

RESPONSABILIDAD MÉDICA DERIVADA  
DE NEGLIGENCIA EN EL DIAGNÓSTICO PRENATAL:  
ACCIONES WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE.

REPERCUSIÓN DE LA PROYECTADA LEY DE PROTECCIÓN  
DE LA VIDA DEL CONCEBIDO

**M<sup>a</sup> Nieves PACHECO JIMÉNEZ<sup>1</sup>**  
*Prof. Contratada Doctora Derecho Civil UCLM*

**SUMARIO**

- I. Introducción.*
- II. Contextualización en el ordenamiento jurídico español.*
- III. Análisis de la acción de wrongful birth.*
- IV. Análisis de la acción de wrongful life.*
- V. Repercusión de la proyectada ley de protección de la vida del concebido.*
- VI. Consideraciones finales.*
- VII. Bibliografía.*

## ***I. Introducción.***

Resulta innegable que el ámbito sanitario participa de la constante evolución tecnológica y científica, 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.

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<sup>2</sup> desglosa en su Fundamento de Derecho Tercero los deberes que componen dicha "lex artis"; a saber: 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.

El avance de la Ciencia Médica, concretamente en el ámbito de las técnicas de

2 (RJ 1994, 3073).

diagnóstico prenatal<sup>3</sup>, que posibilitan la detección de malformaciones genéticas<sup>4</sup> 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 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.

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), que radican en el caso *Zepeda vs. Zepeda* de 1963<sup>5</sup>, 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

3 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, 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".

Principales técnicas diagnósticas prenatales (SALÁS DARROCHA, J. T.: "Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *Actualidad Administrativa*, núm. 22, 2005, pp. 2698 y 2699): amniocentesis diagnóstica (punción del saco amniótico con una aguja trocar de calibre fino, extrayendo unos 15 centímetros cúbicos de líquido amniótico que rodea al feto y obteniendo células fetales que permiten realizar el estudio genético; no se realiza de manera rutinaria en todas las mujeres embarazadas, sino cuando existe un mayor riesgo de defectos congénitos cromosómicos y genéticos, conllevando ciertos riesgos: desencadenamiento de un aborto, muerte fetal *in utero*, lesiones, infecciones o perturbaciones fetales, sangrados vaginales, desprendimiento de placenta, etc.); valoración de proteína fetal alta; estudios espectrofotométricos; patrones de cromatina del sexo; cultivos celulares; ultrasonografía; muestreo de vellosidades coriónicas (extracción de material del corión – naturaleza extra-amniótica y mismo ADN que el feto-); transfusión fetal intrauterina; cordocentesis; tomografía por computadora e imágenes de resonancia magnética; amniografía y fotografía; amniofiltración; celocentesis; vigilancia fetal.

4 El número de malformaciones fetales diagnosticadas durante el embarazo crece continuamente (USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN, J. A.: "Problemas éticos y legales en el ejercicio de la profesión obstétrico-ginecológica", en *Tratado de Obstetricia y Ginecología*, vol. II, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1999, p. 581). En la actualidad es posible diagnosticar unas 400 enfermedades y discapacidades genéticas (MANNSDORFER, T.M.: "Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, *wrongful life* y tendencias (especial atención al derecho suizo)", en *Rev. Der. Gen. H.*, 2001, núm. 15, p. 114).

5 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. (MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006, p. 44).

sociales desventajosas<sup>6</sup>, 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<sup>7</sup>.

El inicio de las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* radica en Estados Unidos. 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<sup>8</sup>. 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.

## II. Contextualización en el ordenamiento jurídico español

En España, la presentación de la primera demanda *wrongful* data de 1997 (STS 6 jun. 1997)<sup>9</sup>. 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

6 MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, 2005, p. 44.

7 MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 75.

8 MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general...", *op. cit.*, p. 67.

9 (RJ 1997, 4610). Esta sentencia plantea ciertos problemas de calificación ya que su desarrollo confunde *wrongful life* y *wrongful birth*. Estando el supuesto de *wrongful life* excluido formalmente por nuestro ordenamiento, esta sentencia califica de daño moral el nacimiento mismo del ser discapacitado, cuando también hace referencia al "impacto psíquico [de los padres] de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo..."

Posteriormente, *vid.* SSTS 4 feb. 1999 (RJ 1999, 748); 7 jun. 2002 (RJ 2002, 4981); 18 dic. 2003 (RJ 2003, 9302); 21 dic. 2005 (RJ 2005, 10149); 18 may. 2006 (RJ 2006, 4724); 16 oct. 2007 (RJ 2007, 7620); 24 nov. 2008 (RJ 2008, 5860); 16 jun. 2010 (RJ 2010, 5716); 4 nov. 2010 (RJ 2010, 7988); 31 may. 2011 (RJ 2011, 4000); 28 mar. 2012 (2012, 4462); 14 mar. 2013 (RJ 2013, 2422). Asimismo, SAP Cádiz 17 sep. 2002 (AC 2002, 1929).

aquella 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 consecuencia, 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 (aproximadamente 300.000 Euros) en concepto de daños morales y materiales.

Es destacable la SAP Cádiz 17 sep. 2002<sup>10</sup> por su contenido clarificador sobre el concepto, la naturaleza y la viabilidad de las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*. En este punto interesa la definición ofrecida de las merítadas 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).

En esta evolución cronológica, la reciente STS 14 mar. 2013<sup>11</sup> resuelve un supuesto de anomalías en el feto consistentes en la ausencia de ambas manos y antebrazos no detectadas en las tres últimas ecografías practicadas a la madre por indebida gestión médica del embarazo (parquedad e insuficiencia de datos de seguimiento de la gestación en la historia clínica, que resulta incompleta, no figurando reseña alguna del curso del embarazo desde diciembre de 1987 a julio de 1988, y no habiendo constancia de varios estudios ecográficos), que impidió dar solución distinta a su resultado por falta de información adecuada.

Estas demandas no son ajenas al rechazo de tipo ético y moral<sup>12</sup> motivado por el planteamiento de una indemnización en base a un daño centrado en el nacimiento mismo de un hijo<sup>13</sup>. La afirmación de la responsabilidad parece chocar

10 (AC 2002, 1929).

11 (RJ 2013, 2422).

12 Y de total actualidad con los debates suscitados por la aprobación del anteproyecto de Ley de Protección de la Vida del Concebido.

13 La Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciem-

frontalmente con la idea de la vida como bien máspreciado del ser humano y con la dignidad de la persona, que se pone en cuestión en el momento en que se afirma su propia existencia como daño<sup>14</sup>. La solución pasa por separar (doctrina alemana de la separación: *Trennungslehre*) el daño reclamado de la vida del hijo, centrandolo 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-.<sup>15</sup>

### ***III. Análisis de la acción de wrongful birth***

#### **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 anomalías congénitas graves. 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<sup>16</sup>, por tratarse el recurso al aborto de un derecho personal e intransferible de la madre-. No obstante, son cada vez más frecuentes las voces que consideran que el padre debería tener legitimación activa en base a su propio derecho a ser informado tempestivamente sobre el estado de salud del hijo concebido<sup>17</sup>.

bre de 2006 (ratificada por España en noviembre de 2007), reconoce en su Preámbulo que "la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano".

La STS 5 jun. 1998 (RJ 1998, 4275) defiende que el nacimiento de un hijo no puede calificarse como daño: "la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores".

14 MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 86.

15 MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general...", *op. cit.*, p. 70.

16 MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 80.

17 MAZZILLI, E.: "La acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2012, p. 16.

Y ello porque los Tribunales rechazan la reclamación del padre en solitario en base a que la facultad de optar por la interrupción del embarazo "constituye un derecho personal e intransferible de la madre" (*vid.* STS 5 dic. 2007 -RJ 2007, 9142-).

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<sup>18</sup>. Por tanto, los daños indemnizables serán aquéllos que deriven de dicha lesión, añadiéndose la integridad del patrimonio por los gastos extra derivados de la crianza de un hijo gravemente enfermo<sup>19</sup>.

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 la negligencia de éste, se vio privada de la oportunidad<sup>20</sup> 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.

El pertinente análisis jurisprudencial refleja los supuestos en los que se han estimado demandas de *wrongful birth*<sup>21</sup>: "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<sup>22</sup>; 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 mo-

18 El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 11 de abril de 1985, señala que el derecho de autodeterminación de la mujer es una manifestación de la dignidad de la persona que "se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad".

19 En este sentido se manifiesta la STS 16 jun. 2010 (RJ 2010, 5716).

20 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 aplicación en este ámbito de la teoría de la pérdida de la oportunidad ha sido criticada por algunos autores 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. (MARTÍN CASALS, M.: "Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right", en ULRICH MAGNUS / JAAP SPIER: *European Tort Law. Liber Amicorum for Helmut Koziol*, 2000, p. 200-202. MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.: "Comentario a la STS de 7 de junio de 2002", en *CCJC* núm. 60, 2002, p. 14).

21 SALÀS DARROCHA, J. T., *op. cit.*, p. 2703.

22 MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general...", *op. cit.*, p. 77.

mento 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 clínica<sup>23</sup>. Así pues, la información<sup>24</sup> (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"<sup>25</sup>, por cuyo motivo una información defectuosa e inexacta puede ser causa de un vicio en aquél y generar responsabilidad para el médico.

## **2. Viabilidad: libertad de procreación y despenalización del aborto (¿cambios inminentes?)**

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. 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<sup>26</sup>.

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 varias normas<sup>27</sup>:

- Constitución Española: arts. 1, 10, 15, 17, 18 y 39.
- Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida: arts. 3, 6 y 10. (Posteriormente derogada por Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida).
- Ley 42/1988, de Donación y Utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos: arts. 8.2 c) y 9.2 B). (Posteriormente derogada por Ley 14/2007, de Investigación Biomédica).
- Ley 14/1986, General de Sanidad: art. 18.

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

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

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

26 MARTÍN CASALS, M., *op. cit.*, p. 205.

27 SALÀS DARROCHA, J. T., *op. cit.*, p. 2693.



De la conjunción de estos preceptos puede deducirse el contenido del derecho a la libertad de procreación<sup>28</sup>:

- Derecho a tener el número de hijos libremente elegido, en el momento libremente decidido, de sexo biológica y naturalmente determinado y con dotación genética doble, propia e inalterada, salvo terapia génica en casos patológicos.
- Derecho a la reproducción propia, tanto natural como asistida, y en todo caso, consentida.
- Derecho a no tener hijos y a utilizar las medidas contraceptivas legalmente autorizadas.
- Derecho a la vida, intangibilidad genética e integridad y salud física y psíquica del feto.
- Derecho al aborto terapéutico, ético y embriopático.

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 regula en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>29</sup>, que reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, y que

28 SALÀS DARROCHA, J. T., *op. cit.*, p. 2694.

29 BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010.

Artículo 14: *Interrupción del embarazo a petición de la mujer.*

*"Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición*

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).

Sin embargo, la vigente regulación se encuentra amenazada por la proyectada Ley de Protección de la Vida del Concebido, cuyo anteproyecto fue aprobado en diciembre de 2013. En virtud de ésta, los supuestos de aborto se reducirían a dos<sup>30</sup>:

*de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:*

*a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad (...)*

*b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención".*

Artículo 15. *Interrupción por causas médicas.*

*"Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

*a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.*

*b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalias en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.*

*c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico".*

30 La nueva regulación, de aprobarse definitivamente el texto del anteproyecto, quedaría del siguiente modo: "Se modifica el artículo 145bis [del CP], que pasa a tener la siguiente redacción:

*«1. No constituirá delito el aborto practicado por un médico o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con el consentimiento expreso de la mujer embarazada, previamente informada y asesorada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

*a) Que sea necesario, por no poder solucionarse el conflicto, desde el ámbito médico, de ninguna otra forma, para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, siempre que se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación. A estos efectos, se entenderá que existe grave peligro para la vida o la salud de la mujer cuando el embarazo produzca un menoscabo importante a su salud, con permanencia o duración en el tiempo, según los conocimientos de la ciencia médica en ese momento, y así se constate en un informe motivado y emitido con anterioridad por dos médicos de la especialidad correspondiente a la patología que genera el grave peligro para la mujer; distintos de aquél que practique el aborto o bajo cuya dirección éste tenga lugar y que no desarrollen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo.*

*En el caso de que el grave peligro para la salud psíquica de la mujer tenga su origen en la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida, el informe exigido en el párrafo anterior será emitido por un solo médico, debiendo acreditarse, además, tal anomalía mediante otro informe motivado y emitido con anterioridad por un médico especialista en la materia, en*

1) "Grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada", que englobaría la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida (por constituir grave peligro para la salud psíquica de la mujer); descartando el caso recogido por la vigente Ley de 2010 de "enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico". 2) "Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual".

De consolidarse este texto, quedaría fuera de los supuestos regulados el que sirve de base a la acción de *wrongful birth*, esto es, la enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico, quedando consecuentemente vacías de contenido las técnicas de diagnóstico prenatal que tanto han avanzado en los últimos tiempos.

### 3. Problemática del nexo causal.

La verdadera dificultad en las demandas *wrongful birth* radica en 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"<sup>31</sup>: en primer lugar ha de deter-

*quien concurran los mismos requisitos. A estos efectos, se entenderá por anomalía fetal incompatible con la vida aquélla que previsible y habitualmente, en el momento del diagnóstico, se asocie con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor.*

*No será punible el aborto, aunque se superen las veintidós semanas de gestación, siempre que no se hubiese detectado o podido detectar anteriormente, con un diagnóstico certero, la anomalía incompatible con la vida del feto y así conste en el informe emitido con anterioridad, conforme a lo exigido en este apartado, o cuando exista riesgo vital para la mujer que no sea posible evitar, dentro de lo clínicamente exigible, mediante la protección de la vida del concebido a través de la inducción del parto.*

b) *Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y el mencionado hecho hubiese sido denunciado con anterioridad. (...)*

31 Acerca de la relación de causalidad se pronuncia la SAP Cádiz 17 sep. 2002 (AC 2002, 1929), en su Fundamento de Derecho Segundo, explicando, con claridad, la problemática que gira en torno a esta cuestión. Concluye estimando que "el Tribunal considerará que existe relación de causalidad y subsiguiente daño sólo sobre la base de lo que ahora ("a posteriori") declara la misma madre (...); por tanto, "(...) la condena se dicta en función de una mera manifestación de quien demanda, siempre y cuando, por supuesto, no parezca contradictoria tal declaración "ex novo" o "intra proceso" con los elementos de juicio y actos previos al proceso". (VIVAS, TESÓN, I.: "La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: Análisis jurisprudencial", en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 11, 2003, p. 410).

minarse 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 efectivo problema estriba en probar si la madre efectivamente habría abortado<sup>32</sup>.

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<sup>33</sup>. 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<sup>34</sup>.

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 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

32 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 (MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general...", *op. cit.*, p. 84).

33 DE ÁNGEL YAGÜEZ, 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?", en *Rev. Der. Gen. H.*, núm. 10, Bilbao, 1999, pp. 127-133.

34 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario a la STS 4 de febrero de 1999. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones", en *CCJC* núm 50, 1999, p. 858.

DÍEZ-PICAZO, G.: "La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1998, p. 1706.

modos, tendrá que ser él quien así lo pruebe y, consecuentemente, probar que, de haber proporcionado la información, la madre gestante no habría abortado<sup>35</sup>.

#### 4. Daños indemnizables: patrimoniales y morales.

Los daños cuya indemnización se solicita en la demanda de *wrongful birth* son tanto patrimoniales como morales<sup>36</sup>. Resulta clarificadora la STS 31 may. 2011<sup>37</sup> cuando establece que el daño "es independiente de la decisión de abortar, y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales -daños patrimoniales- teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad".

Los daños patrimoniales se materializan en los gastos extras para la crianza del hijo que sufre anomalías físicas o psíquicas: médicos y sanitarios<sup>38</sup>; 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<sup>39</sup>. En este punto conviene apreciar la delgada línea que separa la

35 MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, pp. 12 y 13.

36 SALÀS DARROCHA, J. T., *op. cit.*, p. 2709. VIVAS TESÓN, I., *op. cit.*, pp. 408 y 409.

37 (RJ 2011, 4000).

38 Puede plantearse el hecho de que estos gastos médicos y sanitarios sean prestados o subvencionados por la Administración Pública, en vez de ser abonados por los padres. En aras de evitar un enriquecimiento injusto, algunos pronunciamientos han descartado incluir en la indemnización estos concretos servicios (*vid.* STS 27 jun. 2007 –RJ 2007, 3935-).

39 MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, p. 16.

No se incluyen los gastos normales de alimentación y crianza. *Vid.* STS 25 may. 2010 (RJ 2010, 5227): Fundamento de Derecho Tercero: "(...) los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización".

Además, cada vez más pronunciamientos son proclives a la revisión periódica de los importes indemnizatorios en base a la variabilidad del daño patrimonial (en función de la esperanza de vida, de las concretas

indemnización de estos daños que afrontan los padres por los gastos adicionales (entendida como carga económica muy superior a la ordinaria) de la consideración como daño el mismo nacimiento del hijo con alguna anomalía congénita grave<sup>40</sup>, debiendo descartarse esta última<sup>41</sup>.

Los daños morales, por su parte, son identificados de varias maneras: por un lado, los derivados del derecho de autodeterminación de la mujer y su facultad de abortar; por otro, los resultantes de los sufrimientos y padecimientos que ocasiona a los padres<sup>42</sup> la imposibilidad de conocer con la debida antelación la situación de su hijo para poder prepararse psicológicamente y organizarse oportunamente (v. gr., sufrimiento psíquico o espiritual, sentimientos de impotencia, zozobra, ansiedad, angustia)<sup>43</sup>. El problema reside en su cuantificación. Para ello los Tribunales acuden a una fijación prudencial, esto es, proporcionando en la medida de lo posible una compensación al sufrimiento causado; o aplican de forma orientativa el baremo contenido en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre)<sup>44</sup>.

#### ***IV. Análisis de la acción de wrongful life.***

##### **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

necesidades, etc.). Vid. STS 27 jun. 2007 (RJ 2007, 3935).

40 No obstante, existen voces que entienden que los gastos derivados de la crianza de un hijo discapacitado no constituye un daño, por tratarse de un deber elemental de los padres; eso sí, con la posibilidad de que dichos costes sean sufragados por el Estado Social, ya que la responsabilidad civil no tiene función asistencial, sino indemnizatoria. Pero en la práctica las debidas prestaciones o ayudas públicas resultan a todas luces insuficientes, cuando no inexistentes (por todos es conocido que las medidas ejecutivas en tiempo de crisis han llevado a la disminución de prestaciones por dependencia, existiendo numerosas personas pendientes de recibir las, a pesar de tener su derecho reconocido).

Vid. [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/09/30/actualidad/1380551841\\_155517.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/09/30/actualidad/1380551841_155517.html): "El dinero para dependencia se congela a pesar de la abultada lista de espera".

41 Como complemento, vid. ANÁLISIS DE LA ACCIÓN DE *WRONGFUL LIFE*.

42 También son destinatarios de esta indemnización los abuelos y hermanos del nacido, siempre y cuando convivan con el mismo. (SALÀS DARROCHA, J. T., *op. cit.*, p. 2709).

43 MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., *op. cit.*, p. 16. MAZZILLI, E., *op. cit.*, pp. 5 y 6.

44 Modificado por Ley 21/2007, de 11 de julio.

enfermedad o anomalía congénita contra el médico solicitando una reparación por el daño que experimenta: su propia vida<sup>45</sup>.

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<sup>46</sup>.

A diferencia de los supuestos de *wrongful birth*, donde se rechazaba el argumento de la "pérdida de la oportunidad" 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 habría abortado por el consejo médico<sup>47</sup>.

Nuestro ordenamiento jurídico excluye formalmente la acción de *wrongful life*, quizás por las particulares connotaciones que este tipo de acción posee. Para procurar un mejor entendimiento de aquélla resulta conveniente señalar la llamada *Doctrina Perruche*, elaborada a raíz de la Sentencia del Tribunal de Casación Francés de 17 de noviembre de 2000<sup>48</sup>: 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 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 ne-

45 MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad...*, op. cit., p. 81.

46 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, A., op. cit., pp. 85 y 86).

47 MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., op. cit., p. 18.

48 MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general...", op. cit., pp. 90 y 91. VIVAS TESÓN, I., op. cit., p. 412.

cesitará 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.

## **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.).
- 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.



### **3. Viabilidad de la acción: exclusión formal por nuestro ordenamiento jurídico.**

Atendiendo al fundamento de la demanda por parte de quien la ejercita, esto es, el hecho mismo de haber nacido con graves anomalías, hay que tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico español ni la facultad de abortar ni la libertad de procreación se establecen en atención al interés del niño de no nacer, sino en atención a los intereses de la gestante o de los progenitores, que son los que priman y resultan efectivamente protegidos en la situación de conflicto<sup>49</sup>.

La SAP Salamanca 29 noviembre 2006<sup>50</sup> se muestra tajante en este aspecto cuando señala que: "No puede decirse que las acciones de "wrongful life" (...) encuentren fundamento en nuestro Derecho, pues, como afirma doctrina autorizada, la posibilidad de abortar se otorga a los progenitores para proteger sus propios intereses como padres con base en el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), en el que debe entenderse incluida su planificación familiar, y no para proteger los intereses del futuro ser, ya que el derecho constitucional a la vida (art. 15 CE) no contempla ningún conflicto entre el derecho a la vida del feto y un supuesto derecho a no nacer con graves malformaciones, pues de lo contrario se llegaría a situaciones rocambolescas como la de admitir eventuales demandas interpuestas por un hijo nacido con malformaciones contra la madre que, conociendo la existencia de esas malformaciones, decidió libremente no interrumpir el embarazo a pesar de tener la posibilidad de hacerlo".

De ahí que esta acción esté excluida formalmente en nuestro ordenamiento jurídico, aunque es cierto que, en la práctica, en determinados pronunciamientos se puede vislumbrar un giro hacia esta categoría, admitiéndola implícitamente (consciente o inconscientemente), en tanto en cuanto los Tribunales conceden indemnización al hijo como sujeto lesionado, configurándose como daño el mismo hecho de haber nacido aquejado de graves anomalías (v. gr. SSTS 6 jun. 1997<sup>51</sup> y 16 jun. 2010<sup>52</sup>).

49 MACÍA MORILLO, A.: "Una visión general...", *op. cit.*, pp. 89 y 90.

50 (JUR 2007, 194526). Resuelve un litigio promovido por los padres de una niña nacida con focomelia por ausencia de ambas manos y dos terceras partes de los antebrazos contra el facultativo por no haber agotado todos los medios técnicos a su alcance para comprobar la posible existencia de malformaciones en el feto (sobre todo una vez detectado en las ecografías morfológicas de las semanas diecinueve y veintiuna un crecimiento fetal algo inferior a lo habitual y un acortamiento de miembros superiores), no informando debidamente a los padres y conllevando la privación de la opción de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo.

51 (RJ 1997, 4610).

52 (RJ 2010, 5716).

### ***V. Repercusión de la proyectada ley de protección de la vida del concebido.***

Lo hasta ahora expuesto, sobre todo en sede de técnicas de diagnóstico prenatal y *wrongful birth*, corre el riesgo de perder su aplicabilidad práctica si se consolida el texto del anteproyecto de Ley de Protección de la Vida del Concebido. Al no recoger entre los supuestos de aborto el vigente actualmente de "enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico", que sirve de base para las acciones de *wrongful birth*, y permitiendo las técnicas de diagnóstico prenatal detectar a tiempo posibles anomalías congénitas, la mujer embarazada no tendrá la facultad de abortar amparada por la Ley, sino sólo para el caso de anomalía incompatible con la vida. Se ha pretendido ver en el supuesto más amplio de riesgo para la salud psíquica de la mujer la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo en los casos de anomalía fetal<sup>53</sup>, en tanto en cuanto la Organización Mundial de la Salud define la misma como "un estado de completo bienestar físico, mental y social". Sin embargo, esta abstracción conllevaría una elevada inseguridad jurídica de difícil solución.

El citado anteproyecto parece basar la necesidad de la exclusión de este supuesto en los dictámenes de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratando de evitar una posible discriminación en caso de mantener la facultad de abortar para no tener hijos afectados de alguna "minusvalía" o "discapacidad"<sup>54</sup>. Es preciso aclarar que los citados dictámenes no obligan a España, sino que hacen recomendaciones. Concretamente, entre éstas deben reseñarse dos; la primera, lejos de eliminar el supuesto de malformación fetal, consiste en igualar plazos: el genérico de aborto libre, de catorce semanas, y el de malformación, de veintidós semanas; la segunda, que el Estado destine recursos suficientes para garantizar los servicios de asistencia a dependientes (parece que esta recomendación no ha tenido el calado oportuno, pues las ayudas por dependencia están actualmente congeladas). Por último, añadir que la aún vigente norma de 2010 se refiere a "enfermedad" y "anomalía", y no a "discapacidad".

53 Eso sí, con unas condiciones restrictivas, y que demorarán el proceso, contempladas en el anteproyecto del siguiente modo: "(...) *informe motivado y emitido con anterioridad por dos médicos de la especialidad correspondiente a la patología que genera el grave peligro para la mujer, distintos de aquél que practique el aborto o bajo cuya dirección éste tenga lugar y que no desarrollen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo.*" Además, el período obligatorio de reflexión entre el asesoramiento asistencial y la información clínica y la prestación del consentimiento expreso de la mujer a la interrupción voluntaria de su embarazo se alarga de tres días a siete.

54 Habiendo equiparado erróneamente "malformación" con "minusvalía" el actual Ministro de Justicia. Noticia de EL PAÍS: "Las verdades a medias para limitar el supuesto de malformación" (20 dic. 2013). *Vid.* [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/19/actualidad/1387483571\\_951701.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/19/actualidad/1387483571_951701.html)

Asimismo, se pasan por alto los pronunciamientos de diversos Comités (v. gr., para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, contra la Tortura, de Derechos Humanos), que coinciden en la tesis de que prohibir el aborto en los casos de malformación fetal supone un "trato cruel, inhumano y degradante para la mujer".

### ***VI. Consideraciones finales.***

Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, aun referidas al nacimiento de un hijo con graves malformaciones congénitas por la mala praxis del profesional médico en la realización del diagnóstico prenatal o su errónea o carente información sobre este mismo, se diferencian en que la primera es entablada por los padres del niño contra el médico al verse privados de la facultad de interrumpir el embarazo en el tiempo legalmente establecido; mientras que la segunda es ejercitada por el hijo en su propio nombre por haber nacido y vivir experimentando el sufrimiento inherente a su enfermedad. En ambos casos se interesa la indemnización de daños patrimoniales y morales por los gastos extra y los padecimientos derivados de la grave e incurable enfermedad del hijo. Aunque lo verdaderamente complicado desde el punto de vista jurídico es, además de la cuantificación de los daños, la determinación del nexo causal y la prueba concluyente de la verdadera intención de la madre sobre la facultad de abortar.

En la práctica jurisprudencial, las demandas de *wrongful birth* han experimentado un paulatino aumento desde la precursora sentencia del Tribunal Supremo de 1997, mientras que las acciones *wrongful life* están excluidas formalmente por nuestro ordenamiento jurídico (a salvo los reconocimientos implícitos explicados a lo largo del trabajo), 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.

De consolidarse sin ningún cambio el contenido del anteproyecto de la Ley de Protección de la Vida del Concebido, tendremos que buscar la respuesta a dos preguntas: ¿en qué lugar quedan los avances experimentados por las técnicas de diagnóstico prenatal si la detección a tiempo no faculta a la madre para abortar?; ¿cuál será a partir de ahora la aplicación práctica de la acción de *wrongful birth*?

## VII. Bibliografía.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario a la STS 4 de febrero de 1999. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones", en *CCJC*, núm 50, 1999.

- DE ÁNGEL YAGÜEZ, 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?", en *Rev. Der. Gen. H.*, núm. 10, Bilbao, 1999.

- DíEZ-PICAZO, G.: "La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1998.

- MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, 2005.

"Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006.

- MANNSDORFER, T. M.: "Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, *wrongful life* y tendencias (especial atención al derecho suizo)", en *Rev. Der. Gen. H.*, núm. 15, 2001.

- MARTÍN CASALS, M.: "Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right", en ULRICH MAGNUS / JAAP SPIER: *European Tort Law. Liber Amicorum for Helmut Koziol*, 2000.

- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.: "Comentario a la STS de 7 de junio de 2002", en *CCJC*, núm. 60, 2002.

- MAZZILLI, E.: "La acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2012.

- PACHECO JIMÉNEZ, M<sup>a</sup> N.: "El abogado y las reclamaciones de responsabilidad por diagnóstico prenatal: acciones "wrongful birth y wrongful life", en CARRETERO GONZÁLEZ, C., DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (dirs.) *et al: Retos de la abogacía ante la sociedad global*, Civitas, 2012.

- SALÀS DARROCHA, J. T.: "Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *Actualidad Administrativa*, núm. 22, 2005.

- USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN, J. A.: "Problemas éticos y legales en el ejercicio de la profesión obstétrico-ginecológica", en *Tratado de Obstetricia y Ginecología*, vol. II, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1999.

- VIVAS, TESÓN, I.: "La responsabilidad civil médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: Análisis jurisprudencial", en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 11, 2003.

## 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 demandas judiciales (acciones *wrongful birth* y *wrongful life*) interpuestas por los padres (*wrongful birth*) o por el propio hijo (*wrongful life*) contra los profesionales especializados de la Medicina y las instituciones públicas o privadas donde desempeñan su trabajo cuando nace un hijo con alguna anomalía congénita que pudo haber sido detectada 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.

Este artículo 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, sobre todo a la luz de la proyectada Ley de Protección de la Vida del Concebido.

## Palabras Clave

Responsabilidad, indemnización, daño, diagnóstico prenatal, aborto, *wrongful birth*, *wrongful life*.

## Abstract

The Medical Science advance, particularly in the field of prenatal diagnostic techniques, which allow the genetic malformations detection in 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 child against medical professionals and public and private institutions where they perform their work when a child is born with such a congenital 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 such genetic anomaly.

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, especially after the changes promoted by the projected Law of Conceived Life Protection.

## Keywords:

liability, compensation, injury, prenatal diagnostic, abortion, *wrongful birth*, *wrongful life*.