional y paciente, y

consecuentemente en el campo de la responsabilidad, en base a la posesión de conocimientos más especializados.

Así pues, en la medida en que la actuación diaria de los profesionales de la Medicina incide en la vida, la integridad física y psíquica de las personas, la exigencia de responsabilidades a aquéllos es mucho más estricta. Es aquí donde alcanza su máxima expresión la denominada “lex artis ad hoc” o modelo de conducta por el cual han de regirse las actuaciones de los profesionales sanitarios en el desempeño de sus tareas, adaptando su diligencia al caso concreto y a las circunstancias en que las mismas se desarrollen, teniendo en cuenta especiales características (v. gr., el autor del acto médico, la profesión, la complejidad y trascendencia vital del paciente) y, en su caso, la influencia de otros factores (v. gr. estado e intervención del enfermo, de sus familiares, de la organización sanitaria, etc.). Precisamente, la STS 25 abr. 1994 (RJ 1994, 3073) desglosa en su Fundamento de Derecho Tercero los deberes que componen la “lex artis”: A) Utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento. B) Información del diagnóstico, pronóstico, riesgos y medios de los que se dispone. C) Continuación del tratamiento hasta el momento en que el enfermo pueda ser dado de alta. D) Información de la necesidad de cuidados o actuaciones posteriores para evitar el agravamiento o repetición de la dolencia en los supuestos de enfermedades calificadas de crónicas o evolutivas.

En el específico ámbito de las técnicas de diagnóstico prenatal², que posibilitan la detección de malformaciones genéticas en el embrión y en el feto, el avance de la Ciencia Médica y la amplia generalización de la interrupción legal del embarazo en salvaguarda de los intereses de las gestantes, han promovido la aparición de aquellas demandas judiciales interpuestas por padres o hijos contra los profesionales de la Medicina y las instituciones públicas o privadas donde desempeñan su trabajo cuando nace un hijo con algún defecto congénito que pudo haber sido detectado durante el embarazo, a tiempo de poder interrumpirlo dentro del plazo legalmente previsto, y sin embargo no se informó o se informó erróneamente sobre dicha anomalía genética.

² La Organización Mundial de la Salud (OMS) define el diagnóstico prenatal como “todas aquellas acciones prenatales que tengan por objeto la detección y/o el diagnóstico de un defecto congénito, entendiendo 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”.

2. MÉTODO

Este trabajo tiene por objeto analizar desde una perspectiva crítica, y en base a los pronunciamientos de sentencias relevantes en la materia, el origen de las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*, así como su evolución y su aplicabilidad práctica en nuestro ordenamiento jurídico.

3. ORIGEN DE LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*

Aunque el origen de las reclamaciones de responsabilidad relacionadas con el comienzo de la vida se encuentra en las acciones de *disadvantaged* o *dissatisfied life* (vida insatisfactoria)³, ejercitadas por los hijos frente a sus progenitores en reclamación por el perjuicio que les habría supuesto haber nacido en el seno de circunstancias familiares o sociales desventajosas (Macía Morillo, 2005), las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* difieren de aquéllas en el hecho de la enfermedad que sufre el niño, y que constituye la base sobre la cual se establece su reclamación, y no en una tacha de tipo social (Macía Morillo, 2005).

El inicio de las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* reside en EEUU: Por un lado, en el caso *Gleitman vs. Cosgrove* (1967) se negó la indemnización por *wrongful birth* y *wrongful life* en el supuesto de un niño afectado de diversas malformaciones producidas a 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 sobre argumentos de orden público e imposibilidad de identificar la existencia de un daño frente a la preciosidad de la vida (Macía Morillo, 2006). Posteriormente, en el caso *Jacobs vs. Theimer* (1975) se admitió la indemnización por *wrongful birth* basada en el nacimiento de un hijo con defectos congénitos debido a que la madre contrajo la rubéola en el primer mes de embarazo y el médico no lo diagnosticó correctamente.

³ Radican en el caso *Zepeda vs. Zepeda* de 1963 (demanda de un niño frente a su progenitor por el hecho de haber nacido ilegítimo; el padre había convencido a la madre para mantener con él relaciones sexuales, bajo la promesa de matrimonio posterior; matrimonio que nunca se produjo, por lo que el niño nació bajo el estigma de la ilegitimidad).

4. SITUACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En España, la presentación de la primera demanda *wrongful birth* data de 1997 [STS 6 jun. 1997 (RJ 1997, 4610)]⁴. Configura un supuesto inédito hasta entonces en la jurisprudencia española: Una gestante, ante una situación derivada de un diagnóstico de alto nivel de riesgo, tanto para la madre como para el feto, acude al Hospital en el que se le prescribe por el facultativo la realización de una amniocentesis. Dicha prueba fracasó, conociéndose su resultado el 7 de julio, sin que se le notificara a la paciente tal evento hasta septiembre siguiente, a pesar de que el 14 de julio aquélla demostrara su interés en conocer el resultado. Cuando la paciente conoció el fracaso de las pruebas ya no se podía proceder de manera legal y correcta a interrumpir voluntariamente su embarazo por haber transcurrido el plazo legal para ello. En base a todo ello, la madre, en nombre propio, interpuso demanda de responsabilidad en reclamación del daño derivado del nacimiento de su hijo con síndrome de Down. El Juzgado de Primera Instancia de Valencia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia de instancia; pero el Tribunal Supremo acogió parcialmente el recurso y condenó al Servicio Valenciano de Salud y a la doctora sustituta a pagar solidariamente a la demandante 50 millones de pesetas (aprox. 300.000 Euros) en concepto de daños morales y materiales.

Es destacable la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 17 sep. 2002 (AC 2002, 1929) por su contenido clarificador sobre el concepto, la naturaleza y la viabilidad de las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*. En este punto nos interesa la definición ofrecida de las meritadas acciones: “grupo de casos de responsabilidad médica en relación con error en el diagnóstico prenatal por falta de realización o defectuosa realización del diagnóstico, produciéndose con ello la consecuencia (...) del riesgo de enfermedad congénita de la criatura concebida, resultando que el feto sufre la dolencia y nace con tales defectos, no disponiendo ya la mujer de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido” (*vid.* Fundamento de Derecho Primero).

Estas demandas no son ajenas al rechazo de tipo ético y moral motivado por el planteamiento de una indemnización en base a un daño centrado en el nacimiento mismo de un hijo. La afirmación de la responsabilidad parece chocar frontalmente con la idea de la vida como bien más preciado del ser humano y con la dignidad de la persona, que se pone en

⁴ Aunque en esta sentencia se hablaba de un supuesto de *wrongful life*, se trataba realmente de un caso de *wrongful birth*.

cuestión en el momento en que se afirma su propia existencia como daño (Macía Morillo, 2005). La solución pasa por separar (doctrina alemana de la separación: *Trennungslehre*) el daño reclamado de la vida del hijo, centrando aquél, bien en la lesión de la libertad de procreación que se reconoce a todo sujeto en virtud del art. 10.1 CE, bien en la facultad de la madre de interrumpir voluntariamente el embarazo, bien en los gastos que acarrea el niño (carga suplementaria que para los padres representará su sostenimiento y educación) –que son distintos a su vida-.

5. ACCIÓN DE *WRONGFUL BIRTH*

5.1. Concepto y fundamento

La acción de *wrongful birth* es aquella demanda judicial interpuesta contra el médico por los padres de un niño nacido con discapacidad. El médico o genetista es responsable de un daño al no proponerle a la madre una serie de pruebas, o bien al no detectar o no avisar a la mujer embarazada sobre la enfermedad o anomalía que sufre el feto, a tiempo de que ésta pueda abortar amparada por la Ley. La demanda puede ser ejercitada por ambos progenitores o por sólo uno de ellos – generalmente la mujer- (Macía Morillo, 2005). Su fundamento estriba en la reclamación de una indemnización basada tanto en el quebranto moral como en el quebranto económico derivado de haber tenido un hijo aquejado de una enfermedad o anomalía genética. Los progenitores ejercen esta acción contra el médico ya que la gestante, debido a su negligencia, se vio privada de la oportunidad (teoría de la pérdida de la oportunidad⁵) de tomar una decisión informada sobre la continuidad o interrupción de su embarazo. Lo relevante aquí no es el sentido en que la madre hubiera ejercitado dicha facultad, sino la pérdida de la facultad misma. No obstante, la aplicación en este ámbito de la señalada teoría ha sido criticada por algunos autores por poner en duda que exista una verdadera ocasión perdida respecto del nacimiento y los gastos consiguientes, al residir la decisión del aborto en la madre y no en un evento aleatorio (Martín Casals y Solé Feliu, 2002).

⁵ En el derecho francés, para que exista la “perte d’une chance”, es requisito imprescindible que la producción del suceso para la víctima sea aleatorio, casual, producto del azar, sin que la materialización del evento pueda depender en ningún caso de la voluntad de la misma.

La conducta negligente del médico que ha impedido ejercitar la facultad de interrumpir legalmente el embarazo lesiona el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) de la madre; por tanto, los daños indemnizables serán aquéllos que deriven de dicha lesión.

El pertinente análisis jurisprudencial refleja los supuestos en los que se han estimado demandas de *wrongful birth* (Salàs Darrocha, 2005; Macía Morillo, 2006): “falsos negativos” o 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; falta de realización de las pruebas diagnósticas indicadas según la *lex artis ad hoc*; incorrecta realización de dichas pruebas; no llegar a su destino el resultado de una prueba; no informar de los riesgos del embarazo de alto riesgo; insuficiencia de la información; falta de toda información.

En definitiva, puede decirse que en todos los casos lo determinante a la hora de condenar o no es la observancia de los protocolos obstétricos vigentes en el momento de que se trate y en cumplimiento con los derechos de la embarazada que se recogen en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía de paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁶. Así pues, la información⁷ (que ha de referirse al diagnóstico, al pronóstico, a las alternativas de tratamiento, al grado de urgencia, a los posibles riesgos y a las consecuencias del tratamiento) es la base y el presupuesto del llamado “consentimiento informado”⁸, configurado como “una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia” [SSTS 12 ene. 2001 (RJ 2001, 3); 11 may. 2001 (RJ 2001, 6197)]. De ahí que una información defectuosa e inexacta puede ser causa de un vicio en aquél y generar responsabilidad para el médico por los daños en que pudiera materializarse el riesgo creado. No obstante, algún sector crítico estima la posibilidad de que los profesionales sanitarios, por

⁶ BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

⁷ Art. 4 Ley 41/2002: derecho a la información asistencial.

Aptdo. 2: “La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”.

⁸ Art. 8 Ley 41/2002: consentimiento informado.

Aptdo. 1: “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

Aptdo. 5: “El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”.

temor a una demanda de responsabilidad, aboguen por una medicina defensiva, entendida como aquella práctica médica que solicita a los pacientes análisis, pruebas diagnósticas o consultas innecesarias con el objeto de cubrirse ante potenciales reclamaciones legales, acarreado un sobrecoste económico. Pero la exigibilidad al profesional médico debe interpretarse correctamente, incidiendo en el escrupuloso deber de información y actuando conforme a la “lex artis”, que no se puede considerar excesiva.

5.2. Viabilidad: libertad de procreación y despenalización del aborto

Evidentemente, para que prospere esta acción en un ordenamiento jurídico son precisos dos presupuestos: reconocimiento de la libertad de procreación y legalidad del aborto por motivo embriopático (esto es, malformaciones genéticas). De ahí que, cuanto más amplia y flexible sea la regulación legal del aborto, mayor será el alcance de la eventual responsabilidad de los médicos negligentes por no practicar las pruebas pertinentes que hubiesen detectado las deficiencias del feto, no advertir de ellas a la madre, no informar de la posibilidad de interrumpir el embarazo, o por suministrar esas informaciones fuera del tiempo legalmente oportuno (Martín Casals, 2000).

Aunque en el ordenamiento jurídico español no existe una consagración expresa de la libertad de procreación, sí que puede afirmarse la concurrencia de un “estatuto jurídico de la reproducción humana”, disperso en diversas normas: Constitución Española; Ley 14/1986, General de Sanidad; Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida; y Ley 14/2007, de Investigación Biomédica.

En el concreto ámbito de la despenalización del aborto, la STC 53/1985, de 11 de abril, evitó considerar al feto en proceso de gestación como titular del derecho a la vida y se limitó a considerarle como un “bien jurídico constitucionalmente protegido”. Esta calificación implica la obligación del Estado de desplegar los mecanismos necesarios para proteger la vida del “nasciturus”, pero también que esa protección cese cuando su vida entra en conflicto con otros derechos de la mujer protegidos constitucionalmente, como su vida, su integridad física o moral, su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. Así, en el supuesto del aborto eugenésico, se resuelve el conflicto entre la vida del ser en vías de formación y la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la madre a favor de ésta, si el nacimiento de un hijo con anomalías ha de comportar una carga que “excede de lo que normalmente es exigible a la madre y a la familia”, y que resulta “agravada en muchos casos por la insuficiencia de

prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva”.

Actualmente, la facultad de abortar se encuentra regulada en la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo⁹, que reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, y que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada, en atención al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE).

5.3. Relación de causalidad

No obstante, la verdadera dificultad en las demandas de *wrongful birth* es determinar la relación de causalidad entre el nacimiento y la acción u omisión del médico, que se encuentra quebrada por la supuesta decisión de la madre de abortar o no. Aquí entra en juego el recurso a los denominados “cursos causales no verificables” o la también llamada “causalidad hipotética”: en primer lugar ha de determinarse si la culpa del médico fue “causa” de que la madre no pudiera abortar; en segundo lugar se ha de verificar que, si aun habiéndose dado el primer curso causal, y la madre hallarse en posibilidad física y legal de abortar, ésta habría decidido hacerlo. Así pues, el problema estriba en probar si la madre efectivamente habría abortado.

Para un sector doctrinal resulta imprescindible que la madre declare que, de haber podido, hubiera optado por interrumpir el embarazo; siendo suficiente, por tanto, la simple declaración “a posteriori”, sin que pueda ser rebatida mediante el argumento de que su trayectoria personal revela unas convicciones morales que hacen inverosímil que hubiese abortado (De Ángel Yagüez, 1999). Sin embargo, para otro sector doctrinal, al entender que el daño consiste en la mera privación de la posibilidad de optar en torno a la interrupción voluntaria del embarazo, su hipotética voluntad resulta irrelevante (Bercovitz Rodríguez-Cano, 1999; Díez-Picazo, 1998).

Lo que sucede en la práctica es que el médico, ante la imposibilidad de probar que proporcionó la información requerida, alega que, si la hubiera proporcionado, el resultado hubiese sido el mismo, esto es, que la madre no hubiera abortado. Esta táctica incorporaría la conocida doctrina germánica de la “conducta alternativa conforme a Derecho”, que, aplicada

⁹ BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010.

al ámbito de la responsabilidad médica, consiste en que un daño no es imputable a su causante si, de haber actuado él mismo conforme a Derecho, se hubiera producido el mismo tipo de daño y su misma extensión. No obstante, esta doctrina presenta reparos: si el deber del médico de proporcionar la información necesaria encuentra su justificación en la necesidad de que el paciente, de forma consciente y libre, decida en torno a sus derechos más fundamentales, como la integridad física, la dignidad, el libre desarrollo de su personalidad o, en general, el derecho a su autodeterminación, y dicho deber se configura en beneficio del paciente, es cuanto menos chocante que de su infracción pudiera beneficiarse el médico mediante el recuso a la citada doctrina. Es más, si el médico alega que en caso de haber actuado él de modo diligente el daño se habría producido de todos modos, tendrá que ser él quien así lo demuestre y, consecuentemente, probar que, de haber proporcionado la información, la madre gestante no habría abortado (Martín Casals y Solé Feliu, 2002).

5.4. Daños indemnizables: patrimoniales y morales

Los daños cuya indemnización se solicita en la demanda de *wrongful birth* son tanto patrimoniales como morales (Salàs Darrocha, 2005; Vivas, Tesón, 2003).

Los daños patrimoniales se materializan en los gastos extras motivados por las anomalías físicas o psíquicas del hijo: médicos y sanitarios, de adaptación de la vivienda familiar, de adquisición o adaptación de un vehículo adecuado para su transporte, de escolarización especial; salario de la persona que deba atender al hijo; pérdida de ingresos que experimenta el progenitor que ha tenido que abandonar el trabajo o reducir su jornada laboral para atender al hijo enfermo, etc. (Martín Casals y Solé Feliu, 2002).

Los daños morales, por su parte, son los derivados de los sufrimientos y padecimientos que ocasiona a los padres¹⁰ el nacimiento y ulterior crecimiento del hijo con malformaciones (v. gr., sufrimiento psíquico o espiritual, sentimientos de impotencia, zozobra, ansiedad, angustia) (Martín Casals y Solé Feliu, 2002).

¹⁰ También son destinatarios de esta indemnización los abuelos y hermanos del nacido, siempre y cuando convivan con el mismo. (Salàs Darrocha, 2005).

6. ACCIÓN DE *WRONGFUL LIFE*

6.1. Concepto y fundamento

La acción de *wrongful life* es aquella demanda judicial que interpone en su propio nombre el hijo –o sus representantes legales- que ha nacido con alguna enfermedad o anomalía congénita contra el médico solicitando una reparación por el daño que experimenta: su propia vida (Macía Morillo, 2005).

Se alega que el profesional sanitario tenía un deber con el niño y que ese deber fue incumplido. No se arguye, pues, que la negligencia del personal sanitario fuera la causa de su lesión o de su enfermedad, sino que la negligencia –por no detectar las anomalías o por informar erróneamente a sus padres- dio lugar al nacimiento. A este tipo de demandas no resulta tan fácil de aplicar la técnica de la *Trennungslehre*, de separación entre la vida y el daño ya que parece quedar fuera de dudas que es la propia vida la que se reclama como daño. (Macía Morillo, 2005).

A diferencia de los supuestos de *wrongful birth*, donde se rechazaba el argumento de la “pérdida de la oportunidad”¹¹ en relación con la madre porque faltaba el factor de aleatoriedad respecto del resultado, en las demandas de *wrongful life* sí que es posible acudir a dicha doctrina, en la medida en que la decisión de abortar o no correspondería a la madre, siendo ésta tercero respecto del hijo y, en consecuencia, tal decisión devendría ajena a la esfera de control de la víctima. Así, el hijo podría alegar la pérdida de oportunidad si probase de forma concluyente que la madre no habría abortado (Martín Casals y Solé Feliu, 2002).

Nuestro Tribunal Supremo aún no ha dictado ninguna sentencia que resuelva un supuesto de *wrongful life*, quizás por las particulares connotaciones que este tipo de acción posee. Para procurar un mejor entendimiento de aquéllas resulta conveniente señalar la llamada *Doctrina Perruche*, elaborada a raíz de la Sentencia del Tribunal de Casación Francés de 17 de noviembre de 2000 (Macía Morillo, 2006; Vivas Tesón, 2003): Nicolás Perruche nació en 1983, deficiente profundo, sordo y casi ciego. Su madre había padecido rubéola durante el embarazo y afirmaba su voluntad de abortar si el feto estaba afectado por la infección; pero los médicos diagnosticaron erróneamente la ausencia de contagio. Tras el nacimiento, los médicos fueron demandados por los padres del niño, en nombre propio y en el de su hijo, para que se le reconociera el perjuicio (el del niño, aquejado de una deficiencia

¹¹ *Vid. supra.*, p. 6.

física o mental, fuente de sufrimientos para él y para sus padres; el del Estado, pues la Seguridad Social y el Sistema Educativo se hacen cargo de la salud pública y la escolarización, y deberán soportar los gastos, a menudo muy onerosos, de la asistencia que necesitará el niño; el de la Humanidad, en caso de transmisión de la enfermedad genética) sufrido por éste. La Corte de Casación se pronunció a favor de los demandantes, reconociendo que la negligencia médica había impedido a la madre decidir sobre la interrupción legal del embarazo y evitar, así, el nacimiento de un hijo con graves anomalías.

La decisión del Tribunal de Casación francés provocó dos situaciones: 1) Comenzó una línea jurisprudencial de admisión de las reclamaciones de responsabilidad *wrongful life*. 2) Abrió de inmediato una cascada abrumadora de cuestiones médicas, éticas, sociales y filosóficas: los técnicos de diagnóstico prenatal y los ginecólogos comenzaron una huelga en protesta por este tipo de fallos; las asociaciones de familiares de discapacitados protestaban por el efecto que podían tener tales fallos sobre la concepción social de los discapacitados.

Ante tales presiones, el Parlamento francés se vio obligado a pronunciarse sobre la cuestión y promulgó la Ley 2002-303, de 4 de marzo, 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 solidaridad nacional (Seguridad Social) y acepta las demandas de *wrongful birth* en reclamación de los daños sufridos por los progenitores, aunque limitando la indemnización a los daños que ellos mismos experimenten.

6.2. Daños indemnizables: patrimoniales y morales

El hijo demandante argumenta que, de no haber sido por el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad, interesando por ello indemnización en concepto de:

- a) Daños económicos que acarrea su vida enferma (v. gr., educación especial, cuidados médicos, transporte especial, adecuación de vivienda, etc.)¹².
- b) Daño moral por el hecho mismo de haber nacido, ya que considera que hubiera sido mejor para él no haber nacido que vivir en las condiciones en las que lo hace.

¹² Vid. *supra*, p. 10.

6.3. Viabilidad de la acción

Atendiendo al fundamento de la demanda de quien la ejercita, esto es, el hecho de haber nacido con graves anomalías genéticas, hay que tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico ni la facultad de abortar ni la libertad de procreación se establecen en atención al interés del niño de no nacer, sino en atención a los intereses de la gestante o de los progenitores, que son los que priman y resultan efectivamente protegidos en la situación de conflicto (Macía Morillo, 2006).

7. CONCLUSIONES

En la práctica jurisprudencial española, las demandas de *wrongful birth* han experimentado un paulatino aumento desde la precursora sentencia del Tribunal Supremo de 1997, siendo lo verdaderamente complicado desde el punto de vista jurídico la determinación del nexo causal y la prueba concluyente de la auténtica intención de la madre sobre la facultad de abortar. Sin embargo, hoy por hoy, no existe ningún pronunciamiento sobre las acciones de *wrongful life*; quizás por las particulares connotaciones que este tipo de acción posee, pues no hay que olvidar la compleja concurrencia de los ámbitos moral, filosófico y jurídico en esta materia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1999). “Comentario a la STS 4 de febrero de 1999. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones”, *CCJC*, nº 50.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1999). “La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth* (4 de febrero de 1999). ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?”, *Rev. Der. Gen. H.*, nº 10, Bilbao.

- DÍEZ-PICAZO, G. (1998). “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3.
- MACÍA MORILLO, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Tirant lo Blanch.
- MACÍA MORILLO, A. (2006). “Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10.
- MANNSDORFER, T.M. (2001). “Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, *wrongful life* y tendencias (especial atención al derecho suizo)”, *Rev. Der. Gen. H.*, nº 15.
- MARTÍN CASALS, M. (2000). “Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right”. En U. Magnus, J. Spier y H. Koziol (eds.), *European Tort Law. Liber Amicorum for Helmut Koziol*.
- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. (2002). “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”, *CCJC*, nº 60.
- SALÀS DARROCHA, J.T. (2005). “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Actualidad Administrativa*, nº 22.
- USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN, J.A. (1999). “Problemas éticos y legales en el ejercicio de la profesión obstétrico-ginecológica”, *Tratado de Obstetricia y Ginecología*, vol. II, McGraw-Hill Interamericana, Madrid.
- VIVAS TESÓN, I. (2003). “La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: Análisis jurisprudencial”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 11.