

LOS CASOS DE WRONGFUL BIRTH:

PROBLEMAS JURÍDICOS Y TENSIONES MORALES

DIRECTOR DE TFG: ANDRÉS GARCÍA INDA

AUTOR: JORGE LAFUENTE SORIANO

ÍNDICE

- **Introducción** página 4

- **Capítulo I: ¿Qué es el *Wrongful Birth*?**
 - 1. El concepto página 6

 - 2. El origen página 9
 - a) Sentencia Gleitman vs Crosgrove página 9
 - b) Sentencia Dumer vs St. Michael’s Hospital página 11
 - c) Sentencia Roe vs Ward página 11

 - 3. Figuras afines página 12
 - a) *Wrongful Life* página 12
 - b) *Wrongful Conception* página 13
 - c) Lesiones al feto página 13
 - d) Procreación irresponsable página 14
 - e) *Disadvantaged o Dissatisfied Life* página 14

- **Capítulo II: Legitimación y Responsabilidad**
 - 1. Legitimación página 15
 - I. Incapacidad jurídica del concebido página 15
 - II. Legitimación activa página 16
 - III. Efectos de la LO 2/2010..... página 17
 - a) Interrupción voluntaria, semanas 1-14..... página 17
 - b) Semanas 14-22..... página 18
 - c) Semana 22 hasta finalización del embarazo..... página 18

 - 2. Responsabilidad y criterios de imputación subjetiva..... página 19
 - I. Responsabilidad por hecho propio..... página 19
 - a) Negligencia como presupuesto de imputación página 19
 - b) Ley como límite determinante del comportamiento en las profesiones sanitarias página 21
 - II. Responsabilidad por hecho ajeno página 22
 - a) Imputación por hecho ajeno página 22
 - b) Responsabilidad por hecho ajeno en el marco sanitario página 24

• **Capítulo III: Relación de causalidad**

- 1. Concepto página **28**
- 2. Interrupción del nexo causal página **28**
 - a) Caso fortuito y fuerza mayor..... página **29**
 - b) La culpa de la víctima y su intervención página **30**
 - c) Intervención de tercero página **31**
- 3. Nexo causal en los diagnósticos prenatales página **32**
 - a) Daños relacionados con eventos anteriores al nacimiento página **32**
 - b) Daños relacionados con eventos posteriores al nacimiento página **34**

• **Capítulo IV: El daño indemnizable en las acciones de *Wrongful Birth***

- 1. El nacimiento como daño página **35**
- 2. La identificación del daño: el derecho a la información página **38**
 - a) Pérdida de oportunidad (*perte de chance*) página **38**
 - b) El perjuicio económico página **40**
 - c) El daño moral como falta de preparación psicológica:
 - El shock psicológico página **42**

• **Conclusiones** página **44**

• **Bibliografía** página **47**

Introducción

Cuestión tratada en el TFG:

Conforme la técnica y los medios tecnológicos avanzan, las posibilidades de su intervención en la ciencia médica se hace cada vez más notoria y necesaria. A pesar de ello, la controversia que suscita un tema como es el diagnóstico prenatal, el desarrollo del feto y su derecho a la vida, en relación con la problemática que aparece en torno al aborto, no ha hecho sino crecer, en gran medida por los límites que marca la ciencia respecto al momento en el que se puede considerar al feto como ser humano, con el consecuente debate moral y ético que se presenta, tanto por la parte de los padres como del médico encargado de ese proceso de embarazo

Este trabajo se centra en una figura que se encuentra inserta en esta temática, el estudio de la figura del *Wrongful Birth*. Empezando con un análisis del concepto, figuras afines y de los primeros casos de *Wrongful Birth*, junto con la repercusión de esta figura en España.

Una acepción de lo que son las acciones de *Wrongful Birth* se encuentra en la sentencia de la audiencia provincial de Cadiz, de 17 de septiembre 2002 (sección 1.º) (AC 2002/1929), que las califica del siguiente modo << 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 >>.

El abanico de apartados que despliega estas acciones lleva a analizar desde cuestiones como su origen (dada la juventud de este tipo de acciones); la legitimación (dado que no es lo mismo que la ejerce la madre que el padre); los daños indemnizables que se derivan, tanto patrimoniales como morales (entrando en el campo de los daños morales en la división de shock psicológico y daños morales); así como la relación de causalidad,

donde chocan las visiones doctrinales (De Ángel Yagüez vs. Díez Picazo). Pero sin duda resulta interesante la visión y comprensión de la situación que se le plantea a los padres, quienes tienen que decidir parar el embarazo (en el mejor de los casos), o en la situación que trata el *Wrongful Birth*, considerar como un hecho dañoso, por el que reclaman unas atenciones en concepto de indemnización, el nacimiento de su hijo. Esa controversia entre el esperado nacimiento de un hijo, frente a la situación de considerarlo un daño que se extiende a lo largo de la vida del propio hijo, conceptualizándolo como “una carga”.

Razón de la elección y justificación del interés:

La razón por la que he decidido tomar este tema como trabajo de fin de grado se debe a un interés que he encontrado en el objeto del *nasciturus*, su desarrollo y los problemas relacionados con los posibles defectos o lesiones que experimenta el feto en su desarrollo, ya se puedan deber a negligencias médicas o responsabilidades subyacentes a los progenitores, y cómo responde el derecho ante estas situaciones, es decir, quién es en este tipo de situaciones la persona damnificada (quién está legitimado), el daño indemnizable, qué se concibe como dañino en estas situaciones.

El interés que despierta en mí esta figura es debido a la temática controvertida que trata, el derecho a la vida y a decidir sobre ella, lo que lleva a situaciones hipotéticas donde se debe conjugar áreas ético-morales con el derecho y la defensa del derecho a decidir de las personas. El contexto de estos sucesos siempre linda con los límites que comprende la ciencia como “lícito o ilícito”, de modo que es la intervención de la razón, la moral del ser humano la que describe los bordes que no se debe cruzar.

No me detendré sólo en el estudio de esta figura, sino su extensión (no muy amplia) e introducción en el derecho español, las primeras acciones que se plantearon de esta índole (pues la problemática del *Wrongful Birth* tuvo una regulación más temprana en otros ordenamientos, como el caso estadounidense, donde surge a finales de los 70 -*Gleitman vs. Cosgrove*, 1967-), cómo entiende esa “*perte d’une chance*”, la indefensión de los padres en el ámbito de la libertad de elección ante la situación que se les presenta.

CAPÍTULO I: ¿QUÉ ES EL WRONGFUL BIRTH?

1. CONCEPTO

El *Wrongful Birth* es una figura jurídica, cuya transcripción al castellano sería “nacimiento dañoso”. Es el término que da una concreción a la situación que acontece cuando producido un nacimiento en el que han tenido lugar algunas circunstancias o anomalías que se daba en alguno de los progenitores (una enfermedad, el tratamiento mediante algún tipo de medicación, etc.), ha llevado a que ese feto, una vez ha nacido sufre algún tipo de discapacidad o enfermedad grave, lo que le va a procurar una vida problemática en su desarrollo, salud, impidiendo llevar una vida normal.

Siendo este el objeto general de la situación, se ha de concretar, pues esta figura se centra en el diagnóstico prenatal¹, momento en el que el hecho dañoso surge, siendo el médico o equipo médico los encargados de realizar esas pruebas destinadas a mostrar el desarrollando el embarazo. Este equipo médico que teniendo todos los datos acerca del paciente y el feto, no da a conocer o no informa al paciente de la situación, sesga en ese momento el derecho a decidir de los padres, a poder acudir a la opción de la interrupción voluntaria del embarazo.

En términos jurídicos sería la demanda o reclamación que presentarían esos padres frente al centro hospitalario por ver impedido practicar su derecho a interrumpir voluntariamente ese embarazo, pudiendo ser detectados los problemas que iba a desarrollar el feto por medio de las técnicas de diagnóstico prenatal. Se trata por tanto de una situación en la que debido a la negligencia del centro, personificada en el médico que trataba y realizaba el seguimiento al paciente, se produce la desatención de los derechos de los padres. En ningún caso la enfermedad es producida por la actuación negligente del médico, sino que esa enfermedad o tara ya viene congénita con el nacimiento. La reclamación se centra en la vaga o mala información que el centro les dispensa, o en la

¹ La OMS lo define como “aquellas acciones prenatales que tengan por objeto la detención y/o el diagnóstico de un defecto congénito, entendiéndose por tal toda anomalía del 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.”

nula información en sí, acerca de las posibles taras físicas o psíquicas que está desarrollando ese embrión, es decir, anular la posibilidad de los padres de que, mediante una adecuada documentación de la situación, tomen las medidas que estimen oportunas². Se entiende dentro del objeto a reclamar las situaciones en las que el equipo médico tampoco recomienda realizar pruebas prenatales para esclarecer la situación, escenario que puede tener lugar cuando frente a esa información no se tiene una opinión certera o de peso, acerca del desarrollo del feto³.

Tras este examen del concepto que lleva a aislar lo que es el *Wrongful Birth*, se puede llegar a una síntesis de las situaciones que deben sucederse para estar ante un caso en el que se pueda interponer una acción por *Wrongful Birth*:

- En primer lugar debe aparecer la figura del cuerpo médico, quien una vez realizado el informe acerca del estado del feto, comunica a los padres erróneamente sobre las posibles amenazas o dificultades que se le pueden presentar de cara al nacimiento, o no informa (omisión). Ejemplificando las situaciones de informe erróneo o omisión, serían casos semejantes como una interpretación errónea del diagnóstico, una información no comunicada debidamente (ya sea por no comunicarlo, o por realizarlo extemporáneamente, sin opción a tomar la medida de la interrupción del embarazo), e incluso, ante la información que ha obtenido tras el diagnóstico, no recomendando realizar más pruebas prenatales⁴.

² Teoría de la pérdida de la oportunidad: se trata de un término que proviene del derecho francés, “*perte d’une chance*”, se supone indispensable para su existencia que la producción del suceso sea para la víctima casual, aleatoria, sin que su materialización pueda depender de la voluntad de la misma.

A este respecto hay dos posiciones doctrinales, centradas en esa relación entre el nacimiento y la negligencia médica que deriva en la pérdida de la oportunidad de abortar por parte de la madre, la “causalidad hipotética”. De un lado los que defienden la imprescindible declaración, *a posteriori*, de la madre de que habría abortado (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1999); frente a la posición que defiende lo irrelevante de esa declaración, pues el daño existe desde la privación de optar al aborto (DIEZ-PICAZO, 1998).

PACHECO-JIMÉNEZ, M^a. N., “*Acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life: Una controvertida vía de responsabilidad*”, Facultad de ciencias sociales de Cuenca. SPCS Documento de trabajo 2011/2.

³ EMALDI CIRIÓN, A., “*La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos*”, *Diario La Ley*, núm. 5, 2001, pp. 1602 - 1612, p. 1605.

⁴ Art. 4.2 Ley 41/2002, derecho a la información asistencial.

“*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*”.

Art. 8.1 y 5 Ley 41/2002, consentimiento informado.

- Aislada la tara o anomalía física o psíquica, se desconoce tratamiento para curarla.
- La anomalía pudo ser detectada con los recursos y conocimientos científicos del momento, y con los síntomas e indicios que presentaba la gestante.
- En el momento en el que se produjo el hecho dañoso calificativo del *Wrongful Birth* (la información errónea o su omisión), hubieran podido optar por la interrupción del embarazo, la ley permitía el aborto⁵.

Es por todas estas razones que el concepto *Wrongful Birth* se encuentra incardinado dentro del área de la moral y la ética, pues entra en contacto de pleno con la figura del derecho a la vida, además de otras temáticas como el hecho de que estas acciones que interponen los padres se refieren al hecho dañoso que es en este caso la vida del menor, al que ellos querían concebir. Pero debido a la actuación negligente del cuerpo médico del centro hospitalario, se ha tornado en una situación en la que se discute acerca de la eliminación del derecho a la libre elección de los padres al aborto, y las consecuencias que ese nacimiento conlleva, tanto de atenciones especiales que va a necesitar (centro escolar, tratamientos médicos), así como la incertidumbre de cómo se va a adaptar el menor en el futuro en la sociedad⁶.

“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”.

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

⁵ BOE núm. 311, de 29/12/1978. Constitución Española art. 10.

“La dignidad de las persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social.”

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España.”

Se estaría lesionando el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad.

⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)”, Revista de Derecho y genoma humano, núm. 4, 1996, pp. 105 – 117.

MACÍA MORILLO, A (2009): “Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*”, p.185.

2. ORIGEN

La primera vez que se utiliza esta figura como acción para reclamar en un juicio data de 1967, en la Corte de Nueva Jersey, es el caso *Gleitman v. Crosgrove*, que sienta el primer presente de jurisprudencia en esta área⁷. El caso que se planteó a la corte de Nueva Jersey fue el siguiente; se trataba del nacimiento de un niño que había sufrido graves malformaciones que eran resultado de la rubeola que la madre contrajo durante el segundo mes de embarazo, realidad que el centro médico no advirtió como peligrosas para el desarrollo del feto. Esta omisión de información respecto a los avatares que la enfermedad podía dar como resultado en el feto, hizo que la demanda se sustentará en el derecho a poder interrumpir el embarazo por parte de la madre, alegando que al no haberle sido informada correctamente, no había tenido oportunidad a ello. Los argumentos que expuso la corte para rechazar la demanda se basaban en dos ideas:

- I. Expusieron como resultaba dispar en cuanto a un razonamiento lógico el poner en un mismo nivel de comparación la situación de la enfermedad del menor, con el hecho que supondría la no existencia, la interrupción del embarazo. Es decir, no admiten la demanda alegando que no está en “un mismo nivel” en cuanto a derechos protegidos, lo que la madre alega respecto a la enfermedad del menor en cuanto a la situación de interrupción del embarazo y por tanto, el no nacimiento e inexistencia de ese menor.
- II. Como segundo argumento para desestimar la demanda, la corte dijo que si bien los daños que la madre pedía en la demanda, el orden público tenía como deber proteger la vida como bien superior que es. Es decir, por la dificultad de valorar el daño⁸.

⁷ Además de sentar el precedente en materia de *Wrongful Birth*, también lo fue en materia de *Wrongful Life*, pues los demandantes fueron tanto la madre como el propio hijo.

⁸ MACÍA MORILLO, A. (2009): “*Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life*”, p. 178.

Si bien los comienzos fueron complicados y las demandas desestimadas, esta tónica se torna distinta a partir del año 1975, que tiene como punto de inflexión dos sentencias pioneras en cuanto al reconocimiento de estas situaciones.

Uno de estos casos fue el caso *Jacob v. Theimer*⁹, que resolvió la Corte Suprema de Texas. Se trató de un caso muy similar al caso *Gleitman v. Cosgrove*, pues era un caso en el que no se les informó a los padres del peligro que corría el feto debido a que el médico que en su momento llevaba su embarazo, no diagnosticó un caso de rubeola. La parte actora de la demanda dirige sus acciones contra el médico, alegando negligencia en su actuación en los siguientes hechos; cuando la demandante llega enferma al recinto hospitalario, se le explicó que estaba embarazada. Ante esta noticia y la situación en la que se encontraba, le preguntó al médico si se trataba de sarampión, pregunta que tenía como fin conocer en tal situación si poder acogerse a un aborto para evitar problemas en el feto, a lo que el médico le respondió que no se trataba de esa enfermedad, de modo que con ese diagnóstico se vio privada de esa posibilidad o situación de poder hacer uso de su derecho a elegir por interrumpir el embarazo. Tras el análisis de la situación y estudio de los hechos, la Corte Suprema de Texas emitió el siguiente voto: “El Dr. Thiemer estaba bajo la obligación de hacer de revelar razonadamente ese diagnóstico (rubeola), y los riesgos del tratamiento propuesto en la continuación del embarazo, como lo hubiere hecho razonablemente un médico en esas circunstancias”¹⁰.

El sustento de este voto mayoritario se encontraba en la relación de causalidad que establecieron entre los hechos y su desenlace. Este puente de causalidad se sustenta en la acción negligente, la omisión de información por parte del doctor Thiemer, y la voluntad, segada, de los señores Jacobs de abortar en el caso de haber tenido toda la información¹¹.

⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Texas, 19 de febrero de 1975.

¹⁰ “*Dr. Theimer was under a duty to make reasonable disclosure of that diagnosis, and risk of the proposed treatment in continuing the pregnancy, as would have been made by a reasonable medical practitioner under the circumstances*”, Sentencia de la Corte Suprema de Texas, 19 de febrero de 1975. Revista *Ius et Praxis*, Año 21, N° 1, 2015, pp. 19 – 56. Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales “Panorama comparado del *wrongful life*, *wrongful birth* y *wrongful conception*. Su posible aplicación en el Derecho chileno” Alexis Mondaca Miranda - Cristián Aedo Barrera - Luis Coleman Vega

¹¹ Sentencia de la Corte Suprema de Texas, 19 de febrero de 1975. Estableciendo la relación que viene defendiendo el derecho francés ya mencionada, la idea de “*perte d’une chance*”.

La Corte Suprema de Texas tomó un camino diferente al de la Corte de Nueva Jersey en cuanto al daño, pues en este caso sí entendieron que es posible establecer una comparación entre situaciones como es el derecho a la vida con discapacidad y con el vacío de la no existencia del menor, rompiendo con la anterior denegación con el siguiente argumento los gastos económicos relacionados únicamente a los defectos físicos del niño es una cuestión diferente la cual está libre de la objeción anterior¹².

La sentencia que pronunciaron defendía que los gastos originados por el nacimiento y vida de ese menor debían ser sufragados por los responsables del hecho negligente que derivó en esa situación. La Corte Suprema no podía respaldar la idea de denegar la indemnización por los tratamientos y cuidados que había tenido que recibir el menor, pues se omitió a los progenitores el acceso a una información de gran importancia, y por tanto no pudieron obrar según su criterio, el de interrumpir el embarazo y evitar el nacimiento del menor debido a las graves discapacidades que sufría¹³.

El siguiente caso que sirvió como pilar para el asentamiento de esta nueva figura en el derecho fue el caso *Dumer vs St. Michael's Hospital*. En este caso la Corte Suprema de Wisconsin, estudió y aceptó la demanda que les había presentado una madre, en la que se presentaban acciones contra el Hospital Michael, pues durante el periodo de embarazo contrajo la rubeola, situación que no diagnosticó su médico, lo que en ese momento hubiera posibilitado a la madre poder interrumpir el embarazo. Finalmente se condenó al centro a pagar los tratamientos para tratar la minusvalía.

Pero todo este entramado de sentencias, este puzle que configura el inicio de esta, entonces, nueva figura del derecho, no hubiera podido llegar a buen puerto si no hubiera sido por el caso *Roe v. Wade* (1973), dado que supuso la legalización del aborto, además

¹² Teoría de la separación (*trennungslehre*); de elaboración originalmente alemana, divide o distingue, desde un punto de vista teórico, entre el nacimiento del niño y los gastos que este genera debido a su nacimiento. Explicita que serán estos últimos por los que se podrá solicitar la indemnización. Esta teoría tiene su origen en la jurisprudencia alemana en la sentencia del LG Itzehoe de 21 de noviembre de 1968, a partir de la cual adoptó esta interpretación un gran número de sentencias constituyéndose en jurisprudencia mayoritaria.

MACÍA MORILLO, A. (Septiembre, 2003): “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de Wrongful birth y Wrongful Life)*” p.318-319.

¹³ Sentencia de la Corte Suprema de Texas, 19 de febrero de 1975.
Revista *Ius et Praxis*, Año 21, N° 1, 2015, pp. 19 – 56. Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales “*Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho chileno*” Alexis Mondaca Miranda - Cristián Aedo Barrena - Luis Coleman Vega

de un desarrollo y expansión en las medidas de examen acerca de desordenes genéticos o anomalías congénitas del *naciturus*. La decisión de la Corte Suprema se apoya esta vez en el derecho a la privacidad, como suficiente para abarcar la decisión de una mujer si continuar o no con su embarazo.

3. FIGURAS AFINES

Dentro de todo las problemáticas que se pueden derivar de un embarazo, no sólo se encuentra el caso del *Wrongful Birth*, sino que en el tema de la responsabilidad por diagnóstico prenatal se encuentran otras figuras que, debido a la similitud que presentan, pueden dar lugar a error.

I. *Wrongful Life*.

Se trata de una figura que debido a esa similitud mencionada con el *Wrongful Birth* se suele estudiar de manera conjunta. Concretando o acotando el término, se trataría de 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”¹⁴. Es decir, que debido a la mala praxis médica, se deriva esa situación de sufrimiento.

La única diferencia entre esta figura y el *Wrongful Birth* es el actor de la demanda, pues en este es el hijo, por lo que reclama su derecho a no haber nacido. Todo ello conlleva una serie de daños patrimoniales y morales por los que pide una indemnización¹⁵, acciones que en nuestro ordenamiento, debido al objeto central del que derivan (el derecho a no nacer), se establecen en atención de los progenitores, siendo esta facultad ajena a la esfera de control del hijo, dado que la decisión de abortar correspondería a la madre. Un ejemplo de este tipo de casos es el caso *Perruche*, Sentencia del Tribunal de Casación Francés de 17 de noviembre de 2000, que dio lugar a

¹⁴ PACHECO JIMÉNEZ, M^a N. “*Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*”, Facultad de ciencias sociales de Cuenca, núm. 2, 2011, p. 13.

¹⁵ Daños económicos, como una educación especial, cuidados médicos, transporte especial, adecuación de vivienda, etc.; y daños morales, como es la situación que se le plantea al mismo niño o persona, la disyuntiva entre el hecho de estar vivo y el deseo de no estarlo en la situación en la que está, pues considera que hubiera sido mejor para él no estar con vida en esas condiciones.
PACHECO JIMÉNEZ, M^a N. “*Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*”, Facultad de ciencias sociales de Cuenca, núm. 2, 2011, p. 14.

la *Doctrina Perruche*. Se trata del caso de Nicolás Perruche, que nació deficiente profundo, sordo y casi ciego. La madre padeció rubeola durante el embarazo, afirmando su voluntad de abortar en caso de que el feto estuviera afectado, pero los médicos le comunicaron erróneamente que los diagnósticos certificaban que no era el caso. Los médicos fueron denunciados por los padres, en su nombre y en representación del hijo, para que se les reconociera el perjuicio (tanto para el niño que sufre esa deficiencia física o mental, como el sufrimiento a los padres; así como al Estado, por la escolarización y gasto de seguridad social, gastos muy onerosos) causado al niño. La corte acabó pronunciándose a favor de los demandantes, sentando una línea jurisprudencial de este tipo de reclamaciones¹⁶.

II. *Wrongful Conception*

A pesar de guardar similitud con el término anterior, se trata de cuestiones distintas. La problemática en este supuesto se refiere al alumbramiento de un hijo no deseado, es decir, se había practicado una intervención quirúrgica previa de esterilización, como puede ser una vasectomía o ligadura de trompas; a pesar de esa intervención que pretendía evitar el nacimiento este se ha producido. Para encontrar amparo en los tribunales requiere tan solo la diligencia del paciente en sus actuaciones, y en la contraparte, que en la actividad médico-sanitaria haya concurrido algún tipo de negligencia (omisión), ya sea en el área informativa o en la práctica de la intervención.

III. Lesiones al feto

Son casos de nacimientos del niño con importantes taras tanto físicas como psíquicas, con origen distinto al *Wrongful Birth*, pues en este caso la lesión no es el propio nacimiento, sino un acto del médico, que engloba las lesiones preconceptivas, las que surgen durante la gestación y en el propio parto.

Es una composición elaborada por la doctrina, en la que se aúna tanto las situaciones de perjuicio previas a la concepción causada a los padres, como los que se provocan directamente al *nasciturus* (intervención, una prueba o incluso en las actuaciones de

¹⁶ 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.

interrupción voluntaria). Los distintos daños se acaban descubriendo en el momento del nacimiento (fórceps, vueltas del cordón umbilical, etc.)¹⁷.

IV. Procreación irresponsable

Esta construcción doctrinal el objeto central es la vida enferma. Concretando este tipo de acciones, se trata de las acciones que se encaminan a una petición de posible responsabilidad por parte de los progenitores frente a los hijos, un examen de la responsabilidad en relación con la vida enferma. Las posibles situaciones que se plantean son dos; la primera sería aquella en la que los progenitores, directa o indirectamente (consumo de sustancias o no tomar cautelas necesarias), por su actuación durante el embarazo o concepción, exponen a su futuro hijo a esas posibles consecuencias (graves malformaciones o enfermedades); la otra situación consistiría en la decisión de continuar con el proceso, cuando los progenitores son conscientes del posible resultado debido a unas premisas previas, ya sea el conocimiento de la enfermedad, o de dolencias hereditarias o que estén aquejados de alguna patología. Es decir, siguen adelante a pesar de conocer que los hijos futuros podían nacer con un defecto grave. El supuesto que plantea esta figura es la vida enferma como única posibilidad que podía desarrollar, o nacía enfermo o no nacía¹⁸.

V. *Disadvantaged o dissatisfied Life*

Esta línea doctrinal es el hijo el que demanda a sus progenitores en reclamación de los perjuicios que le ha causado haber nacido en el seno de unas circunstancias familiares o sociales desventajosas. En este caso el actor, el niño, nace sano, pero en unas circunstancias o entorno poco apropiado, ya sean por motivos económicos, sociales o políticos, lo que le ha acarreado una infancia anormal, de exclusión social. El ejemplo que se encuentra en la jurisprudencia y del que se forma la doctrina de este tipo de situaciones es el litigio Zepeda vs Zepeda (1963). En este supuesto el hijo demandó a su

¹⁷ VILLAREJO, F; BELINCHÓN, J. M; CARCELLER, F; GÓMEZ-SIERRA, A; Pascual, A; CORDOBÉS, F; PÉREZ-DÍAZ, C. y RIVERO, B; “Lesiones craneales secundarias a parto asistido con fórceps”, Neurocirugía vol. 20 no. 3 jun. 2009.

¹⁸ 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”, p. 72.

padre por nacer ilegítimo, pues el padre había mantenido relaciones con su madre habiéndole prometido matrimonio, cosa que no sucedió nunca, algo que produjo al menor vivir con el estigma de su condición de extramatrimonial¹⁹.

CAPÍTULO II: LEGITIMACIÓN Y RESPONSABILIDAD

1. LEGITIMACIÓN

I. INCAPACIDAD JURÍDICA DEL CONCEBIDO

Para acercarme a la figura del concebido, en primer lugar expondré la solución doctrinal que se ha dado respecto al momento en que se puede considerar al embrión ser humano, que existe vida y por tanto, momento a partir del cual se establece su protección como ser humano.

La solución legislativa que se aportó a esta cuestión se conoce como *Wornok*²⁰, es una teoría que divide la fase prenatal entre fase pre-embrión y embrión, teoría que es la adoptada en Gran Bretaña, países escandinavos y España, entre otros. Esta teoría viene a establecer la fase embrión a partir del decimo quinto día contándose desde la fecundación del óvulo, por lo que los anteriores 14 días de gestación corresponden a la fase pre-embrión. La característica que determina esta distinción o separación se encuentra en la formación del núcleo neurológico del embrión, lo que entendemos por un principio de cerebro. Este hecho sucede en el decimo quinto día, pues en la fase de gestación anterior no dispone todavía de ese sistema neurológico, y por ende, no se le podría considerar ser humano, ya que no se había iniciado la vida.

Una vez el embrión se ha desarrollado y ha sido concebido surge otra problemática que gira en torno a su consideración como persona así como a los derechos de los que es titular.

A pesar de que el concebido tiene reconocidos derechos de tipo patrimonial (sucesiones o donaciones), no puede interpretarse por ello que éste tiene aptitud para ser

¹⁹ PACHECO JIMÉNEZ, M^a N. “*Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*”, Facultad de ciencias sociales de Cuenca, núm. 2, 2011, p.6.

²⁰ Esta tiene su germen en el encargo que se destino a una parlamentaria inglesa de nombre *Wornok*, que tuvo el encargo de encontrar una solución legislativa al problema de la protección del embrión. ZAPPALÁ, F. “*Estatuto jurídico del concebido*”, N^o. 7, 2007. p. 268.

titular de derechos sobre el apoyo de estos derechos de tipo patrimonial, a pesar de estar ellos subordinados al nacimiento. El razonamiento, erróneo, que lleva a considerar al concebido como titular de una cierta capacidad jurídica tiene su base en el hecho de tener esa limitada capacidad jurídica respecto a esos derechos patrimoniales, por tanto (dado que la subjetividad jurídica se entiende como titularidad de derechos y deberes), si es sujeto jurídico, “es persona con la prerrogativa de gozar de derechos fundamentales entre los cuales el derecho a la vida con la consecuencia de no poder ser suprimido”²¹.

Esta posibilidad que se presenta en el argumento anterior ha sido desestimada por la jurisprudencia y doctrina occidental, dejando sin efecto el derecho a la vida desde su inicio para permitir, para casos graves y de serio peligro de la salud de la mujer. Es por ello que para estas situaciones se contempla la legitimación o la capacidad jurídica por parte de la madre y no del concebido.

II. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La parte activa de la acción demandante serán los padres o la madre, en todo caso, cuando se produce la situación característica del *Wrongful Birth*. Producida esa privación de información fundamental y necesaria respecto a su embarazo, surge la pretensión indemnizatoria, el derecho a la interrupción del embarazo que ha sido sesgado²².

La aclaración acerca de quién es el actor en estas demandas es de gran importancia, pues o se realiza por ambos padres o por la madre, pero nunca el padre en solitario. La explicación es simple, dado que el aborto es una práctica inherente, inseparable a la mujer; se trata de una decisión personalísima, intransferible. Por tanto, si el derecho que se lesiona es esa información sobre el feto, con la que se pretendería, supuestamente, una interrupción del embarazo en caso de concurrir anomalías o defectos en éste, la acción con pretensión indemnizatoria sólo podrá ser realizada por la madre, pues ha sido su derecho el lesionado.

No obstante hay que abandonar por un momento el ámbito respecto a las personas legitimadas para ejercitar la acción, atendiendo a aquellas que pueden solicitar una

²¹ ZAPPALÁ, F. “Estatuto jurídico del concebido”, N° 7, 2007. p. 267.

²² Una característica básica de las acciones de *Wrongful Birth* es su estrecha relación con la legalidad del aborto y su regulación (por motivos embriopáticos, malformaciones genéticas). Actualmente regulada en la LO 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

indemnización. Este es el caso de aquellos parientes próximos que hayan sufrido algún daño personal o patrimonial, situación esta que se supone en los padres. Estos supuestos la responsabilidad del actor negligente queda condicionada por la aplicación de la teoría del daño indirecto o del rebote²³, que restringe bastante el ámbito de los legitimados. La causa de esta teoría se encuentra en la incidencia que la enfermedad ha tenido sobre la esfera personal y patrimonial de estos terceros que conviven con él. Este sería el caso de hermanos o abuelos que conviven y cuidan de los afectados.

III. EFECTOS DE LA LO 2/2010 SOBRE LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH*

Con la regulación vigente desde 2010 se da un paso hacia la regulación más extensiva del aborto, dejando atrás el modelo basado en sistema de motivos como la indicación embriopática. La nueva norma conforma un nuevo sistema de plazos e indicaciones:

- Interrupción voluntaria del embarazo, semanas 1-14; hay una libre voluntad de la gestante sin necesidad de alegar motivos para ello. Para llegar a esa decisión debe haber una información previa para que esta sea consciente. Dado que los supuestos de *Wrongful Birth* se construyen sobre la falta de información o información negligente, entra dentro de la regulación de la ley. Su decisión sobre la interrupción está viciada por la falta de información acerca de los factores relevantes. Esta negligencia equivale pues a la privación real del derecho a abortar²⁴.

Este nuevo texto plantea la hipótesis de la interrupción por posibles defectos o enfermedades de una entidad menor, lo que lleva a preguntarse si será posible reclamar indemnización en esos casos leves. Si bien el texto permite la libre interrupción por

²³ “*El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo*”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 23, 2011, p. 85.

²⁴ PACHECO JIMÉNEZ, M^a N. “*Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*”, Facultad de ciencias sociales de Cuenca, núm. 2, 2011, pp. 10-11.
-Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Art. 14.
www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-3514. Fecha de consulta: 15/06/2016.
MACÍA MORILLO, ANDREA “*El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo*”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 23, 2011, pp. 90-92.

motivos relacionados tanto con el feto como con la propia gestante, se plantea también si, desde el punto de vista de la responsabilidad, hay daño por omisión o por información incorrecta sobre defectos leves, considerando que dan lugar al derecho a abortar. La solución pasa por la siguiente disociación: la regulación de la interrupción voluntaria y la regulación de la responsabilidad civil. Si bien la gestante tiene derecho a abortar por cualquier razón durante esas 14 semanas, resultaría desproporcionado desde el punto de vista de la responsabilidad civil, resultando correcta la negación de la indemnización sobre una negligencia de defectos leves. Esa levedad hace preguntarse sobre la relevancia de la información omitida, pues ha de entenderse que el presupuesto para tomar una decisión libre y consciente se acaba apoyando sobre la información que sea relevante. Se considera que no hay lugar a una privación de esa libertad de interrupción²⁵.

- Semanas 14-22; se mantiene el sistema de indicación embriopática aunque sufre algunas variaciones, como la existencia de un riesgo grave de anomalías en el feto, además de estar plasmado en un dictamen que debe ser previo a la intervención. Éste debe estar prescrito por dos médicos especialistas que sean distintos de los que vayan a practicar esa intervención²⁶.
- Semana 22- hasta finalización del embarazo²⁷; se produce una ampliación del periodo de la indicación embriopática. Dentro de este nuevo plazo deberá ser posible detectar las anomalías o enfermedades para poder considerar la omisión de la información como

²⁵ “El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 23, 2011, pp. 92-93.

²⁶ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Art. 15 a) y b).
En realidad este sistema rige desde la primera semana de gestación, pues se produce un solapamiento sin necesidad de alegar causa alguna como se especifica en este apartado, por lo que en acudiría a una interrupción voluntaria aplicando el art. 14, a pesar de existir las causas del 15.
Vid.25. p.89.
www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-3514. Fecha de consulta: 15/06/2016.

²⁷ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Art. 15 c). Se trata de un sistema restrictivo referido a 2 figuras: el de las anomalías fetales incompatibles con la vida, y una indicación embriopática agravada “cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.
www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-3514. Fecha de consulta: 15/06/2016.

negligente. Con esta regulación es posible la interrupción hasta el final del periodo sólo en el caso de detectarse enfermedades extremadamente graves e incurables, lo que a su vez conlleva que el plazo durante el que se puede reclamar esa negligencia médica se amplía también. Por tanto, la gestante podrá acudir a la interrupción voluntaria del embarazo por motivos embriopáticos en cualquier momento de gestación, incluso pasados las 22 semanas²⁸.

2. RESPONSABILIDAD Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

I. RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO

a) NEGLIGENCIA COMO PRESUPUESTO DE IMPUTACIÓN

Como ya se ha explicado, las acciones de *Wrongful Birth* provienen por la actuación del profesional sanitario que no ha advertido a los progenitores de algún mal o anomalía en el feto, nunca siendo él quien provoca tal mal. En todo caso esta situación de desinformación debe darse antes de la concepción o del periodo para la interrupción voluntaria del embarazo. El núcleo de esta cuestión es resolver si la responsabilidad que se atribuye al profesional sanitario tiene lugar siempre que haya nacimiento del niño enfermo, o sólo en los supuestos en los que hubiera una posibilidad real de detectar ese mal con anterioridad al plazo de interrupción o nacimiento.

Nuestro Ordenamiento parte de la idea de responsabilidad por culpa, estableciendo como regla general de imputación de responsabilidad en el ámbito de estas acciones (actuación negligente del profesional sanitario). Es por ello que la responsabilidad por *Wrongful Birth* de los profesionales sólo concurre cuando se deba a una conducta culpable o negligente, debido a una mala praxis que derive en la privación de la

²⁸ Hasta esta nueva regulación de 2/2010 de 3 de marzo, el plazo límite era el de 22 semanas, lo que originaba que aquellos en los que la propia manifestación de la enfermedad fuera en un periodo posterior o el estado de la ciencia médica no tuviera una técnica para diagnosticarla, no podía haber lugar a una reclamación, pues no era debido a la negligencia médica sino al estado de la ciencia.

Caso ejemplificativo; SAP Barcelona de 5 de abril de 2001, en que se indica que el mal que afectaba al feto (síndrome de *Cornelia Lange*) es imposible de detectar en la 22ª semana de embarazo.

“El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 23, 2011, p. 93.

información a los progenitores respecto a riesgos o males del feto. Sin embargo, los casos en los que el profesional sanitario haya seguido diligentemente el proceso de diagnóstico y su comunicación, no tendrá amparo la reclamación de responsabilidad, a pesar de que el diagnóstico no sea consecuente con la situación del paciente²⁹.

De modo que se plantean dos diagnósticos; el erróneo, debido a que no se ajusta con la realidad del paciente, y el negligente. El diagnóstico erróneo es un riesgo que va unido a la ciencia médica y puede ocasionarse en un diagnóstico que ha seguido la diligencia profesional adecuada. Deberá de entenderse estos como no generadores de responsabilidad, pues en el contexto de las acciones de *Wrongful Birth* se imputa a partir de un criterio de culpabilidad. Por ello el mero error médico no será suficiente, debiendo estar presente un comportamiento negligente³⁰.

Frente a un diagnóstico erróneo se deberá analizar el supuesto concreto: averiguando si ese resultado era el único posible por el estado de la ciencia médica; o si ese diagnóstico se produjo por un comportamiento negligente, existiendo medios suficientes para un resultado correcto, con el fin de investigar quién es el autor de ese comportamiento.

Este comportamiento negligente no se encuentra acotado sólo en la situación del diagnóstico y su información sobre el feto a los progenitores, sino que abarca cualquier situación de la atención médica que pueda incidir en el diagnóstico³¹. Es decir, que se

²⁹ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, pp. 193-194.

“El caso fortuito y la fuerza mayor se sitúan como reverso de la culpa: lo imprevisible e inevitable es precisamente aquello respecto de lo que no existe un deber de actuación para el sujeto, cuyo comportamiento resulta, por tanto, diligente”. La discordancia entre los términos no culpa, caso fortuito y fuerza mayor tiene lugar cuando se interpretan conforme al criterio del riesgo, de modo que se imputa la responsabilidad al titular de la actividad no solo por la culpa, sino también por el caso fortuito. Este concepto de caso fortuito no responde a la responsabilidad extracontractual subjetiva de las acciones de *Wrongful Birth*, de modo que su aplicación supondría objetivar la responsabilidad del profesional y respondería más allá de los límites de la diligencia.

³⁰MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 194, “(...) Habla en este sentido DE ÁNGEL YÁGÜEZ de «errores excusables» («Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad II», p. 144). La idea de error médico no genera en si misma responsabilidad, todo ello si se prueba que se siguieron los procesos correctos de diagnóstico y tratamiento.”

³¹MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 195.

“La variedad de supuestos que pueden dar origen a un falso negativo es enorme, sobre todo si se tiene en cuenta la pluralidad de los intervinientes en el acto médico y la cantidad de tareas que se encuentran implicadas en un proceso de diagnóstico. Estos comportamientos negligentes pueden agruparse en 3

genere un comportamiento negligente que acarree un fallo en el proceso diagnóstico o en su comunicación, generando el desconocimiento de información relevante sobre su descendiente en los progenitores. Para imputar la responsabilidad habrá de constatarse que el comportamiento negligente fue decisivo para la emisión del diagnóstico o la falta de éste.

b) LA LEY COMO LÍMITE DETERMINANTE DEL COMPORTAMIENTO EN LAS PROFESIONES SANITARIAS

La culpa o negligencia de la que trata la acción de *Wrongful Birth*, en el ámbito de la responsabilidad civil, se definirá como aquel comportamiento que se aleja de una determinada pauta de conducta que está prefijada, y que ocasiona un daño no querido o buscado. Es decir, la responsabilidad civil se basa en la contrariedad entre el acto acaecido y la norma de conducta, siendo irrelevante el comportamiento del autor (es suficiente el comportamiento objetivamente diverso del comportamiento capaz de evitar la lesión). Esta medida de la conducta se basa en criterios de interrupción del nexo causal (previsibilidad o evitabilidad del daño), pero no sólo de él, siendo central el criterio de la actuación diligente, caso en el que no se le imputará el daño de un evento pues no tenía deber de actuar.

Este criterio general de conducta ha sido concretado por la doctrina y jurisprudencia para el caso de la responsabilidad médica, estableciendo la figura del “buen profesional”³² conforme a la *lex artis*³³.

grupos: anteriormente al diagnóstico (falta de consejo de la conveniencia de someterse a un diagnóstico preconcepcivo o prenatal y consejo tardío); durante el diagnóstico (en la elaboración de los exámenes previos, en la elaboración del diagnóstico, o en su comunicación) o paralelamente al diagnóstico (incumplimiento de protocolos, defectos de organización, de material o de personal).”

³² MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconcepcivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 198.

Se establece la adecuación y agravación del parámetro de diligencia en consonancia con el art. 1104 Cc. Se adecúa la diligencia en el cumplimiento de las obligaciones a la naturaleza de la obligación. El desempeño de una actividad profesional que conlleva realizar una actividad especializada, convierte en inadecuada la remisión al parámetro de comportamiento general. Se sustituye, pues, un parámetro por otro, adaptándolo o concretándolo a las circunstancias, por la naturaleza técnica de la prestación.

³³ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconcepcivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 198. “Conjunto de saberes acumulados en cada actividad profesional médica, a través de los que se define el modo usual y

Pero a su vez, la fijación de este parámetro por el que se compara la conducta de cada grupo profesional, revela la existencia de una *lex artis* para cada profesión de la rama sanitaria. Ello se debe a que cada rama de la medicina tiene un saber científico distinto, siendo evidente que se parte de un referente común³⁴. De modo que se deberá fijar el parámetro correspondiente a cada una de las especialidades médicas, así cada profesional se atenderá a estas y no a otras ajenas.

II. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO

a) IMPUTACIÓN POR HECHO AJENO

El Ordenamiento español prevé además de la posibilidad de los supuestos de hechos propios, la imputación subjetiva a sujetos distintos de los autores materiales. La responsabilidad de estos sujetos distintos se justifica por la existencia de un vínculo entre los actores materiales o la víctima. El vínculo es el origen del deber de control de la actividad del tercero, control que motiva la imputación al tercero de los daños que ocasione³⁵.

Estas situaciones pueden acaecer en supuestos de *Wrongful Birth*, abriendo una nueva vía de reclamación, pudiendo ampliar las víctimas las reclamaciones de indemnización también a estos terceros. Hay que recordar que en ningún caso quedarían exonerados los

comprobado de realizar las actividades relativas a dicha profesión. Esta definición determina que no se pueda considerar un parámetro fijo o inmutable, sino que varía con el tiempo y los conocimientos científicos.”

³⁴ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 199.

ROMERO COLOMA, A. (2002, Montecorvo), “*La medicina ante los derechos del paciente*”, p. 145.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (1998, Tecnos), “*Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*”, p. 119. “... es cada grupo el que crea su modelo de diligencia”.

³⁵ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 265. “... la imputación se realiza (...) o bien a partir de criterios objetivos relacionados con la producción del daño en la esfera de riesgo que la ley pone a cargo del responsable. Es a esta esfera de riesgo a la que pertenece la idea de vinculación aquí enunciada (...); vinculación que existe igualmente en el marco de una imputación por culpa o negligencia, en la medida en que la culpa en la responsabilidad por hecho de tercero parte de una previa relación de elección o control del sujeto agente por parte del responsable indirecto. JORDANO FRAGA (*La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid 1994, pp. 27-28)”.

agentes del daño, facilitando la posición de la víctima a la hora de interponer la acción³⁶.

Dentro de la imputación por hechos ajenos se dividen estas acciones en 2 tipos:

- Las que para imputar la responsabilidad de la acción dañosa deben cometerse por el causante en el ejercicio de las funciones que le habían sido encomendadas, siguiendo las órdenes de un principal³⁷. Debe existir una relación de dependencia entre el agente productor y el responsable indirecto.
- Frente a la anterior, aquellas otras en que el “deudor” asume la obligación de llevar a cabo la prestación pactada, sin depender del vínculo entre el agente productor y el responsable indirecto (entre el que lleva a cabo la prestación y el “deudor”). El “deudor” responderá por los daños causados, pues no puede exonerarse de la obligación que contrajo, delegando su cumplimiento en otro³⁸. Responde por las acciones de sus auxiliares.

³⁶ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 266, en referencia a “CAFFARENA LAPORT'A («Artículo 38», en *Comentarios del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 242-247, p. 244), la responsabilidad por hecho ajeno «no excluye la posibilidad de que el perjudicado ejercite la acción de indemnización frente a la persona física, representante de la jurídica, que haya sido causante material del daño (v. art. 43 LRJAE)»”.

De modo

³⁷ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 268, en referencia a: “YZQUIERDO TOLSADA {*Sistema...*, p. 272), «averiguar si la actividad dañosa tuvo lugar en el marco de una actuación realizada en exclusivo interés particular del agente o si, por el contrario, se trataba de actos situados, siquiera tendencialmente y por mucho yerro que mediara en su ejecución, en la esfera del servicio o beneficio para el empresario».”

³⁸ Código de Ética y deontología médica, art. 17.1: “El médico deberá asumir las consecuencias negativas de sus actuaciones y errores, ofreciendo una explicación clara, honrada, constructiva y adecuada.”

Art. 39.2: “*Cuando el médico considere necesario una segunda opinión, puede proponer al colega que considere más adecuado como consultor o aceptará al que elija el paciente. Si sus opiniones difieren sustancialmente y el paciente o su familia decidieran seguir el dictamen del consultor, el médico que venía tratando al paciente queda liberado de continuar su asistencia.*”

Art. 40.2: “*La responsabilidad deontológica del médico no desaparece ni se diluye por el hecho de trabajar en equipo.*”

Art. 41.2: “*El médico respetará el ámbito de las competencias de sus colaboradores. Procurará que cada miembro del grupo cumpla correctamente sus obligaciones específicas.*”

www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf. Fecha de consulta: 25/06/2016.

MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, pp. 269-270.

b) RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO EN EL MARCO SANITARIO

Debido a la pluralidad de profesionales sanitarios que intervienen en un mismo acto, este tipo de situaciones suelen darse con mucha asiduidad. Esta agrupación de profesionales en torno a un mismo caso hace mejorar la calidad de la asistencia, pero a su vez eleva la posibilidad de que se produzcan daños.

La mayoría de estos supuestos de responsabilidad surgen en el contexto del reparto jerarquizado que caracteriza a esta área. Es en este marco donde surgen las situaciones de dependencia de auxiliares en el momento de ejecutar la prestación. A pesar de que suele darse en situaciones de reparto vertical, no se puede desechar la posibilidad de situaciones de responsabilidad por hecho ajeno horizontales. En estos casos de igualdad, se responderá en función de las relaciones de dependencia que se establezcan entre los profesionales, o si se asume una obligación que acaba siendo ejecutada por otro.

Hasta ahora se ha ofrecido una descripción general, pero hay una serie de supuestos que tienen más relevancia en el contexto del *Wrongful Birth*:

- Asistentes y auxiliares: se trata de aquellos profesionales sanitarios de los que se sirve otro, como un médico, para el desarrollo de su profesión por cuenta propia. En estos supuestos el criterio general es que responda el titular de la consulta. Mientras que cuando se desarrolla por cuenta ajena, será el principal quien responda por los hechos de los sujetos de los que se sirve para el desarrollo de las prestaciones. Esto no es óbice para que se pueda repetir la indemnización contra el autor material, además de contra el superior jerárquico de éste, bajo cuyo control estaba³⁹. Es característico de este tipo de vinculaciones, las relaciones de dependencia o situaciones de de ejecución de prestación asumida por el “deudor”.

Todo esto originará que ante situaciones de falso diagnóstico, cuando provenga de la actuación de un auxiliar, éste responda como responsable por hecho propio, y el principal como ajeno.

³⁹ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, pp. 273-274.

- Sustitutos: las sustituciones que tienen un mayor interés son entre médicos, dado que son los que ocupan la posición de principal en las presentaciones de diagnóstico y, por tanto, los que suelen ser demandados. Las sustituciones en el ámbito sanitario son las situaciones por las que un profesional (sustituto) realiza una actividad que le correspondía a otro profesional (sustituido) de igual o menor rango que él.

Estas sustituciones serán posibles siempre y cuando se cubran las necesidades del paciente y no obre negligentemente. La responsabilidad dependerá del vínculo de dependencia entre uno y otro.

Pero, como defiende Miguel González, hay actividades como deberes de cuidados o prevención de daños, en las que esa relación de dependencia no está presente⁴⁰. Este sujeto que delega la ejecución de la actividad estará obligado a desplegar cierta diligencia mediante un control sobre el sustituto, pues en caso contrario podría resolverse con una responsabilidad por hecho ajeno dañoso. No podrá exonerarse de su deber de cuidados encargándoselo a un tercero⁴¹, aunque no exista relación de dependencia.

No se podrá suponer una responsabilidad del sustituido en todo caso. El principio de confianza dice que no podrá hacerse cargo por unos hechos cometidos por un tercero que no depende de él, cuando todo hiciera pensar que este tercero era competente y de confianza para llevar a cabo adecuadamente la función concreta.

- Estudiantes, residentes y profesionales en supervisión: estos tres sujetos intervinientes tienen la característica común de que se encuentran sometidos a una supervisión de su actividad. Esto se traduce en la posibilidad de reclamación por hecho ajeno al supervisor.

a) Es habitual la presencia de estudiantes en las instituciones sanitarias, pues forma parte de su formación, aunque generalmente se limita a observar sin llegar a realizar intervenciones (en caso contrario suelen ser tareas menores y bajo supervisión). Es muy poco común que estas intervenciones desemboquen en supuestos de *Wrongful Birth*.

⁴⁰ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, p. 275.

⁴¹ Código de Ética y deontología médica, art. 40.2: “La responsabilidad deontológica del médico no desaparece ni se diluye por el hecho de trabajar en equipo.”
Art. 41.2: “El médico respetará el ámbito de las competencias de sus colaboradores. Procurará que cada miembro del grupo cumpla correctamente sus obligaciones específicas.”

- b) En el caso de residente o estudiantes de MIR, su intervención en actos médicos tiene mayor peso, lo que comporta un aumento en la probabilidad de entrar dentro de una acción por *Wrongful Birth*. A pesar de tratarse de personas en formación, de una mayor cualificación, no deja de aparecer el control de supervisión que recae sobre ellos⁴². El resultado de este escenario es la posible responsabilidad del supervisor o institución, como la del propio estudiante.
- c) Profesionales sanitarios sometidos a supervisión: se trata de Técnicos Superiores de Formación Profesional en anatomía patológica y citología, en diagnóstico clínico, etc. En estos casos es clara la relevancia en la fase de prueba en diagnósticos, por tanto en casos de *Wrongful Birth*. La cuestión que surge en este tipo de situaciones es si responderá o no el supervisor por los daños originados por el técnico. Lo común es que el “contrato” con el paciente lo celebre el técnico, resultando no sólo la responsabilidad del técnico, sino también del supervisor de la actividad como responsable por hecho ajeno⁴³.
- Equipos o grupos médicos: son agrupaciones de profesionales de una misma cualificación, que intervienen de forma conjunta, previa organización entre ellos de las actividades a realizar⁴⁴. De este modo sólo comprende a aquellos profesionales que estando en interviniendo en un mismo lugar o con un mismo paciente, desarrollen su

⁴² Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, en su art. 4.1 a), b) y c), describe como la tutela o supervisión como característico del proceso por el que se obtiene el título de médico especialista, a través de “una práctica profesional programada, tutelada y evaluada, una formación teórico-práctica que le permita alcanzar progresivamente los conocimientos y la responsabilidad profesional necesarios para el ejercicio autónomo de la especialidad, mediante su integración en la actividad asistencial, ordinaria y de urgencias del centro.”

www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-17498. Fecha de consulta: 25/06/2016.

⁴³ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 280.

⁴⁴ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 286, con referencia a: “Martín Bernal (*Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, p. 294), la idea equipo médico se fija a partir de profesionales de igual categoría, sin perjuicio de que el grupo se integre también por otros profesionales -auxiliares de éstos-, respecto de los que la organización del trabajo es jerárquica. Lo que no es preciso es una misma especialidad de estos profesionales.”

Código de Ética y deontología médica, art. 41.2: “*El médico respetará el ámbito de las competencias de sus colaboradores. Procurará que cada miembro del grupo cumpla correctamente sus obligaciones específicas.*”

actividad conjuntamente. Estos equipos médicos deberán tener una organización interna, ya sea vertical u horizontalmente, lo que ayudará a identificar a los responsables en caso de derivarse daños al paciente⁴⁵.

En los equipos médicos que opten por un sistema de división vertical o jerárquica, el responsable por hecho ajeno será el que ostente la posición de principal. Se considera que es él quien coordina y se encarga de que el grupo funcione, dirigiendo las acciones de estos, neutralizando los posibles peligros o daños que puedan surgir para el paciente, etc. A estos rasgos característicos de la división vertical hay que añadir dos excepciones respecto a la imputación de responsabilidad. Primero para el caso de que el daño se devenga de una visión conjunta del equipo del problema, respondiendo todo el equipo por hecho propio. Y segundo, para el caso de que el autor del daño hubiera actuado sin estar bajo la dirección del principal o jefe, y este hubiera sido designado específicamente por el paciente, será únicamente el autor el que responda⁴⁶.

En los casos de optar por un sistema de división horizontal, se toma a uno de los componentes del equipo como representante frente al paciente. Se trata de una finalidad meramente organizativa más que de asumir, por parte de este miembro del equipo, el riesgo. En este tipo de división organizativa responderá cada miembro por hecho propio, pues es posible la individualización de su actuación.

⁴⁵ Código de Ética y deontología médica, art. 40.3: “*La jerarquía del equipo médico deberá ser respetada, pero nunca podrá constituir un instrumento de dominio o exaltación personal. Quien ostente la dirección de un equipo cuidará que exista un ambiente de exigencia ética y de tolerancia para la diversidad de opiniones profesionales.*”

www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf. Fecha de consulta: 26/06/2016.

⁴⁶ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 287, referencia a: “GONZÁLEZ MORAN (*La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona 1990, p. 143): «en este caso, los cuidados prestados por este médico, salvo en el momento en que actuaba bajo la dirección inmediata del cirujano, no comprometen la responsabilidad de éste»”.

CAPÍTULO III: RELACIÓN DE CAUSALIDAD

1. CONCEPTO

El nexo causal en las acciones de *Wrongful Birth* es una de sus particularidades más complejas de fijar. Consiste en determinar la relación entre el nacimiento y la acción u omisión del cuerpo sanitario, que en todo caso se encontraría quebrada por la supuesta decisión de la madre de abortar⁴⁷.

La metodología que se utiliza para estos casos es el recurso a la causalidad hipotética. Se quiere evitar la aplicación estricta del nexo causal como actividad probatoria, pues en tal caso los padres o la madre del recién nacido se verían compelidos a demostrar que su intención, una vez conocen la información, sería acudir al aborto. Siendo imposible probar cual era la voluntad interna personal de los progenitores o la madre, entran en escena los cursos causales. Estos recursos, en primer lugar, tratan de fijar si la culpa del médico fue la causa originaria de que posteriormente la madre no tuviera la opción de abortar. Seguidamente debe probar si, verificado el primer curso causal, teniendo la madre la posibilidad de abortar, habría decidido hacerlo. Por tanto el núcleo es conocer cuál habría sido la decisión de la madre⁴⁸.

2. INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL

En las acciones de *Wrongful Birth* pueden suceder una serie de eventos que interrumpan la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño que origina. Ésta situación daría lugar a una exoneración de la responsabilidad del agente, considerándose que el daño es producido por el hecho interruptor. Esos eventos interruptores se producirán normalmente con anterioridad al falso negativo, siendo la

⁴⁷ GALÁN CORTÉS, J. C. (2011), “*Responsabilidad civil médica*”, Civitas, Cizur Menor, p. 428. Esta problemática causal sólo se aplica a los daños morales y al impacto psicológico derivado del *Wrongful Birth*.

⁴⁸ PACHECO JIMÉNEZ, M^a N. “*Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*”, Facultad de ciencias sociales de Cuenca, núm. 2, 2011, p. 11.

causa del mismo. Algunos de estos eventos interruptores del curso causal son los siguientes.

I. CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

Evento que produce la interrupción del curso causal entre el comportamiento del responsable y el daño. Teniendo lugar un evento que sea impredecible o inevitable, se debe considerar que el profesional sanitario no pudo ajustar su comportamiento a los parámetros de la ley, por lo que se considera que actuó diligentemente, sin su culpa⁴⁹.

La extensión y definición de estos eventos deben remitirse a los sistemas de criterios de riesgo para poder imputar responsabilidad. Estos sistemas se interpretan sobre la base de un riesgo asumido y se declara la responsabilidad del actor en cuyo ámbito de control se produce el daño, siendo exonerado cuando el daño provenga fuera de esa esfera⁵⁰.

En el ámbito de las acciones pro *Wrongful Birth* es posible que el falso negativo del que emanan se deba a una situación de caso fortuito o fuerza mayor, no imputándole al profesional sanitario la responsabilidad por tal evento. Se está incluyendo tanto a los falsos negativos como otros eventos que influyan en la elaboración del diagnóstico, provocando el error, cuyo origen no está en la responsabilidad del profesional o en una omisión de una conducta debida de acuerdo con la ley⁵¹.

La mayoría de estos casos se plantean como eventos cuya producción se centra en el marco de la actividad, o en el ámbito de control del profesional sanitario (caso fortuito). Los supuestos de fuerza mayor se producirán sólo en la fase de comunicación del

⁴⁹ RD de 24 de julio 1889 por el que se publica el Código Civil, art. 1105: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.”

www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763. Fecha de consulta: 27/06/2016.

⁵⁰ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, pp. 500-501.

⁵¹ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, p. 503, “(...) donde se manifiestan con mayor claridad es en materia de pruebas médicas. En dichos casos puede producirse la intervención de un factor extraño que malogre el resultado de la prueba; factor que, si bien puede ser previsto, no puede ser evitado ni prevenido (v. gr., pruebas de cultivos en las que existe la posibilidad de que la muestra se malogre por factores ajenos a la actividad del profesional sanitario el cual, aunque conoce esta posibilidad, no puede evitarla; o fallos de resultado debidos a un defecto intrínseco del instrumental o del aparato empleado para la práctica de la prueba).”

diagnóstico cuando éste ya se hubiera elaborado, pues las fases previas son externas al ámbito de control de los médicos.

Se debe plantear la cuestión de si se produciría esa exoneración en casos de fuerza mayor y caso fortuito cuando, además del hecho extraño al profesional sanitario, él realiza un comportamiento que también conduce al falso negativo.

La solución más proporcionada para estos supuestos consiste en hacer una distinción al igual que en las situaciones de intervención causal de sujetos diversos, de modo que si su actuación se revela suficiente para producir el falso diagnóstico, será responsable. Pero si el daño se debe a la conjunción de ambos eventos, sólo será responsable el profesional sanitario de su contribución causal⁵².

II. LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y SU INTERVENCIÓN

En los supuestos de *Wrongful Birth* hay situaciones en las que la víctima del daño contribuye a provocar el defecto en la información acerca de la salud del feto (culpa de la víctima), de modo que el nexo causal se interrumpiría respecto del comportamiento del profesional sanitario⁵³. Hay distintos ejemplos de este tipo de comportamientos, el más claro sería el supuesto en el que la víctima, a la hora de proporcionar la información para elaborar los antecedentes clínicos, omite voluntariamente algunos datos o falsea las respuestas. En supuestos de diagnósticos erróneos se le imputaría a la víctima el daño por no conocer tal diagnóstico, o por renuncia a conocerlo.

Únicamente se producirá la ruptura del nexo causal y, por consiguiente, exoneración de responsabilidad, en los casos en que el falso negativo del que derivan los daños

⁵² MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 504, “(...) tanto De Ángel Yágüez (*Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid 1993 p. 758), como Lacruz Berdejo, *et al.* (*Elementos de Derecho Civil II*, Volumen segundo, Nueva edición Revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid 1999, pp. 495-496), sostienen que se ha de proceder a un reparto o minoración del resarcimiento. Como indica el segundo autor, «no es justo ni exonerar de todo el daño al agente, ni ponerlo todo a su cargo: debe resarcir en proporción a la entidad del daño puesta por él».”

⁵³MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 504, “De Ángel Yágüez (*Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid 1993 p.816), es necesario que tal comportamiento fuera imprevisible para el agente; requisito que indica que es aceptado por la doctrina y numerosa jurisprudencia. No existiría ningún tipo de culpa en el agente.”

reclamados sea imputable solamente al comportamiento de la víctima. En los supuestos de concurrencia de culpas (profesional y víctima por igual), se considerará que el daño se causa por ambos a partes iguales, salvo que el comportamiento de la víctima venga propiciado por la negligencia del profesional sanitario. En estos últimos supuestos sólo responderá el profesional sanitario.

Cuando se da un supuesto de concurrencia de culpas, se graduará la cuantía de la indemnización en función de la intervención de la víctima, atribuyendo la responsabilidad al profesional sanitario en la medida que contribuyó al daño⁵⁴.

La práctica para realizar estas minoraciones o graduaciones parte del examen del nexo causal. La doctrina argumenta que de este modo se realiza un reparto teórico entre la víctima y el profesional sanitario, lo que significará que el demandado sólo responderá del monto total de la indemnización que le corresponde por su contribución al daño⁵⁵. La cuantía a indemnizar se graduará “en proporción a la intervención que haya tenido la víctima en la causación del daño (en este caso, en la causación del falso negativo del que derivan los daños). Con ello, se atribuye la responsabilidad al profesional sanitario únicamente en la medida en que contribuyó a causar los daños⁵⁶”.

III. INTERVENCIÓN DE TERCERO

Se trata de que en el marco de la prestación del diagnóstico por el profesional sanitario, interviene un sujeto ajeno al control de éste provocando el daño, el falso negativo. La interrupción del nexo causal se debe a esa intervención del tercero en la cadena de acontecimientos. Esta teoría o criterio se conoce como la “prohibición de

⁵⁴ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 507, “De Ángel Yáguez señala que el juego de la compensación de culpas ha sido «el instrumento ideado por el Tribunal Supremo para disminuir la obligación de indemnizar hasta donde o en la medida en que el propio dañado sea artífice de su daño, cuyo efecto es aminorar, por imperativos de equidad, la indemnización debida al demandante».”

⁵⁵ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 508. Tradicionalmente había sido práctica habitual de la jurisprudencia aplicar el 1103 Código Civil para la minoración o graduación, pero como señalan Pantaleón Prieto y Díaz Alabart, “para alcanzar ese resultado de compensación perseguido no es necesario acudir al artículo citado, sino que bastaría con aplicar las reglas generales de los artículos 1101 y 1902. (...) ha de distribuirse el daño determinando en qué grado o con qué intensidad han puesto las condiciones adecuadas al resultado producido”.

⁵⁶ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 507.

regreso”, es la intervención dolosa de un tercero en el nexo causal desarrollado por el que es demandado⁵⁷.

La responsabilidad del responsable será exonerada excepto en algunas situaciones: que la intervención del tercero fuera conforme a derecho; que se hubiera visto favorecida notablemente por la actuación del agente; o que fuera una de las situaciones que intentaba prevenir la norma de conducta⁵⁸. Estos posibles casos de exoneración vienen apoyados por el principio de confianza, conforme al cual el profesional sanitario podía confiar en la intervención de otros profesionales que no resultaran manifiestamente negligentes o incompetentes.

3. EL NEXO CAUSAL EN LOS DIAGNÓSTICOS PRENATALES

Esta cuestión se encuentra subdividida en dos supuestos: por un lado los daños que se derivan de las actuaciones que suceden en eventos anteriores al nacimiento; y por otro los daños que se derivan posteriormente. La existencia de este nexo causal se puede identificar entre el comportamiento del profesional sanitario y el daño que se reclama, daño que es posterior al nacimiento.

I. DAÑOS RELACIONADOS CON EVENTOS ANTERIORES AL NACIMIENTO

En este tipo de supuestos el nexo causal se ha de establecer en relación con la facultad de abortar por parte de los progenitores o de la madre, teniendo en cuenta los posibles daños morales que se derivan por la falta de preparación psicológica ante tal evento.

El procedimiento para constatar la relación de causalidad consiste en los siguientes pasos. Primero se debe constatar el nexo causal fáctico entre la intervención del profesional sanitario y el falso negativo. También puede establecerse la relación causal

⁵⁷ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, pp. 510-511. Definición de “prohibición de regreso” otorgada por Pantaleón Prieto.

⁵⁸ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p.513.

entre el falso negativo y un evento que se haya producido en el ámbito de control del sujeto al que se le imputa la responsabilidad.

En segundo lugar, se debe constatar que el falso negativo produce el daño que se reclama. Para el supuesto de privación de facultad de aborto como daño se debe constatar si el falso diagnóstico elimina o no el supuesto de hecho de la norma. Esta facultad sólo surge en el caso reflejado por la norma, pues es un supuesto de despenalización de una conducta típica, que el feto vaya a nacer con graves taras físicas⁵⁹. Por ello si no se subsume la norma al caso concreto, no se puede producirse la consecuencia jurídica de interrumpir el embarazo. De modo que es claro que existe ese nexo causal entre el comportamiento del profesional sanitario y el daño. Es posible establecer un curso causal entre los daños y el comportamiento o eventos bajo su control que den como resultado un falso negativo⁶⁰.

⁵⁹ LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Art 15. Interrupción por causas médicas: *Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra 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 anomalías 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.*

Art. 16. Comité clínico: 1. *El comité clínico al que se refiere el artículo anterior estará formado por un equipo pluridisciplinar integrado por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra. La mujer podrá elegir uno de estos especialistas.*

2. *Confirmado el diagnóstico por el comité, la mujer decidirá sobre la intervención.*

www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-3514. Fecha de consulta: 30/06/2016.

⁶⁰ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 490, “Bércovitz Rodríguez-Cano («7 de junio de 2002», p. 864), existe un nexo causal entre la atención sanitaria deficiente y la privación a la madre de la facultad de decidir. La conexión entre el error de diagnóstico prenatal y la pérdida de la oportunidad de interrumpir voluntariamente el embarazo.”

II. DAÑOS RELACIONADOS CON EVENTOS POSTERIORES AL NACIMIENTO

La cuestión que se va a dirimir en este punto se centra en si se puede confirmar o no que el falso diagnóstico tuvo como consecuencia el nacimiento, pues los daños a que ahora me refiero derivan, directa o indirectamente, de ese hecho. Para poder constatar el nexo causal tiene que ser posible afirmar que la intervención del profesional sanitario propició el nacimiento, obstruyendo la facultad de abortar por parte de los progenitores.

Por tanto la cuestión es saber qué sucede cuando la facultad no se puede ejercitar debido a un comportamiento que evita que se constate el presupuesto de hecho. Nuestro Ordenamiento expone un argumento por el que afirma que, no poder decidir tiene en estos supuestos las mismas consecuencias que decidir en contra de la interrupción. Hay que tener en cuenta que en estos casos el resultado no es asumido por el titular de la decisión⁶¹.

Para la comprensión de estos casos se parte de la posibilidad de un nacimiento con graves taras físicas y psíquicas, el embarazo podrá ser interrumpido por la madre. Por tanto, frente a un supuesto de este tipo, se reconoce la posibilidad de aborto (LO 2/2010 de 3 de marzo), siendo necesario para la concepción no solo el nacimiento, sino también la decisión de no abortar.

En este marco, la intervención del profesional sanitario impide que se constate el presupuesto de hecho para interrumpir el embarazo, impidiendo que se refleje en el diagnóstico el verdadero estado de salud del feto⁶².

Por ende, se ha de entender que desde un punto de visto biológico, la intervención del profesional sanitario no causa el nacimiento. Pero desde el punto de vista jurídico, se puede considerar en cierto modo que si, dado que ese comportamiento elimina la posibilidad de interrumpir el embarazo, dando lugar al nacimiento⁶³.

⁶¹ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 492.

⁶² MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, pp. 492-493.

⁶³ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 494.

CAPÍTULO IV: EL DAÑO INDEMNIZABLE EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH

1. EL NACIMIENTO COMO DAÑO

Este apartado de las acciones de *Wrongful Birth* es uno de los que más discusiones suscitan, ya que algunos autores consideran el nacimiento como fundamento de estas acciones. La dificultad se presenta en establecer el daño que sirve de reclamación a los progenitores. Se presenta el nacimiento y la vida de un ser como daño para la vida de otras, la de los padres, lesionando así la dignidad del nacido.

La complejidad de establecer un concepto de daño en nuestro Ordenamiento se debe a la inexistencia de un concepto limitador que clarifique si una situación puede entrar dentro de su consideración. A pesar de la inexistencia de unos elementos delimitadores claros, se recogen en nuestro Ordenamiento unos valores que despejan y aclaran el concepto de daño indemnizable. Estos son los valores sociales, morales y el orden público, límites que siguen siendo vagos, pero que delimitan y califican los intereses protegidos y su menoscabo⁶⁴.

Pero recurrir a estos valores como parámetro para delimitar el concepto de daño indemnizable hace surgir algunas dudas, puesto que se trata de elementos difusos y con una menor seguridad que la de un límite jurídico definido. Se trata de valores abstractos, que en ocasiones no se encuentran claramente delimitados por la moral social, pues ésta es cambiante, por lo que deberá ser un concepto referido a un momento concreto. Además, son convenciones sociales de las que el individuo social puede mostrar desacuerdo, provocando la ruptura de ese acuerdo común sobre esa convención social, lo que acaba poniendo en entre dicho su aceptación como valor social⁶⁵.

⁶⁴ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, pp. 314-315.

⁶⁵ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, pp. 316-317.

Es el valor a la vida un concepto que encuentra su reflejo en nuestro ordenamiento, por tanto, no puede ser calificado como algo dañoso el nacimiento de un ser. Un bien jurídico no puede ser calificado como dañoso⁶⁶.

De Ángel Yágüez apunta que el objeto de la indemnización no es el nacimiento de un niño, pues no puede ser una persona un daño en sí mismo, pero no es así respecto del perjuicio económico que puede ocasionar el nacimiento de un ser enfermo. En este caso sí podrá considerarse que hay menoscabo, siempre y cuando la dolencia fuese desconocida debido a una información deficiente⁶⁷.

Este último apunte referente a los daños es el que se ha utilizado en las acciones de *Wrongful Birth*. El daño sobre el que se establece la responsabilidad no podrá ser el nacimiento, se parte desde un principio de la negación de que el nacimiento pueda considerarse un daño⁶⁸. En caso de establecer una consideración tal como “el nacimiento de un niño como daño” se provocaría una lesión de la dignidad humana. El desvalor hacia el niño no puede ser tolerado por un ordenamiento por motivos de humanidad⁶⁹.

En cuanto a la doctrina española, se ha mantenido cercana a las ideas de la teoría de la separación alemana (*trennungslehre*)⁷⁰, que considera excluida la posibilidad de

⁶⁶ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, p.317.

⁶⁷ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de “*wrongful birth*”. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”, *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 17, 2002, pp. 179 – 202.

⁶⁸ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, p. 317. “Según EMALDI CIRIÓN (*El consejo y sus implicaciones jurídicas*, p. 257) y MARTÍN CASALS (*Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish law: two wrongs in search of a right*, p. 190), es una posición unánime de la jurisprudencia y de la doctrina que el nacimiento de un niño no supone un daño. De hecho, así lo afirma la mayoría de nuestros autores (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, p. 175)”.

⁶⁹ Constitución Española, BOE num. 311, 29/12/1978, art.10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

⁷⁰MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, p. 318. “El enunciado de esta argumentación parte de que, desde un punto de vista teórico, se puede distinguir entre la vida -o el nacimiento del niño- y los gastos que genera su mantenimiento (*Unterhaltsaufwand, Lebensbedarf*), deber que pesa sobre los padres desde el momento en que se produce tal nacimiento. De hecho, se dice que es por estos últimos por los que se solicita indemnización y no por el nacimiento en sí.” MARTÍN CASALS, M. / SOLÉ FELIU, J., “Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*Wrongful Birth*)”, comentario a la STS, 1ª, 18/12/2003, pp. 9-10.

establecer el daño en el nacimiento, delimitando el daño en otros elementos relacionados con la manutención del niño. Es la idea de separar el hecho de la vida del niño, del daño que se reclama, lo que se ha transmitido a la doctrina española, consiguiendo definir el daño reclamado en las acciones de *Wrongful Birth*⁷¹.

A pesar de las argumentaciones de la doctrina, no se puede dejar en un lugar apartado las propias consideraciones que surgen en los progenitores, dado que no se puede evitar esta reflexión: si los padres buscaban tener un hijo y eso era su mayor felicidad, ¿se puede hablar del nacimiento como daño o perjuicio?

Si bien es cierto que se ha producido una negligencia por parte del personal médico y se debería resarcir por ello, no se puede dejar pasar por alto que el deseo de los padres se ha realizado, se estaría entrando en una situación contradictoria moralmente. ¿No se debería entender “compensado” ese sufrimiento o shock que sufren los padres con la propia vida del niño?⁷²

Por muy impactante y devastador moralmente que pueda resultar para los padres ese nacimiento “inesperado”, es totalmente reprobable la idea de pensar en su hijo como un daño, se trataría de un menosprecio a su dignidad humana. Esta situación que se plantea acerca de los padres podría tener repercusiones futuras negativas sobre ese niño, dado que se debe plantear esta cuestión: ¿si estos padres que se plantean este nacimiento como algo perjudicial y latoso, como van a cuidar y educar a este niño durante su desarrollo?, ¿le proporcionarán el mismo amor y cariño que a otro supuesto hijo sin esas taras?⁷³

La doctrina ya dio una respuesta a estas situaciones explicando que jamás puede fundarse el daño en el nacimiento del hijo, argumentando que nunca una persona puede ser un daño en sí misma, ya que se estaría faltando a la dignidad de la persona. Pero el acervo personal e interno de los padres jamás podrá ser alumbrado por el hecho de formar parte de su ser, sin llegar a conocer cuál es realmente su posición ante una situación semejante. Este es el verdadero dilema que se plantea en las acciones de *Wrongful Birth*,

⁷¹ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, pp. 318-319/ 324-325.

⁷² HIDALGO SUÁREZ, E., “Una paga para el que vive por error”, en *El País*, 7/09/2010. http://elpais.com/diario/2010/09/07/sociedad/1283810401_850215.html. Fecha de consulta: 11/07/2016

⁷³ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 316.

llegar a cuestionarse la verdadera posición de los padres, pues jurídicamente la doctrina ya dio respuesta.

Como última reflexión sobre el nacimiento como daño, cabe plantearse cómo argumentarían los padres biológicos si se negaran a la adopción del niño nacido con esas taras a otra familia que lo deseara, pues en este caso el niño ya no iba a repercutirles siendo responsabilidad de otra familia. Y en el caso de negarse y querer tener, cuidarlo y criarlo, ¿dónde se encontraría el daño que aluden los padres en sus reclamaciones, siendo que deciden tenerlo y cuidarlo? ¿Cómo se puede plantear ese daño si han decidido tenerlo cuando se les ha proporcionado una solución alternativa?

2. LA IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO: EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Una vez se ha explicado por qué la doctrina descarta la posibilidad del nacimiento como daño, cabe centrarse en la información de la que fueron privados o les fue omitida a los progenitores, su derecho a una información veraz. Esa desinformación origina en el paciente la imposibilidad de tomar una decisión coherente con sus ideas, pues sea cual sea la decisión que tome topará con esa falta de información. Todo ello provoca finalmente una vulneración de la dignidad de la persona en el ejercicio de su derecho a la libertad de procreación⁷⁴.

I. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD (*PERTE DE CHANCE*)

La idea de la pérdida de oportunidad es un argumento de origen francés, aceptado por nuestra doctrina. En el caso de las actuaciones médicas se trataría de un escenario en el que ante la posibilidad de curación o mejora del paciente, una situación casual o fortuita

⁷⁴ Constitución Española, BOE num. 311, 29/12/1978, art. 15:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

interviene en la actividad médica, impidiendo que ésta se pueda desarrollar o que se pueda hacer algo⁷⁵.

En el supuesto de las acciones de *Wrongful Birth* se trataría de haber evitado el nacimiento de un niño discapacitado, junto con los gastos y daños morales aparejados. La actividad del profesional se enlaza con el nacimiento del niño a través de esa oportunidad perdida⁷⁶.

Uno de los elementos que caracteriza a esta figura y que es clave, es la incertidumbre. No es posible saber si los padres, de haber sido informados sobre la sospecha de tener alguna enfermedad, se hubiesen sometido a alguna prueba prenatal, y en ese caso, acudir a la interrupción del embarazo. Es por tanto el daño en las acciones de *Wrongful Birth* esa pérdida de oportunidad, provocada por la omisión informativa, perdiendo la madre la posibilidad de someterse a alguna prueba esclarecedora⁷⁷.

A pesar de que ha encontrado una gran aceptación en la doctrina, tiene sus detractores. La desventaja que se alude es que este argumento se acerca más el daño al hecho del nacimiento del niño, pudiendo entrar en conflicto con la doctrina acerca del nacimiento como daño. Una de estas dudas es la correcta adecuación de la pérdida de oportunidad al supuesto del *Wrongful Birth*:

- Esta teoría se dice, suele referirse a la pérdida de oportunidad de tipo patrimonial. Sin embargo, la pérdida de oportunidad de interrumpir el embarazo que emana de la libertad de la mujer carece de un contenido patrimonial directo. A pesar de esta suposición se ha argumentado en sentido contrario, exponiendo que no hay un motivo por el que no se pueda aplicar a estas situaciones, y ampliando su aplicación más allá del daño patrimonial⁷⁸.
- Se critica la idea de *perte de chance*, señalándose que no existe esa idea respecto del nacimiento y sus gastos, dado que la decisión reside en el acervo personal de la madre y

⁷⁵ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, p. 344.

⁷⁶ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, pp. 344-345.

⁷⁷ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, p. 346.

⁷⁸ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, p. 347.
STS 10/10/1998, establece la aplicación en este ámbito corporal esta teoría.

no en el azar o algo aleatorio. Por tanto, la oportunidad perdida dependería de lo que hubiera decidido la madre, privándose por tanto de la posibilidad de decidir al respecto del nacimiento y los gastos derivados. Pero esta situación no se contempla en nuestro derecho, donde la concurrencia de los presupuestos que se recogen en la LO 2/2010 de 3 de marzo, sólo se precisará la voluntad de la progenitora⁷⁹.

- El último presupuesto requiere para ser apreciado que la víctima se encontrase en la situación idónea, de modo que pudiera transformar en hechos fácticos las oportunidades de las que se había visto privada. De este modo se excluye a la víctima que no se encontrará en posición de obtener la ganancia o evitar su pérdida⁸⁰.

Por tanto se puede terminar por exponer que esta teoría ofrece más complicaciones que soluciones, básicamente por dos elementos: la situación final beneficiosa, pues esta situación de beneficio se debería equiparar al aborto; y el elemento azaroso, pues no hay un elemento en las acciones de *Wrongful Birth* que puede encajar con él, siendo la voluntad de la madre la que ocupa su puesto. No se puede concretar que en los supuestos de decisión de aborto o concepción existan verdaderas oportunidades⁸¹.

II. EL PERJUICIO ECONÓMICO

El perjuicio que sufre los padres y familiares directos, abarca tanto el daño económico derivado de la enfermedad del niño, como el de la imprevisión de esa enfermedad o tara que sufre. La reclamación se centra en los distintos aspectos del alumbramiento, pero no en éste en sí mismo.

Uno de los perjuicios que origina la enfermedad del niño son los relacionados con el gasto añadido que conlleva su especial situación. En tal caso los padres no pueden ser indemnizados por esos gastos habituales que conlleva la crianza habitual de un niño, pues les es inherente (art.151 Código Civil)⁸². A pesar de esta afirmación, existen una serie de

⁷⁹ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, p. 347.

⁸⁰ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, p. 348-349.

⁸¹ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, p. 349.

⁸² RD de 24 de julio 1889 por el que se publica el Código Civil, art. 151: “No es renunciable ni transmisibile a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al

gastos que sobrepasan los habituales de la crianza en estas situaciones, derivados de la enfermedad del niño, son unos costes añadidos. Son gastos relativos a educación, vivienda y coche adaptados, etc.⁸³

Otro de los daños que surge en el contexto patrimonial es el relativo a la falta de previsión que provocan los anteriores gastos. El elemento clave es la imprevisión que provoca la enfermedad, el desconocimiento por parte de los padres hasta el nacimiento⁸⁴. El aumento del valor indemnizatorio viene por la premura que provoca estos gastos debido a la desinformación de los padres.

El cuidado y atención constante que requiere la enfermedad, origina en los progenitores un “daño rebote”⁸⁵, calificados y explicados anteriormente, por los que pueden reclamar. Por tanto, el daño experimentado por perjudicado directo, el niño, produce un daño sobre ambos progenitores, perjudicados indirectamente.

La amplitud de perjudicados que puede llegar a desarrollar las acciones de *Wrongful Birth* ha llevado a establecer unos parámetros. De modo que aquellas personas (hermanos, abuelos, tíos, etc.) que certifiquen un daño real en su esfera patrimonial por la situación del niño, podrán reclamar daños⁸⁶.

que ha de prestarlos. Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas.”

⁸³ 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”, p. 91.
MARTÍN CASALS, M. / SOLÉ FELIU, J., “Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*Wrongful Birth*)”. Comentario a la STS, 1ª, 18/12/2003, pp. 9-10.

⁸⁴ MACÍA MORILLO, A., “Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *Wrongful Birth*. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008”, pp.207-208.

⁸⁵ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, p. 366.
“(…) la posibilidad de que el daño directamente experimentado por un sujeto en su vida o integridad física o psíquica (víctima directa) repercute en la esfera personal o patrimonial de otro (perjudicado), ocasionándole un daño patrimonial o moral (según el bien afectado).”

⁸⁶ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, pp. 367-368.

MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*)”, p. 368, referencia a LACRUZ BERDEJO, J. L., “Elementos de Derecho Civil II, Volumen segundo”, Nueva edición Revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid 1999:

En nuestro ordenamiento el supuesto de limitación entre parientes “(…) no llegó a producirse, pues la aceptación de este tipo de daños se produjo de forma indirecta a raíz del problema de la indemnización por causa de muerte de la víctima del daño. En este ámbito, si bien en un inicio la reclamación parecía quedar restringida a los herederos del fallecido, no se trataba de la reclamación por el daño de rebote sino de un

III. EL DAÑO MORAL COMO FALTA DE PREPARACIÓN PSICOLÓGICA: SHOCK PSICOLÓGICO

Esta pieza que conforma el daño por acciones de *Wrongful Birth* se traduce en la conmoción psicológica que sufren los padres al ver como su hijo, que esperaban sano, sufre una enfermedad o tara física totalmente inesperadas. Este tipo de daños morales se caracteriza por esa imprevisión del nacimiento, como también las situaciones de impotencia por la posibilidad de haber evitado esta situación con un buen diagnóstico prenatal. Pero dentro de los daños morales se puede diferenciar entre el shock psicológico que se produce en el nacimiento, del que se produce a lo largo del desarrollo del niño durante su vida. Es ese lapso temporal el que permite diferenciar uno de otro⁸⁷.

En cuanto al shock que produce la imprevisión del nacimiento, conviene matizar las argumentaciones al respecto, pues cualquier conocimiento previo al nacimiento desnaturalizaría este daño y su indemnización. A pesar de esta afirmación, no cabe descartar por completo la indemnización por el shock, sino que podría ser graduada. Cabría plantearse que en los supuestos en los que surge la duda sobre una posible malformación tras la consecuente prueba de escaso peso, frente a aquellos en los que hay una certeza casi completa, tras la correspondiente amniocentesis, donde el margen de error es casi nulo⁸⁸. Evidentemente no esclarecen los posibles defectos que puede albergar el feto en mismo grado una ecografía de nivel I, que una de nivel IV. La cuestión

problema de transmisibilidad de la responsabilidad *mortis causa* (problema diferente al aquí...). El resultado del debate que se suscitó en torno a esta cuestión entre doctrina y jurisprudencia (...) llevó a la admisión implícita de la teoría del daño de rebote de forma amplia.

De hecho, se ha acabado admitiendo que en caso de muerte de la víctima del daño corresponde una reclamación *tute propio* por daño de rebote a los sujetos que se vean perjudicados por tal hecho (en palabras de la STS [2a] de 25 de junio de 1983 (...). Por ello, el principio en nuestro Ordenamiento es que no existe un límite por la persona del perjudicado indirecto, el límite se encuentra en la acreditación del daño.”

⁸⁷ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, pp. 358-360.

MARTÍN CASALS, M. / SOLÉ FELIU, J., “*Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (Wrongful Birth)*”. Comentario a la STS, 1ª, 18/12/2003, p.6 y 9.

⁸⁸ MACÍA MORILLO, A. (2003, Madrid), “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, p. 361.

gira en torno a si la duda que surge respecto al feto se acerca más a una sospecha o a una certeza, esclareciendo en tal caso esta situación la fiabilidad de cada prueba.

En relación a la situación del shock es preciso mencionar los avances de la ciencia genética, ya que actualmente existen procesos de ingeniería genética que permiten delimitar y establecer las características de los hijos que van a ser concebidos, evitando esos posibles daños debido al azar del nacimiento. Todo este proceso pretende evitar situaciones como las del *Wrongful Birth*, pero a su vez suscita la intriga moral de si los padres, más que progenitores, se están convirtiendo en diseñadores de los hijos, deshumanizando en cierto modo el hecho del nacimiento. La “ética del perfeccionamiento”, como la llama Michael Sandel, es esa idea de la búsqueda del ideal humano (del humano perfecto), evitando cualquier tipo de rasgo genético que haga propenso al niño a cualquier tipo de problema (desde la obesidad, miopía, hasta el extremo de elegir la altura, color de pelo y ojos)⁸⁹.

De todos modos, la línea divisoria establecida entre esta idea del perfeccionamiento y la intervención médica como ayuda para mejorar la salud se encuentra en la idea de que la intervención médica con un fin destinado a restablecer la salud, tiende a restablecer la naturaleza. En estos supuestos no se está pretendiendo sustituir las capacidades del enfermo, no pretende una ambición de control y dominio sobre la naturaleza. A pesar de que el tratamiento médico interviene en la naturaleza en cierto modo, lo hace en nombre de la salud, con el fin de conseguir restaurar y preservar las funciones del ser humano que constituyen su salud⁹⁰.

⁸⁹ SANDEL, M. J., *Contra la perfección (La ética en la era de la ingeniería genética)*, Marbot, Barcelona, 2007, pp. 28-33.

⁹⁰ SANDEL, M. J., *Contra la perfección (La ética en la era de la ingeniería genética)*, Marbot, Barcelona, 2007, pp. 68-70.

CONCLUSIONES

Como he venido exponiendo en este trabajo, las acciones de *Wrongful Birth* son una figura que todavía no ha tenido un gran recorrido y que por la temática en la que se centran (el derecho a la vida, la libertad de elección y la dignidad humana entre otras) causan cierto debate moral en la sociedad.

El peso de esta figura se centra en tres sujetos: progenitores, médico y en especial, el hijo nacido con las taras físicas o psíquicas. En primer lugar los afectados son los progenitores y en especial el niño que nace, quien soporta en su persona las minusvalías que ocasionan el posible error médico en el diagnóstico prenatal. A primera vista son evidentes los daños que sufre el niño, pero los posibles daños posteriores que pueden surgir, entroncan con los daños que pueden alegar los propios progenitores. En cuanto al grupo de profesionales médicos, son ellos los que originan el daño por la pérdida del derecho a decidir de los progenitores, pero en ningún caso son generadores de las taras del niño.

Las acciones que interponen los progenitores se deben a las dificultades que surgen por el nacimiento del niño que sufre esas taras, siendo que las pruebas prenatales que, supuestamente habían solicitado, no mostraban ningún tipo de malformación o la posibilidad de desarrollar alguna enfermedad. En este punto empieza a formarse divergencias morales entorno a la reclamación, pues siendo cierto el error del cuerpo de profesionales médicos y las consecuencias en que ha derivado, en todo caso los padres han tenido un hijo, que era lo que pretendían desde el principio.

Habiendo conseguido hacer realidad su deseo, concebir un hijo, resulta paradójico en cierto modo que por su nacimiento, debido a que ha nacido con ciertas taras graves, presenten unas acciones indemnizatorias. El nacimiento de un hijo es un momento de felicidad por traer un ser humano a la vida, al que se supone se quiere y se le va a ayudar a crecer y desarrollarse. En esta situación es razonable pensar si, unos padres que sienten una insatisfacción ante el nacimiento del hijo o consideran su nacimiento como algo imprevisto por las características físicas o psíquicas del niño, van a dar el amor y apoyo a ese ser humano, pues es evidente que no se ajusta a el ideal de hijo que esperaban.

A pesar de que la doctrina ya expreso la imposibilidad de presentar el hecho del nacimiento como un daño, es una cuestión que no deja de surgirme la situación que en el

párrafo anterior he planteado. La consideración que tienen los progenitores acerca de su hijo recién nacido, dado que no encaja dentro de las expectativas que ellos entendían se debían corresponder, hace que me pregunte: ¿no es esta situación en todo caso una consideración del nacimiento como algo dañoso, no conforme a su visión de lo que debe ser? Tan evidente es lo que ha propuesto la doctrina, no pudiéndose considerar el nacimiento el fundamento de la reclamación (siendo en estos casos el fundamento los daños económicos que produce, el shock ante lo inesperado del nacimiento, como el sesgo de su libertad de elegir), como la posible situación de insatisfacción de los padres para con el nacimiento del niño.

Parece por tanto que hoy en día hay establecida una convención social acerca de cómo debemos ser, tratando de alcanzar la perfección en todo caso, resultando “rechazados” aquellos que no lleguen a ese perfil ideal de perfección. Es esta idea de la perfección que está instaurado en la sociedad actual lo que me suscita cierta intranquilidad respecto a las situaciones de los diagnósticos prenatales y su relación con los nuevos avances en la bioingeniería. La tendencia a la conversión de los padres en diseñadores que seleccionan a sus hijos como quien elige en un restaurante los platos que ve en la carta y le resultan satisfactorios.

En cualquier caso, estas ideas que surgen a raíz de la figura del *Wrongful Birth* deberían entenderse siempre como un instrumento de la ciencia médica que sirvan de ayuda para erradicar cualquier tipo de enfermedad. Así se establece el límite en la finalidad restauradora de la salud normal del ser humano, no derivando en ningún momento en ambiciones de dominio de la naturaleza.

Todas estas ideas son divagaciones, opiniones acerca de en qué puede desembocar una errónea orientación moral respecto de un tema como el *Wrongful Birth*. Esta figura sería el punto de partida para el desarrollo de situaciones como los nacimientos preseleccionados, eligiendo las características previas del niño, terminando por ser “niños a la carta” o “de diseño”.

Si bien el debate sobre la moralidad de las acciones de *Wrongful Birth* aún necesita depurarse, es cierto que no se puede obviar ese cosquilleo incómodo que surge cuando se tratan temas de este ámbito. De modo que es capital conocer si realmente los padres están reclamando por las negligencias del cuerpo de médicos, lo que origina unas cargas económicas e incluso psicológicas en un primer momento, o van más allá, y se mueven

por el afán de no haber conseguido un hijo que ellos consideran “el prototipo”, entrando en consideraciones respecto al cariño y afecto que realmente profesan esos padres por su hijo.

A pesar de todo lo expuesto, considero que esta figura del *Wrongful Birth*, aún con las reticencias que puede originar, acaba cubriendo una situación que hasta hace poco no se encontraba debidamente regulada o protegida. Es cierto que suscita controversias morales en torno al niño nacido, en cuanto a si esta figura lo que lleva es a considerarlo como el daño en sí. La doctrina ya despejó cualquier duda al respecto, pues en ningún momento se puede considerar a ningún ser humano como un daño. Por tanto ha de entenderse que las reclamaciones se orientan hacia las repercusiones económicas que originan las características del niño (servicios sanitarios y cuidados, educación especial, etc.), así como la impresión inicial que puede surgir en los progenitores ante lo inesperado del nacimiento según lo que exponían las pruebas realizadas.

BIBLIOGRAFÍA

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.

-“*Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)*”, Revista de Derecho y genoma humano, núm. 4, 1996, pp. 105 – 117.

-“*La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de “wrongful birth”. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores*”, Revista de Derecho y genoma humano, núm. 17, 2002, pp. 179 – 202.

EMALDI CIRIÓN, A.

-“*La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos*”, Diario La Ley, núm. 5, 2001, pp. 1602 – 1612.

HIDALGO SUÁREZ, E.

-“*Una paga para el que vive por error*”, en El País, 7/09/2010.
http://elpais.com/diario/2010/09/07/sociedad/1283810401_850215.html

MACÍA MORILLO, A.

-“*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*”, (Septiembre 2003), Universidad Autónoma de Madrid, facultad de derecho, pp. 185-200, 265-287, 314-325, 344-349, 358-368, 490-513.

-“*Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life*”, (julio 2009), Revista Chilena de Derecho Privado, nº12, pp. 172-202.

-“*Una visión general de las acciones de responsabilidad por wrongful birth y wrongful life y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico*”, (2006), Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 10, pp.68-85, 90-93.

-“*Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por Wrongful Birth. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008*”, pp. 193-210.

-“*El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo*”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 23, 2011, pp. 85-98.

MARTÍN CASALS, M/ SOLÉ FELIU, J.

-“*Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (Wrongful Birth)*”, comentario a la STS, 1ª, 18/12/2003, pp. 5-11.

MONCADA MIRANDA, A/ AEDO BARRERA, C/ COLEMAN VEGA, L.

-“*Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho chileno*”, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Revista Ius et Praxis, Año 21, Nº 1, 2015, pp. 19 – 56.

PACHECO-JIMÉNEZ, Mª N.

-“*Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*”, Facultad de ciencias sociales de Cuenca, núm. 2, 2011, pp. 6-16.

SANDEL, M. J.

-“*Contra la perfección (La ética en la era de la ingeniería genética)*”, Capítulos: “*La ética del perfeccionamiento*”, “*Hijos de diseño, padres diseñadores*”, Marbot, Barcelona, 2007.

VILLAREJO, F/ BELINCHÓN, J. M/ CARCELLER, F/ GÓMEZ-SIERRA, A/ PASCUAL, A/ CORDOBÉS, F/ PÉREZ-DÍAZ, C. y RIVERO, B.

-“*Lesiones craneales secundarias a parto asistido con fórceps*”, Neurocirugía vol. 20 no. 3 jun. 2009.

ZAPPALÁ SASTOQUE, F.

-“*Estatuto jurídico del concebido*”, Nº. 7, 2007, pp. 268-278.

LEGISLACIÓN

- BOE núm. 311, de 29/12/1978. Constitución Española.
www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229
- Ley 41/2002, derecho a la información asistencial.
www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-22188
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-3514.
- Código de Ética y deontología médica (Guía de ética médica), julio, 2011.
www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf
- RD de 24 de julio 1889 por el que se publica el Código Civil.
www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763
- Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.
www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-17498.