

Premio Derecho y Salud 2009

EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE

Leyre Elizari Urtasun
lelizari@micap.es

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- SUPUESTO DE HECHO Y REQUISITOS. III.- EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH. III.1.- EL TRATAMIENTO DEL DAÑO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH. III.1.a.- El tratamiento del daño en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. III.1.b.- El tratamiento del daño en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. III.2.- LA PRIVACIÓN DE LA FACULTAD DE ABORTAR. EL DAÑO MORAL. III.2.a.- Fundamentación. III.2.b.- La reclamación del padre. III.2.c.- La reclamación de otros sujetos. III.2. d.- Cuantificación del daño moral. III.3.- EL DAÑO PATRIMONIAL: LOS COSTES EXTRAORDINARIOS DERIVADOS DE LA DISCAPACIDAD DEL HIJO. III.3. a.- Determinación. III.3.b.- ¿Garantías del destino de la indemnización?. IV.- EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL LIFE. V.- CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. LISTADO DE SENTENCIAS.

I.- INTRODUCCIÓN.

Los avances científicos permiten hoy a los profesionales sanitarios descubrir la presencia de ciertas anomalías o deficiencias en un feto antes de que éste nazca. Además de estos diagnósticos prenatales, es posible realizar diagnósticos preimplantatorios, esto es, descubrir algunas posibles enfermedades hereditarias de las que será portador el embrión antes de ser implantado. Estas técnicas constituyen importantes avances, pero, con el desarrollo de las mismas, han ido surgiendo reclamaciones de responsabilidad civil efectuadas por los padres ante el nacimiento de hijos con anomalías que pudieron ser detectadas durante el embarazo y sin embargo, por diversas circunstancias, no lo fueron¹. Son un

tipo de acciones que se conocen en su terminología norteamericana, de donde proceden, como “wrongful birth” y “wrongful life”². Es el caso, muy frecuente en la jurisprudencia española que

en la monografía de Andrea Macía Morillo “*La responsabilidad civil médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2005.

²Algún autor ha propuesto la sustitución de los términos en inglés por diversas traducciones en castellano. Salás Darrocha propone “nacimiento evitable” para referirse a las acciones de wrongful birth, y “eugenesia fallida” para las de wrongful life. Salás Darrocha, Josep Tomás “*Las acciones de wrongful birth y wrongful life ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*” Actualidad Administrativa nº 22, 2005, páginas 2692-2711; Galán Cortés traduce como “nacimiento injusto” y “vida injusta” respectivamente wrongful birth y wrongful life, aunque utiliza también los términos en inglés. Galán Cortés, Julio César “*Responsabilidad Civil Médica*” Civitas, Pamplona 2007, p. 298. Aquí utilizaremos la denominación en inglés, comúnmente utilizada por la doctrina y por alguna Sentencia del TS.

¹ Puede consultarse la evolución del tratamiento de este tipo de acciones en el Derecho y la jurisprudencia comparadas

ha resuelto este tipo de reclamaciones, del nacimiento de un niño con Síndrome de Down³.

Ambas reclamaciones son planteadas frente al nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades incurables o inevitables, detectables durante el embarazo, que, si se hubieran conocido a tiempo habrían permitido a los progenitores la posibilidad de abortar. En el caso de las wrongful birth son los padres los que reclaman, mientras que en el caso de las acciones de wrongful life es el propio hijo discapacitado el que reclama a los profesionales sanitarios.

Enseguida se atisban los problemas éticos y morales que se desprenden de reclamar una indemnización por este tipo de conductas, y su estrecha relación con el aborto, en concreto con el supuesto de despenalización del art. 147.bis 3 del CP de 1973, conocido como aborto eugenésico o embriopático. No vamos a entrar en estas cuestiones en el presente trabajo, aunque sí invitar a su reflexión, seria y sosegada, convertida además en actualidad por la nueva Ley del Aborto anunciada por el Gobierno español. La objeción fundamental para la prosperabilidad de estas acciones es la de calificar como daño la propia vida del hijo, puesto que choca frontalmente con el derecho a la vida, el rechazo al aborto y con que la alternativa de ese niño a vivir con discapacidad era no vivir. Si la anomalía o la malformación se hubiesen detectado a tiempo y la madre hubiese optado por acudir al aborto, ese hijo no hubiese nacido.

Junto a esas objeciones, se oponen otras relacionadas con la determinación del daño, como que admitir este tipo de reclamaciones supone valorar negativamente la vida con discapacidad, el impacto psicológico que puede derivarse para el niño el hecho de que sus padres reclamen por su propia existencia, el riesgo de la extensión de prácticas eugenésicas, la presión para los profesionales sanitarios, el hecho de que el mecanismo adecuado para atender los problemas de estos niños no es el instituto de la responsabilidad civil, sino el Estado a través de los servicios sociales⁴, etc. También

³ De las 21 Sentencias que ha dictado hasta la fecha el TS (12 la Sala de lo Civil y 9 la Sala de lo Contencioso-Administrativo), 10 se corresponden a supuestos de nacimiento con síndrome de Down (7 en la vía civil, 3 en la contenciosa).

⁴ Así ocurrió en Francia con el conocido como caso Perruche. La Cour de Cassation en su Sentencia de 17 de noviembre de 2000 reconoció indemnización por daños a los padres y

desde el punto de vista de la relación de causalidad existen serios problemas, ya que la actuación del profesional sanitario no es la que produce las malformaciones o la enfermedad del niño.

Muchas de estas objeciones se derivan de las ideologías o creencias de cada uno, por lo que hay que intentar dejarlas a un lado para examinar este tipo de acciones lo más objetivamente posible y estrictamente desde el punto de vista de la concurrencia de los requisitos generales de la responsabilidad civil.

En general, podemos decir que la doctrina española y la jurisprudencia admiten las acciones de wrongful birth, sobre las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado favorablemente ya en un número considerable de Sentencias, y se rechazan las acciones de wrongful life⁵, es decir, las entabladas por el propio hijo discapacitado, por las objeciones que plantea reclamar una indemnización por su propia existencia. No obstante, estas acciones siguen planteando problemas, fundamentalmente en relación con la determinación del daño y la relación de causalidad. En este trabajo nos vamos a centrar en el elemento del daño.

al hijo nacido con graves anomalías, tras admitir que la negligencia del médico impidió a la madre abortar. Tras vivas protestas por esta Sentencia, el legislador tuvo que intervenir y aprobó la Loi num. 2002-2003 de 4 de marzo de 2002, que rechazó definitivamente la posibilidad de indemnizar al hijo por wrongful life, y remite la compensación de las cargas particulares que deriven de la anomalía del hijo al sistema de solidaridad nacional. Martín Casals y Solé Feliu señalan que éste es el enfoque correcto, y entienden igualmente que es el Estado social, mediante el sistema de prestaciones públicas quien debe asumir los costes de asistencia de las personas discapacitadas. Martín Casals Miquel y Solé Feliu Josep, "Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 73, 2007, página 542.

⁵ Así, Martín Casals Miquel, Solé Feliu Josep en "Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006" cit. páginas 536-542 ; Galán Cortés, Julio César en "Responsabilidad civil médica" cit. pág. 311; Macía Morillo "La responsabilidad civil médica por los diagnósticos..." cit. páginas 403-438, aunque sitúa el problema no en la calificación de la vida como daño sino en el nexo causal; también hay autores que admiten la reclamación del hijo, como Salás Darrocha, Josep Tomás, "Las acciones de wrongful birth..." cit. página 2700, que acepta la reclamación, no de la vida, sino del sobre coste que conlleva la vida discapacitada y a modo de lucro cesante los derivados de la eventual incapacidad laboral.

II.- SUPUESTO DE HECHO Y REQUISITOS.

Antes de examinar el elemento del daño, entendemos conveniente delimitar bien el supuesto de hecho del que partimos en estas acciones, para distinguirlo de otras acciones relacionadas con la vida o el nacimiento, como pueden ser las acciones de *wrongful conception* (nacimiento de un hijo sano pero no deseado por negligencia en los tratamientos anticonceptivos como la vasectomía, por ejemplo), o el nacimiento de un niño con taras causadas por la actuación del médico o de otros sujetos (por ejemplo, causar daños al feto al realizar una amniocentesis).

Para que estemos ante un supuesto de *wrongful birth* o *wrongful life*, es necesario que se den los siguientes presupuestos⁶:

1.- Un profesional médico informa erróneamente (acción) o no informa (omisión) a los padres sobre el estado del feto o los riesgos que lo amenazan. Esta conducta del médico que priva a la gestante de su posibilidad de decidir puede agruparse en tres supuestos⁷:

- a. El médico se equivoca en el diagnóstico, interpretando erróneamente el resultado de las pruebas, con lo que los progenitores reciben la información incorrecta de que el feto está sano y se les priva de la posibilidad de acudir al aborto.
- b. El médico, aun realizando un diagnóstico correcto, no lo comunica a los padres debidamente (bien no lo comunica, o lo comunica extemporáneamente, cuando ya no hay posi-

bilidad de acudir al aborto porque ha transcurrido el plazo legal).

c. El médico no aconseja sobre la conveniencia de realizar pruebas de diagnóstico prenatal.

2.- No se conoce cura a la enfermedad o anomalía detectada en el feto.

3.- El mal o enfermedad pudo ser detectado de acuerdo con los conocimientos científicos del momento y los indicios presentes en la gestante.

4.- Los progenitores hubieran podido optar por interrumpir el embarazo, es decir, el ordenamiento jurídico permitía el aborto en el momento en que se produjo la información errónea o la omisión de información.

5.- La concepción del hijo fue voluntaria, los padres querían tener un hijo.

Así, debido a la actuación negligente del profesional médico, los padres se vieron privados de una información fundamental para decidir adecuadamente entre continuar con el embarazo, conscientes de la enfermedad, no evitable, de su futuro hijo, o bien, acudir al aborto.

Aunque actualmente estas situaciones se producen mayoritariamente en los diagnósticos prenatales, señala Macía Morillo⁸ que podrían producirse en otros tres momentos más: en el transcurso de un diagnóstico preconcepcivo, de un diagnóstico preimplantatorio, o con ocasión de un diagnóstico indirecto, que se produce cuando la privación de la información sobre los males que amenazan a la futura descendencia surge con ocasión de una prestación sanitaria que no tiene que ver con la descendencia.

La doctrina⁹ coincide en afirmar que constituye un requisito imprescindible para la admisión de estas acciones que el ordenamiento jurídico en cuestión admita el aborto, o por lo menos el aborto en este caso de grave enfermedad o malformación del feto. Si la posibilidad de abortar no es admitida, la mujer en ningún caso se ve privada de la posibilidad de elegir entre continuar con el embarazo o no, puesto que esa facultad de decidir no

⁶ Siguiendo a Macía Morillo, Andrea en “*La responsabilidad civil médica por los diagnósticos...*” cit. páginas 70-74.

⁷ De Angel Yáguez Ricardo, “*Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia de wrongful birth: ¿Es posible hablar ya de una “jurisprudencia?”*” Revista Derecho y Genoma Humano, nº 22/2005, Bilbao 2005, página. 181; Galán Cortés diferencia estos mismos supuestos para las mujeres con embarazos incluidos en grupos de riesgo, y por otro lado, un segundo grupo formado por mujeres con embarazos normales, sin riesgo, a las que ni siquiera se les practica o aconseja una simple prueba de cribado (triple screening) que, aunque sólo es fiable para detectar el síndrome de Down en el 60% de los casos, da pie a la realización de otras pruebas diagnósticas, Galán Cortés, Julio César “*Comentario a la Sentencia de 6 de julio de 2007*” Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil nº 76, Pamplona 2008, páginas 286-287.

⁸ “*La responsabilidad civil médica por los diagnósticos...*” cit. páginas 72-74.

⁹ Macía Morillo “*La responsabilidad civil médica por los diagnósticos...*”, cit. página 353; Galán Cortés “*Responsabilidad civil...*” cit. página 302.

existe. En el caso español, lo permite el supuesto de despenalización del art. 147.bis 3º del CP, cuando:

- Se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas.
- Se practique la interrupción voluntaria del embarazo antes de las 22 semanas de gestación
- Que el dictamen sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, distintos de aquel que vaya a practicar el aborto.

En cualquier caso, estamos ante un supuesto de responsabilidad civil, por lo que habrán de reunirse todos los elementos propios de la misma¹⁰, para que pueda existir una condena en los supuestos de wrongful birth y wrongful life, con las particularidades de la responsabilidad contractual, extracontractual y objetiva de la Administración. La culpa sigue siendo el criterio general de imputación, y sólo habrá responsabilidad cuando la privación de la posibilidad de abortar de la mujer sea debida a una conducta negligente del médico, contraria a la *lex artis*, de acuerdo con los conocimientos del momento. Como ya hemos adelantado, los elementos más problemáticos son el daño y la relación de causalidad, por la dificultad de determinar qué daño se va a indemnizar, y de establecer el nexo causal entre ese daño y la conducta del médico. Es especialmente difícil si se califica como daño la discapacidad o enfermedad del niño, puesto que la actuación del médico no produce las lesiones, las mismas son incurables, y hubiera nacido con ellas en cualquier caso.

III.- EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH.

Empezamos el análisis del elemento del daño con las acciones de wrongful birth, es decir, aquellas en las que la reclamación la plantean los padres, porque, a diferencia de las reclamaciones entabladas por el propio hijo, éstas se admiten generalmente tanto por la doctrina como por la

jurisprudencia españolas, esgrimiéndose argumentaciones diferentes para aceptar las demandas planteadas por los padres y rechazar las hipotéticas reclamaciones entabladas por los hijos.

Ya hemos expuesto en la introducción que calificar como daño para los progenitores el nacimiento de su propio hijo, aunque esté enfermo o discapacitado, choca con objeciones jurídicas puesto que parece contrario al derecho a la vida consagrado en el art. 15CE, además de otras objeciones éticas y morales. Por ello, para admitir este tipo de acciones, se tiende a situar el daño en un evento alejado del nacimiento, lo que resuelve ese tipo de objeciones y además facilita el nexo causal. Macía Morillo¹¹ se fija en la teoría alemana de la separación (*trennungslehre*), que defiende que es posible distinguir entre la vida, o el nacimiento del niño, y las cargas patrimoniales que genera dicho nacimiento. Para esta autora, esta teoría podría aplicarse no sólo a los daños patrimoniales sufridos por los progenitores sino también al daño moral, aunque señala que la verdadera aportación de esta teoría es la idea básica de separar el hecho de la vida del niño del daño reclamado por los padres, es decir, alejar el daño reclamado de la vida del niño.

Macía Morillo ha analizado principalmente cuatro teorías para determinar el daño¹² en las acciones de wrongful birth:

a) El daño que se produce en las posibilidades de actuación de los progenitores respecto de la descendencia futura, con dos variantes:

- la privación del ejercicio de la libertad de procreación o de la facultad de abortar.
- la pérdida de oportunidades. No obstante, esta teoría ha sido rechazada en los supuestos de wrongful birth por varios autores, por no encajar en sus presupuestos¹³.

¹¹ “*La responsabilidad médica por los diagnósticos...*”, cit. página 343

¹² “*La responsabilidad médica por los diagnósticos...*”, cit. páginas 345-403. En este capítulo analiza cada una de estas teorías con sus ventajas y los argumentos en contra de cada una de ellas.

¹³ En algunos supuestos resulta imposible determinar con certeza el nexo causal entre la conducta del médico y el daño, de tal forma que no es posible saber qué hubiera sucedido de no haber mediado la actuación negligente del profesional. Se identifica entonces el daño como la pérdida de la oportunidad

¹⁰ Martín Casals Miquel, Solé Feliú Josep, “*Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006*”, cit. página 530; Macía Morillo, Andrea “*La responsabilidad médica por los diagnósticos...*”, cit. página 76.

b) El daño por lesión del derecho a la información, per se.

c) La existencia de un daño moral por la falta de preparación psicológica para el nacimiento del niño enfermo o discapacitado.

d) La existencia de un daño moral y un daño patrimonial de rebote derivado de la condición enferma del niño discapacitado.

La primera de ellas, la privación de la facultad de abortar, parece ser la que más aceptación despierta entre la doctrina, y en la jurisprudencia del TS tanto de la Sala Civil como de la Contencioso-administrativa, como veremos a continuación. En general, se afirma que la negligencia del médico en el curso del diagnóstico prenatal provoca que los progenitores reciban una información falsa o errónea sobre el estado de su futuro hijo, al que creen sano, lo que les priva de la facultad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Esta privación les ocasionará un daño moral por la propia privación y unos daños patrimoniales derivados de la especial condición de enfermedad o discapacidad del hijo.

Por lo que respecta a los daños de rebote, teoría que también goza de aceptación, resultarían indemnizables a los padres, como perjudicados indirectos, los daños que causa en su esfera psíquica y patrimonial el defecto del niño, que constituye la víctima directa. Esta teoría, además de utilizarse para justificar los daños sufridos por el padre (no exenta de críticas¹⁴) permite reclamar a ambos progenitores los daños morales y patrimoniales extraordinarios derivados de la discapacidad del niño, y, si se admite plenamente, ampliar el número de perjudicados, si bien, sujetos como los her-

de obtener un beneficio o evitar una pérdida. Aquí sin embargo, no hay realmente una pérdida de oportunidad porque falta la aleatoriedad del resultado favorable esperado ya que la decisión de abortar o no depende de la madre, no del azar. Arcos Vieira, M^a Luisa “*Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*” Cuadernos de Aranzadi Civil, n^o 27, Aranzadi, Pamplona 2007 página 63; en el mismo sentido, Macía Morillo “*La responsabilidad médica por los diagnósticos...*”, cit. página 368.

¹⁴ Macía Morillo sostiene que la apreciación de los daños de rebote se restringe a los casos de daños derivados de muerte o lesiones graves en la víctima inicial, que aquí sería la madre y no el hijo, por lo que no encajaría en el presupuesto de esta teoría al no existir la lesión necesaria en la víctima inicial. “*La responsabilidad médica por los diagnósticos...*” cit. páginas 360-363

manos o los abuelos tendrán que acreditar un daño moral.¹⁵

Vamos a ver la línea que ha seguido el TS y cómo se ha sido definiendo el elemento del daño tanto por la Sala Civil como por la Sala Contencioso-administrativa, para después analizar por separado las consecuencias morales y las consecuencias patrimoniales de estas negligencias en el diagnóstico prenatal.

III.1.- El tratamiento del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las acciones de *wrongful birth*.

Algunos autores han discrepado sobre si puede hablarse o no de la existencia de una línea jurisprudencial en la Sala de lo Civil acerca de las acciones de *wrongful birth*. Macía Morillo¹⁶ ha sostenido que no existe dicha jurisprudencia en las cinco primeras Sentencias de la Sala Primera pues la ratio decidendi de cada caso ha sido diferente, existiendo contradicciones entre las sentencias, como en el tratamiento que se le da a la voluntad manifestada por la mujer respecto del aborto.

En cambio, De Ángel Yagüez afirma¹⁷, haciendo un esfuerzo por conciliar las cuatro primeras sentencias de la Sala Primera, que existe un hilo conductor que lleva al TS a condenar en los supuestos en los que:

- Se acredite la culpa del médico.
- No se demuestre que la madre no habría interrumpido su embarazo a pesar de conocer las enfermedades del feto.

A estas alturas, cuando ya se han dictado veintidós sentencias, doce correspondientes a la Sala de lo Civil y nueve a la de lo Contencioso-administrativo¹⁸, parece que sí podemos hablar por lo menos de tendencias a la hora de fijar el daño y

¹⁵ Macía Morillo, Andrea “*La responsabilidad médica por los diagnósticos...*” cit. páginas 383-390. Sin embargo, los problemas se trasladan al campo de la imputación objetiva

¹⁶ Macía Morillo Andrea, “*La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*”, Revista de la Universidad del Norte, n^o 27 Barranquilla, 2007. Página 33

¹⁷ “*Ante la cuarta sentencia...*” cit. páginas 202-207.

¹⁸ Al final de este trabajo se encuentra una tabla con las Sentencias de la Sala Civil y Contencioso-Administrativa, ordenadas cronológicamente.

las consecuencias indemnizables del mismo, en ambas Salas, con conclusiones diferentes además en la Sala de lo Civil y en la de lo Contencioso-administrativo.

III-1.a.- El tratamiento del daño en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

Las Sentencias dictadas por la Sala de lo Civil en casos de wrongful birth han dado lugar a muchos comentarios doctrinales, sobre todo las primeras. No es objeto de este trabajo el análisis de dichas sentencias en general, sino que vamos a centrarnos en el elemento del daño. Sin embargo, sí apuntaremos brevemente que en la actualidad, cuando el número de sentencias ha crecido notablemente, para que se produzca una condena debe existir una negligencia del médico, como apuntaba De Ángel Yagüez, materializada en los supuestos habituales que hemos señalado al tratar los requisitos generales de estas acciones: no información sobre la conveniencia de realizar pruebas de diagnóstico, errores en el diagnóstico o interpretación de los resultados, y falta de comunicación de los resultados dentro del plazo hábil para el aborto eugenésico.

No obstante, la fijación de cuál es la *lex artis* exigible para considerar una conducta como diligente no es una cuestión pacífica, especialmente cuando la negligencia consiste en la no información sobre la conveniencia de realizar pruebas diagnósticas, esto es, cuando existe una omisión de información. Así, fueron absueltos los profesionales sanitarios en los supuestos enjuiciados en las Sentencias de 19 de junio de 2007 y 17 de noviembre de 2008, afirmándose que el deber de información sobre la práctica de pruebas para comprobar la posibilidad de malformaciones con el fin de permitir el efectivo derecho a abortar, únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar la existencia de un riesgo de anomalía del feto, pero no en embarazos normales¹⁹. Sin embargo, en el supuesto re-

suelto por la Sentencia de 6 de junio de 2007, en el que se trataba de un embarazo normal, sin circunstancias de riesgo²⁰, el TS llegó a la conclusión contraria, condenando a los profesionales sanitarios por no haber informado a la gestante de la posibilidad de realizar un triple screening: análisis de sangre que no detecta por sí la existencia de cromosomopatías, pero sí puede detectar la existencia de sustancias que estadísticamente aconsejen la realización de otras pruebas más fiables como una amniocentesis. En esta Sentencia afirmó el TS que la información constituye un elemento esencial de la *lex artis*, que en el caso del diagnóstico prenatal “*se traduce en la obligación que tienen los profesionales de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas sobre la evolución del embarazo (...) entre otras la de someterse a las pruebas (triple screening) a partir de las cuales se habría obtenido el índice que protocolariamente habría exigido la exploración posterior (amniocentesis o biopsia coral y que otorgan un diagnóstico más cierto y seguro sobre la existencia de este tipo de cromosomopatías*”²¹.

Los pronunciamientos, que además son muy próximos en el tiempo, son, a mi juicio, contradictorios, partiendo de que en los tres casos se trata de embarazos sin riesgo, en los que no se informó a la gestante de la posibilidad de hacer pruebas diagnósticas. La falta de un criterio común, desde luego, no es deseable. Además, si se sostiene que en los embarazos normales no existe el deber de informar sobre la posible realización de pruebas, como afirman las primeras sentencias citadas, aunque se trate simplemente de un análisis de sangre como el triple screening, corremos el riesgo de trasladar la discusión a la clasificación de los em-

que resultó normal, a pesar de la presencia de anticuerpos positivos de cardiolipina que precisaron tratamiento, pero que nada tienen que ver con las malformaciones que precisó al nacer.

²⁰ Según los hechos probados, madre de 31 años sin circunstancias de riesgo, que dio a luz a un hijo con síndrome de down.

²¹ Luego el TS entendió que el daño indemnizable era el daño moral por la falta de información, excluyendo otros conceptos por el nexo causal inseguro o incierto, por la escasa fiabilidad del triple screening, el que la madre no tuviera factores de riesgo, la inseguridad de someterse a pruebas posteriores, etc. que impiden asociar a la falta de información otros daños que no sean los morales

¹⁹ En la primera sentencia, se trataba de una mujer de 29 años, con trastorno depresivo previo e ingesta de fármacos, y con un embarazo previo que había requerido reposo absoluto; en la segunda, se dice que resultó acreditado que el embarazo fue normal, con un seguimiento correcto y ajustado a la *lex artis*, con más ecografías que las protocolarias, y un screening

barazos, de tal forma que la *lex artis* exigible se determine por la clasificación del embarazo como “normal” o “con riesgo” de que el feto presente alteraciones o malformaciones. Ello tiene el inconveniente de que son los propios profesionales sanitarios los que van a determinar el grado de diligencia exigible a ellos mismos en cuanto a información se refiere, pudiendo exonerarse de responsabilidad por la falta de información y consiguiente falta de práctica de pruebas diagnósticas cuando hayan calificado un embarazo como “normal”, calificación que actualmente no consta en ningún sitio. Por otro lado, esta postura jurisprudencial reduce el ámbito de información a las pacientes sobre el desarrollo de su embarazo y restringe el ejercicio de su autonomía en lugar de favorecer la toma de decisiones conscientes respecto a la descendencia futura, por lo que entendemos que no es la solución deseable.

En cuanto a la posición de la madre respecto al aborto, que los autores sitúan en el elemento de la causalidad²², y que parecía que iba a ser uno de los aspectos más conflictivos en este tipo de reclamaciones tras la Sentencia de 7 de junio de 2002 que desestimó la demanda por entender que la madre no hubiera abortado, lo cierto es que en las sentencias posteriores de 18 de diciembre de 2003 y 19 de julio de 2005 no se tuvo en cuenta este elemento. La sentencia de 21 de diciembre de 2005 llegó a afirmar que la relación de causalidad surge con independencia de que la madre alegue su intención de abortar en lo que para el TS “*constituye un debate estéril y fundado en simples y absurdas especulaciones*”, y lo cierto es que no se ha vuelto a plantear en las sentencias posteriores, por lo que la cuestión parece zanjada.

Entrando ya en el análisis del elemento del daño, podemos decir que en líneas generales, al igual que la doctrina, como veremos, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil considera indemnizable el daño moral más los daños patrimoniales derivados

de la condición discapacitada del niño, efectos de la privación a la madre de la posibilidad de abortar.

En las primeras sentencias que resolvieron este tipo de reclamaciones, la determinación del daño era vaga y se hablaba de “*impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas* (sic)(se trataba de un niño con síndrome de down) *lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada*” (Sentencia de 6 de junio de 1997), o de que las malformaciones que padece la hija afectan a los padres, por los cuidados que deben prestarle, la asistencia médica, medicamentos, adaptación de la vivienda, al margen de la Seguridad Social, al igual que el duro golpe moral para la hija y la atención a sus necesidades (Sentencia de 4 de febrero de 1999). Por ello, en la primera de las Sentencias citadas se reconoce una suma indemnizatoria de 300.000€ y en la segunda de 425.000€ con una previsión que luego comentaremos. La siguiente Sentencia estimatoria, de 18 de diciembre de 2003, habla de las expectativas de que se han visto privados los actores y la repercusión del hecho en sus vidas, además del daño moral, y reconoce una indemnización de 360.060€. Por tanto, se habla del impacto psíquico o de repercusión en la vida de los padres, de expectativas, y se mezclan y valoran conjuntamente el daño moral y los gastos diversos que se derivan de la especial atención que necesita el hijo.

Es la Sentencia de 21 de diciembre de 2005 la primera que va a definir claramente el daño, diferenciando además entre sus consecuencias morales y patrimoniales. Establece el TS: “*El daño, por tanto, resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva. Son daños susceptibles de reparación económica con un doble contenido: moral y patrimonial. Aquel derivado de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior nacimiento de un hijo discapacitado (...) Éste, consecuencia de la existencia de un perjuicio efectivo y perfectamente evaluable que puede resultar del coste de las pruebas diagnósticas, de un innecesario embarazo y parto y de la adaptación de los padres a la nueva situación, social, familiar,*

²² Galán Cortés, Julio César, “*Responsabilidad Civil médica*” cit. páginas 302- 303; De Angel Yagüez “*Ante la cuarta sentencia...*” cit. página 201. Estos autores siguen considerando prudente (necesario en el caso de De Ángel) que exista en la demanda la declaración de la madre de que hubiese abortado, aun conscientes de la circunstancia jurídicamente curiosa de que el Tribunal considerará que existe relación causal basándose sólo en una afirmación de la demandante, y efectuada a posteriori.

económica, y de atención especial surgida de un hecho imprevisto y extraordinario para ellos.”

Por tanto, la definición de daño que hace el TS coincide plenamente con la sostenida previamente por algunos autores, como Martín Casals y Solé Feliu²³, de que el daño está constituido por la privación a la madre de la facultad de decidir sobre el aborto, y los efectos de esta lesión a la dignidad y autodeterminación de la mujer, muy estrechamente relacionado con el fundamento de despenalización del aborto eugenésico, concretándose en un daño moral y un daño patrimonial por el coste extra de la discapacidad del niño.

Esta ha sido la línea que ha seguido la Sala Primera desde entonces. Sin embargo, esta línea jurisprudencial se ha quebrado en dos ocasiones en las que únicamente se ha reconocido un daño moral. La primera de ellas fue la Sentencia de 6 de julio de 2007, que hemos citado anteriormente²⁴, en la que sólo se reconoció indemnización por daño moral. Entendió el TS que existía un nexo causal entre la ausencia de información sobre la posibilidad de realizar un triple screening y la lesión a la facultad de autodeterminación de la madre, constitutivo de un daño moral. Sin embargo, el nexo causal entre la falta de información sobre la posibilidad de realizar un triple screening y el nacimiento del niño con síndrome de down, era demasiado débil por la escasa fiabilidad de la prueba, la incertidumbre sobre su resultado y si la madre hubiera optado por realizar más pruebas, etc. por lo que no cabe imputar a los profesionales sanitarios ningún daño más, aparte del daño moral.

En la Sentencia dictada poco después, el 23 de noviembre de 2007, se llegó a la misma conclusión de indemnizar sólo el daño moral, a pesar de que los supuestos de hecho no eran iguales. En este segundo caso se trataba de un embarazo con circunstancias de riesgo, en una mujer de 43 años, a la que no se le informó de las posibilidades de diagnóstico prenatal, no se realizó ninguna prueba y nació un niño con síndrome de down. El TS aprecia que existe una infracción de la *lex artis* por la ausencia de información, y, a pesar de remitirse

²³ Desarrollado en el epígrafe III.2.a).

²⁴ No se le informó a la gestante de la posibilidad de realizar el triple screening, que quizás hubiera aconsejado la realización de otras pruebas, como una amniocentesis o una biopsia.

a la Sentencia de 21 de diciembre de 2005, y de que reconoce que la cuantificación, aunque difícil, puede resultar de la necesaria adaptación de los padres a la nueva situación personal, familiar y económica por un hecho imprevisto, inexplicablemente sólo les reconoce un daño moral, cuantificado en 30.000€ para cada uno de los progenitores, descartando la indemnización por cualquier otro concepto. Incluso, desde el punto de vista indemnizatorio, fijó una cantidad inferior a la determinada en la Sentencia anterior, que había reconocido 90.000€, para ambos padres.

Por último, en la última Sentencia condenatoria dictada hasta la fecha, de 24 de octubre de 2008, el TS ha vuelto a la que era su línea general de indemnizar el daño moral y el patrimonial derivado de la condición de discapacidad del niño, estableciendo que el daño resulta no solo de haber privado a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar, sino de los efectos que dicha privación conlleva, concediendo la indemnización más elevada hasta la fecha, 666.229€.

Podemos concluir, por ello que, salvo esas dos excepciones, la Sala Primera del TS es partidaria de definir el daño como la privación de la facultad de abortar de la madre, lo que ocasiona un daño moral derivado de la lesión a la dignidad y a la facultad de autodeterminación de la mujer, y unos daños patrimoniales extraordinarios derivados de la discapacidad del niño.

III.1.b.- El tratamiento del daño en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Este tipo de acciones por wrongful birth empezaron a plantearse más tarde en la jurisprudencia de la Sala Tercera. La primera Sentencia al respecto es de 4 de noviembre de 2005²⁵, fecha en que la

²⁵ En este primer pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo, reclamaban los progenitores de un niño nacido con síndrome de down porque, una vez realizado el triple screening, el resultado nunca llegó a la Unidad de Diagnóstico Prenatal y por tanto nunca fue comunicado el resultado a la madre, que no pudo plantearse la posibilidad de una segunda prueba o de una amniocentesis. El TS confirma los pronunciamientos de la Audiencia Nacional, que había condenado a la Administración a abonar una indemnización a los padres de 60.000€ por daño moral, el entender que el

Sala Primera ya había dictado sus cinco primeras sentencias. Del análisis de los pronunciamientos dictados hasta la fecha, podemos deducir que existe una línea general en los pronunciamientos de esta Sala, que también coincide sustancialmente con el hilo conductor apuntado por De Ángel Yáñez, señalado al comienzo del epígrafe III, y que podemos sintetizar en los siguientes puntos:

- Existirá condena a la Administración por anormal funcionamiento del servicio público siempre que se dé en la conducta del médico una negligencia en el diagnóstico prenatal, una infracción de la *lex artis*. Absuelve el TS a la Administración, por ejemplo, en el supuesto enjuiciado en la Sentencia de 21 de enero de 2006, precisamente porque no existe negligencia en los profesionales sanitarios, al entender probado que la recurrente había sido informada y había tenido conocimiento de las alteraciones que presentaba el feto, por lo que sí hubiera podido interrumpir su embarazo.
- Se tiene en cuenta la decisión que hubiera adoptado la madre en cuanto al aborto, de haber tenido la oportunidad de acudir a él, pero ha de ser la Administración la que demuestre que la madre no hubiera optado por acudir a la interrupción del embarazo. La sentencia de la Sala Tercera de 30 de junio de 2006, primera que se pronuncia sobre este extremo, así lo estableció²⁶, habiéndose sos-

funcionamiento anormal de la Administración privó a la madre de una información trascendente para optar sobre la posibilidad del aborto eugenésico, afirmando que lo lesionado es una manifestación de la voluntad de autodeterminación de la persona ligada al principio de dignidad.

²⁶ En el fundamento de Derecho Cuarto, argumenta: “En este sentido debe hacerse constar que la teoría de los cursos causales no verificables usada por la jurisprudencia norteamericana en casos de errores en el diagnóstico prenatal, permite al facultativo aducir que no es seguro que de haber sido correcto el diagnóstico la decisión del interesado hubiese sido distinta, si bien en estos supuestos se hace recaer sobre el médico la carga de probar que tal decisión habría sido la misma con un diagnóstico acertado. Esta teoría ha tenido distinta acogida en la jurisprudencia, de manera que mientras fue seguida por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1.997, fue abandonada en las dictadas con fechas de 4 de febrero de 1.999 y 7 de junio de 2.002, en las que no se consideró probado que la madre de conocer las malformaciones del feto, habría abortado.(.)”

Esta Sala y Sección, en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 14 de julio de 2.001 (Rec.Casac.2280/97) y 18

tenido posteriormente en otras sentencias como las de 10 de mayo y 16 de octubre de 2007. Igualmente, se aplicó (entre otros argumentos) por la Sentencia de 5 de diciembre de 2007 para llegar a la solución desestimatoria de la pretensión, al entender que la negativa de la madre a realizar la amniocentesis propuesta por la administración sanitaria era una actitud opuesta al ejercicio de la referida interrupción voluntaria del embarazo²⁷.

Vemos aquí una diferencia con la jurisdicción civil, en la que, con excepción de la Sentencia de 7 de junio de 2002, se afirma que la relación de causalidad entre la negligencia en el diagnóstico prenatal y el daño surge con independencia de la hipotética decisión de la madre respecto al aborto, mientras que en la jurisdicción contencioso-administrativa se opta por la inversión de la carga

de mayo de 2.002 (Rec.Casac. 280/98), ha tenido en cuenta a efectos de fijar el nexo causal entre la actuación del servicio público y el perjuicio sufrido, la conducta del personal médico. Partiendo de la base establecida en estas sentencias resulta evidente que en los supuestos de daño moral al que antes nos hemos referido, sufrido por una madre al privarsele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial”.

²⁷ No obstante, la Sentencia es confusa y se remite a la Sentencia de la Sala de lo Civil de 2 de junio de 2002, para afirmar “que es preciso señalar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia (Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 7 de junio de 2002) exigen para la prosperabilidad de la reclamación, como la que aquí se ejercita, la existencia en autos de prueba de la cual pueda inferirse que, de haber conocido la gestante la malformación del feto, hubiera interrumpido voluntariamente el embarazo ya que, caso contrario, no podrá afirmarse la relación directa entre la falta de información médica y el que aquella no hubiese optado por dicha interrupción”, lo cual no es exacto puesto que la jurisprudencia contencioso-administrativa no exige dicha prueba, sino que sea la Administración la que acredite que no se hubiera abortado, que, entiendo, es lo que ocurre en esta sentencia, puesto que, continúa: “prueba tal aquí inexistente; es más, en este supuesto y sin que nada se haya dicho en contra, la administración sanitaria señala (Vid. Folio 20 del expediente) que se le propuso la realización de la prueba de amniocentesis que decidió no hacer, lo que ya de por sí puede considerarse como una actitud opuesta al ejercicio de la referida interrupción voluntaria del embarazo”.

de la prueba de forma que será la Administración quien tenga que demostrar que la gestante no hubiera abortado, en lugar de ser la madre la que acredite que sí lo hubiera hecho. Señalar que en todo caso, la Administración dispondrá generalmente de indicios que puedan llevar al Juez a la convicción de que la madre no hubiese abortado, como pudiera ser una negativa a someterse a una amniocentesis, una vez informada debidamente del riesgo de malformaciones en el feto, o la constancia de un profundo sentimiento religioso en la madre... Entendemos realmente difícil que la Administración pueda acreditar “*de forma indubitada*”, que en el supuesto de conocer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico como exigía la Sentencia citada de 30 de junio de 2006.

En cuanto al daño, se determinó muy claramente desde el primer momento que la privación a la gestante de la facultad de interrumpir voluntariamente el embarazo constituía el daño indemnizable en estas acciones, por la lesión a la facultad de autodeterminación de la persona, expresión del derecho a la dignidad, configurando el daño como un daño moral. Como bien señala la Sentencia de 30 de junio de 2006: “*Esta Sala en reiteradas sentencias, por todas citaremos la de 29 de marzo de 2006 (Rec.Cas.271/2002) y 3 de octubre de 2.000 (Rec.Cas.3905/96) ha dicho que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.*”

Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abr., FJ 8, “nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el

libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 (...)). En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (...).” Así recogida la posibilidad de indemnización de daño moral resulta necesario precisar si concurren los demás requisitos configuradores de la responsabilidad patrimonial...”

En consecuencia, para la Sala Tercera resulta indemnizable el daño moral, a ambos progenitores si reclaman conjuntamente, cuantificado en cantidades que han oscilado entre los 60.000€ y los 150.000€. Esta línea ha sido seguida por las sentencias de 4 de noviembre de 2005, 30 de junio de 2006, y las de 10 de mayo²⁸, 15 de octubre y 5 de diciembre de 2007.

En ningún caso se ha planteado en el recurso de casación la reclamación de otros sujetos, como los hermanos del niño, por lo que la Sala no se ha pronunciado al respecto, pero sí ha negado la legitimación al padre para reclamar en solitario en la Sentencia de 5 de diciembre de 2007, ya que la privación de la facultad de abortar “*es un derecho intransferible de la madre. No consta el consentimiento expreso o tácito de la madre para el ejercicio de la acción*”, lo cual es coherente con la definición de daño que maneja la Sala, y con el hecho

²⁸ No obstante, esta sentencia contiene una afirmación un tanto peculiar, que no se ha reiterado en sentencias posteriores, y es que afirma que “*Si como consecuencia de la afectación del menor asintomático en la fecha de la reclamación, este presentase una evolución que se plasmase en cualquier patología derivada de la adrenoleucodistrofia, tendrá derecho él o sus representantes legales a ser indemnizado por aquella, a cuyo fin podrán ejercitar las acciones que estimen convenientes*”. La madre, portadora de una alteración genética para la adrenoleucodistrofia, acudió al Hospital para que le realizaran las pruebas que determinasen si el feto era portador, remitiéndolo al Instituto de Bioquímica Clínica de Barcelona y éste a un laboratorio holandés. A pesar de que el laboratorio holandés puso en conocimiento del Instituto de Barcelona que el líquido era escaso, y que además eran exigibles dos pruebas en lugar de una, se les indicó a los padres que el feto era un varón normal, lo que no era así ya que al nacer se constató que era portador de la misma anomalía que la madre. El TS reconoció una indemnización de 120.202€ a los padres por daño moral, y con esa afirmación de que en caso de desarrollarse la enfermedad podrá reclamar el propio hijo parece estar imputando a los demandados el resultado, quizás influido por el supuesto de hecho, en el que la madre era consciente de la posibilidad de transmitir la enfermedad a su hijo y pretendió evitarlo.

de que resultó probado que la madre había rechazado la realización de una amniocentesis propuesta por los médicos, que se consideró como conducta contraria al aborto. Este es uno de los aspectos que pueden resultar más discutibles en un futuro, si bien en la doctrina por el momento no se le ha prestado demasiada atención. Volveremos sobre este tema al examinar el daño moral.

A pesar de que la línea general en la Jurisdicción Contencioso-administrativa es reconocer sólo el daño moral, en dos ocasiones el TS ha admitido la introducción en la indemnización de otros conceptos económicos.

En la Sentencia de 14 de marzo de 2007, la Sala no entró a valorar la indemnización previamente reconocida por la Audiencia Nacional, con lo que, indirectamente al menos, se aceptó una indemnización por otros conceptos más allá del daño moral. En ese caso, los padres demandantes habían solicitado una indemnización de 927.614,10€ por lesiones permanentes y factores de corrección asociados (perjuicios económicos, lucro cesante, daños morales complementarios, adecuación de vivienda y vehículo, costes de asistencia personal, perjuicios morales familiares), contemplados en el Baremo anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor. El TS, tras exponer su doctrina sobre el daño moral anteriormente citada, evita pronunciarse sobre la concreta indemnización con base en que la fijación del quantum indemnizatorio está reservada a los tribunales de instancia, salvo que se demuestre en casación error, irracionalidad o vulneración de normas legales. Así, queda confirmada la cuantía fijada por la Sentencia de la Audiencia Nacional, en 360.000€, cálculo para el que había tenido en cuenta *“la naturaleza de las malformaciones, las limitaciones que comportan, el dolor de aflicción que para la menor y sus progenitores representan, las necesidades que también comportan, el tratamiento médico y rehabilitador que exigen, el resultado de la prueba practicada sobre el alcance del daño, la situación de la familia y la reparación específica derivada del sistema de la Seguridad Social”* y además la actitud inicial de la madre, que había ocultado la existencia de un aborto previo a la ginecóloga. Por tanto, parece que junto al daño moral se incluyen (sin desglosarlos separadamente) los gastos derivados de las necesidades debidas a las malformaciones

del hijo, y los correspondientes al tratamiento médico y rehabilitador al margen de la Seguridad Social.

Por la misma vía, en la sentencia de 27 de junio de 2007, el TS va a pronunciarse exclusivamente sobre los conceptos indemnizatorios que habían sido reconocidos por la Audiencia Nacional, único motivo casacional admitido, sin entrar por ello a calificar el daño como daño moral o patrimonial. Ahora bien, hace una enumeración y separación de conceptos que merece la pena destacar. La Audiencia Nacional había rechazado tres tipos de conceptos indemnizatorios solicitados por los padres:

- los que no estaban justificados,
- los gastos futuros²⁹,
- y los prestados por la Seguridad Social, concretamente asistencia sanitaria, fisioterapia y parafarmacia, o por la asistencia social (este último extremo no fue recurrido en casación por los padres).

Así, la Audiencia Nacional había excluido de la indemnización los gastos de adecuación de la vivienda y vehículo, que no estaban justificados, porque *“se trataba de un niño muy pequeño, de lo que se deduce la no necesidad de estos gastos cuando se formuló la reclamación”*, decisión que para el TS resulta razonable, confirmándola y añadiendo que *“de ser necesarios en el futuro, ello pueda motivar una reconsideración de la indemnización correspondiente”*.

²⁹ La Audiencia Nacional había hecho dos precisiones respecto al daño: *“a) es claro que la indemnización debe cubrir todos los daños que efectivamente hayan podido causarse al lesionado por el funcionamiento anormal, puesto que debe tratarse de una reparación “integral”, pero los mismos deben estar debidamente acreditados sin que en ningún caso puedan admitirse los meramente hipotéticos, eventuales, futuros o simplemente posibles, así como los contingentes, dudosos o presumibles, sin que tampoco sea bastante la mera frustración de una expectativa. Es decir, que el detrimento patrimonial debe ser actual, constatable en la realidad y cierto, tal y como ha manifestado el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de octubre de 1.989 ; y b) la indemnización debe, en su caso, resarcir los perjuicios causados por el funcionamiento anormal de la Administración, lo que no puede equipararse, sin más, a la suma que, en función de la expectativa de vida de su hijo podría reconocerse en favor de los reclamantes. Estamos, pues, ante unos perjuicios hipotéticos que, frente a lo que sostienen los actores, no pueden ser objeto de indemnización al no ser efectivos”*.

De la misma forma, la Audiencia Nacional había excluido de la cuantía indemnizatoria los gastos de asistente personal para atender al niño, y sin embargo, el TS entiende que sí debe ser indemnizable dicho concepto *“puesto que y respecto a tal concepto ha de tenerse en cuenta que la indemnización y reparación del daño ha de ser integral y el niño tiene, cuando se resuelve este recurso, ya cumplida una edad suficiente para considerar como razonable la necesidad de asistencia de una persona que le atienda en su desenvolvimiento, y ello no ya en función de una expectativa de vida, sino como un gasto necesariamente producido dada la edad del hijo de los recurrentes”*. En consecuencia eleva la indemnización de 270.456 a 480.000€.

La sentencia 4 de noviembre de 2008, última de las dictadas por la Sala Tercera hasta la fecha, parece haberse decantado ya más claramente por indemnizar además del daño moral, los gastos extraordinarios derivados de la condición discapacitada del hijo, pronunciándose expresamente al respecto y no simplemente por la vía de confirmar la Sentencia de la Audiencia Nacional como en las que acabamos de citar. Para ello la Sala trae a colación la jurisprudencia dictada en los supuesto de embarazos no deseados en los que se reconoce un daño moral por la lesión de la facultad de autodeterminación de la persona y en determinadas circunstancias un daño emergente, que en el caso de nacimientos no deseados lo constituirían los gastos necesarios para la comprobación de la paternidad, y el lucro cesante *“en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades”*. En ningún caso serían indemnizables los gastos ordinarios de la manutención del niño, que los padres están obligados a prestar a los hijos, de forma que no se puede considerar un daño antijurídico. Pues bien, trasladando esta argumentación al caso enjuiciado, en el que la no realización de una amniocentesis privó a la madre de la posibilidad de poner fin al embarazo, afirma el TS que además del daño moral consistente en la privación de la posibilidad de poder interrumpir el embarazo legalmente, es indemnizable *“la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija*

con síndrome de down”, puesto que las circunstancias *“se separan de lo normal implicando una carga económicamente muy superior a la ordinaria”*.

Por ello, si bien la posición de la Sala de lo Contencioso-administrativo ha sido la de indemnizar exclusivamente el daño moral ocasionado por la lesión a la facultad de autodeterminación de la madre causada por la negligencia del profesional sanitario en el diagnóstico prenatal, habrá que ver si se reitera la postura sostenida en esta última sentencia, favorable a indemnizar además los costes extraordinarios derivados de la enfermedad del niño, y se suma así a la postura que sostiene la Sala de lo Civil o si se trata de un pronunciamiento aislado que no va a tener continuidad.

III.2.- La privación de la facultad de abortar. El daño moral.

III.2.a.- Fundamentación.

En estos supuestos de wrongful birth, como ya hemos visto, se fundamenta mayoritariamente el daño en que la negligencia del profesional sanitario en el diagnóstico prenatal priva a la madre de decidir sobre la continuación o no del embarazo, lo que lesiona su facultad de autodeterminación, reflejo del Derecho Fundamental a la dignidad de la persona. El Tribunal Supremo así lo ha expresado, por todas, en la Sentencia de la Sala 3ª de 30 de junio de 2006, ya citada, en la que se remite a la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 53/1985³⁰ de 11 de abril de 1985. El supuesto de despenalización del aborto que nos interesa a efectos de estas acciones es el conocido como aborto “eugenésico” o “embriopático”, que es el realizado dentro de las 22 primeras semanas de gestación en caso de *“que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas”*.

El Tribunal Constitucional en la citada Sentencia calificó la dignidad como un valor inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida. Al resolver el conflicto que se presenta entre la vida del nasciturus y la dignidad de la

³⁰ Esta Sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del art. 417bis del Código Penal de 1973 efectuada por la Ley Orgánica 9/1985 que despenalizó el aborto en tres supuestos.

madre en este supuesto de despenalización del aborto, optó por dar prevalencia a ésta última para evitar imponer una carga que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. Expresa el TC que *“la afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres y, en especial, la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva”* (F11).

El TS ha hecho suyas estas consideraciones y las ha utilizado para definir el bien lesionado por la negligencia de los profesionales sanitarios en el diagnóstico prenatal.

En esa misma línea, para Martín Casals y Solé Feliú, el fundamento básico de las demandas de *wrongful birth* *“se encuentra directamente relacionado con el interés jurídico que justifica la despenalización del aborto, en particular, del denominado “aborto eugenésico”, regulado en el art. 417.bis.3CP 1973.”*³¹. No obstante, para ellos no es la mera pérdida de la facultad de abortar lo que justifica la indemnización, sino la lesión que con esa pérdida se produce en uno de los intereses jurídicos de la madre, que son la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10CE).

Los daños indemnizables por ello en las acciones de *wrongful birth* son los derivados de la lesión a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la madre, que la interrupción del embarazo habría evitado. Esta es la línea que han seguido ambas Salas del Tribunal Supremo, como hemos comentado.

La reforma de la regulación del aborto anunciada por el Gobierno en principio no afectará a la configuración doctrinal y jurisprudencial de las acciones de *wrongful birth*. Aunque, eso sí, de ser un supuesto de despenalización, la interrupción voluntaria del embarazo pasará a configurarse como un derecho de la mujer, derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la integridad física y moral. El Anteproyecto de

Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, aprobado por el Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2009 mantiene el aborto dentro de las primeras 22 semanas de gestación siempre que exista *“riesgo de graves anomalías en el feto”*³², que coincide con el supuesto de despenalización del art. 417.bis 3 que tenemos en la actualidad.

Sí es una novedad la posibilidad que se contempla en el Anteproyecto de que la mujer pueda solicitar la interrupción voluntaria del embarazo, independientemente del plazo de gestación, de forma excepcional, en dos supuestos: cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida, y cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico³³ y así lo confirme un comité clínico, al que corresponderá en este caso autorizar la interrupción a solicitud de la embarazada. Si estas dos nuevas previsiones salen adelante en la tramitación parlamentaria de la Ley, se ampliarán los supuestos en los que se puede accionar por *wrongful birth*: cuando durante el diagnóstico prenatal no se detecten negligentemente las anomalías fetales incompatibles con la vida³⁴ y cuando no se detecte la enfermedad extremadamente grave e incurable en el feto, que pudo haberse diagnosticado.

Pero dejando de lado los detalles de la nueva regulación y su repercusión en las acciones de *wrongful birth*, para los que tendremos que esperar a la aprobación definitiva, en líneas generales parece que el cambio no va a afectar a estas reclamaciones.

³² Habrá que esperar la tramitación parlamentaria de esta norma para ver si se mantiene esta redacción, ya que el art. 417.bis del CP habla de *“graves taras físicas o psíquicas en el feto”*. Aunque parece que la intención del legislador es la misma, puede que la mención expresa de las anomalías físicas o psíquicas no esté de más, sobre todo atendiendo a la polémica que rodea a la regulación del aborto.

³³ Nótese que delimitar lo que constituye un *“riesgo de graves anomalías”* y lo que constituye *“una enfermedad extremadamente grave e incurable”* puede no estar nada claro, y sin embargo, mientras que las primeras justifican la interrupción del embarazo hasta las 22 semanas, las segundas justifican el aborto en cualquier momento del embarazo, siempre que lo autorice un comité clínico.

³⁴ Si sale adelante, será un supuesto límite ya que si el feto efectivamente presenta una anomalía incompatible con la vida no llegará a nacer o morirá una vez haya nacido, lo cual en principio no obsta para seguir sosteniendo que se privó a la madre de interrumpir voluntariamente su embarazo ocasionándole un daño moral.

³¹ *“Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006”*, cit. páginas 529-530

III.2.b.- La reclamación del padre.

Aceptado que la negligencia en el diagnóstico prenatal priva a la gestante de acudir a la interrupción voluntaria del embarazo y ello lesiona su facultad de autodeterminación, podemos afirmar que se produce un daño moral indemnizable para la madre. Ahora bien, nos preguntamos si este fundamento es válido también para afirmar que existe un daño moral para el padre.

Para Macía Morillo³⁵, aunque enlazar el daño directamente con el derecho a la dignidad del art. 10CE facilita su identificación, esta teoría limitaría la legitimación para reclamar por wrongful birth a la madre, ya que en relación a la interrupción voluntaria del embarazo únicamente son tenidos en cuenta sus intereses, no los del padre, pues su voluntad no se tuvo en cuenta al establecer el supuesto de despenalización del aborto³⁶. En el Anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo se mantiene que la decisión sobre el aborto es privativa de la madre, sin ninguna intervención del padre.

La Sala 3ª del TS en su Sentencia de 5 de diciembre de 2007 adoptó esta posición y rechazó la legitimación del padre en el único supuesto en el que se ha planteado su reclamación en solitario, declarando no haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina. Fundamenta el TS que *“el Tribunal de instancia ha tomado también en consideración la circunstancia de que la facultad de optar por la interrupción del embarazo constituye, en circunstancias normales, un derecho personal e intransferible de la madre, conforme resulta del art. 5 de la Ley General de Sanidad, art. 417 bis CP, y 9 del RD 2409/86 y fundamento decimotercero de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, lo que se convierte en obstáculo para la reclamación formulada con carácter exclusivo por el padre con dicho fundamento, que es lo que ocurre en el supuesto considerado por el Tribunal de instancia, sin tener en cuenta, además, que no hay constancia alguna del consentimiento, expreso o tácito de la madre*

³⁵ *“La responsabilidad médica por los diagnósticos...”* cit. páginas 360- 363

³⁶ En el mismo sentido de cuestionar la legitimación del padre para reclamar se expresa Rubio Torrano, Enrique en *“Responsabilidad patrimonial por diagnóstico prenatal”*, Aranzadi civil nº 19/2007, Pamplona 2007.

para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil fundado en la privación de ese derecho personal e intransferible que a ella le corresponde”.

Martín Casals y Solé Feliú³⁷ solventan esta objeción afirmando que los daños son extensibles al padre de rebote o par ricochet, como víctima indirecta de la privación a la mujer de su facultad de abortar. Sin embargo, Macía Morillo³⁸ ha opuesto también que generalmente la apreciación de los daños de rebote se restringe a los casos de daños derivados de la privación de la vida o una lesión grave en la víctima inicial, lo que no encaja en este supuesto, ya que se pretende que el daño para el padre deriva, no del daño sufrido por el hijo que sería el sujeto con una lesión grave, sino del daño para la madre derivado de la privación de la facultad de abortar.

La determinación del daño sufrido por el padre y su correlativa legitimación para reclamar será una de las cuestiones que deberán aclararse para que la configuración jurisprudencial de estas acciones sea coherente y exista seguridad jurídica porque de momento, discusiones doctrinales aparte, lo cierto es que en la Sala de lo Civil no se ha tratado nunca separadamente ni se ha cuestionado la legitimación del padre, reconociendo siempre sin ningún reparo la indemnización a ambos progenitores. También es cierto que nunca se ha planteado la reclamación del padre en solitario, sino que las reclamaciones se han interpuesto siempre conjuntamente por el padre y la madre. De suscitarse la pretensión del padre en exclusiva, habría que ver si la Sala 1ª se decanta por la misma solución adoptada por la Sala de lo Contencioso, a nuestro juicio posición coherente con la definición del daño como privación de la facultad de abortar o si defiende la legitimación del padre para reclamar en solitario, manteniendo ésa u otra definición del daño.

Algunos autores basan la existencia del daño moral en otras cuestiones, lo cual facilita la afirmación de que se produce un daño también para el padre. Así, Galán Cortés³⁹ habla de que se produce un daño moral directo por la falta de preparación

³⁷ *“Comentario a la Sentencia del TS de 7 junio 2002...”* cit. página 1118.

³⁸ *“La responsabilidad médica por los diagnósticos...”* cit. páginas 360- 363

³⁹ *“Responsabilidad civil médica...”* cit. página 309.

psicológica para el nacimiento de un niño discapacitado y por la privación de la facultad de abortar, lo que para Martín y Casals funciona como fundamento subsidiario para las acciones de *wrongful birth*⁴⁰, y un daño moral como dolor o sufrimiento ante la situación desvalida en que se encuentra el hijo. En similares términos se pronuncia Garriga Gorina⁴¹, para quien el daño moral no se debe a la privación de la facultad de abortar, sino al impacto emocional de traer al mundo un hijo con discapacidades, que requerirá de los padres una dedicación más intensa y el sufrimiento que provoca no saber quién lo cuidará en caso de que les sobreviva.

Lo cierto es que algunas de las primeras sentencias de la Sala de lo Civil se expresaban en términos parecidos, y es fácil incluso presumir la existencia tanto en la madre como en el padre de un daño moral, como angustia o preocupación por el nacimiento inesperado de un hijo discapacitado. Sin embargo, estas teorías, se utilicen como fundamento principal o subsidiario para definir el daño, son más vagas y se basan en apreciaciones más subjetivas. El dolor por el nacimiento de un hijo “desvalido”, o la angustia por el futuro de ese hijo, pueden ser sentimientos muy variables de unas familias a otras, y de unos contextos socioculturales a otros y sobre todo aproximan el daño a la existencia del hijo. De forma añadida, implican una visión muy negativa de la discapacidad⁴², contraria a los esfuerzos legislativos y de otros ámbitos que se realizan para integrar social y laboralmente a las personas con discapacidad, lo cual tampoco resulta conveniente.

III.2.c.- La reclamación de otros sujetos.

La siguiente pregunta es la de si cabe ampliar el círculo de sujetos que pueden reclamar un daño moral. Se trataría habitualmente de los hermanos o incluso abuelos del niño nacido con una enferme-

dad o discapacidad que a causa de la negligencia médica no se detectó, o por lo menos no a tiempo de acudir a la interrupción del embarazo.

Nuevamente, si el fundamento del daño es la privación a la madre de la facultad de abortar, tendríamos que negar legitimación para reclamar en solitario a estos otros sujetos como hermanos o abuelos del niño⁴³, como es previsible que hiciera la Sala de lo Contencioso, a la vista de las afirmaciones hechas en la Sentencia citada de 5 de diciembre de 2007 en la que rechazó la legitimación del padre.

Sin embargo, en la vía civil el TS admitió en su Sentencia de 18 de mayo de 2006 una indemnización de 30.000€ por daño moral a la hermana del hijo nacido con síndrome de down. En este supuesto, la reclamación la plantearon los padres en nombre propio y en representación del propio hijo discapacitado y de su otra hija. Martín Casals y Solé Feliu⁴⁴ criticaron este pronunciamiento porque mientras que en el caso del padre entienden que el daño de rebote deriva del daño sufrido por la madre como consecuencia de la lesión a su dignidad y al libre desarrollo, en el caso de los hermanos el daño de rebote se derivaría del nacimiento del niño con síndrome de down. Aducen que sería un contrasentido rechazar la indemnización al propio hijo y admitirla para los hermanos, además de abrir la puerta a que los hermanos reclamen a la madre que decidió no abortar.

En efecto, los hermanos y otros posibles familiares no tienen intereses protegidos en relación al aborto, pero tampoco el padre los tiene, por lo que, al igual que sucede en el caso del padre, habría que buscar el fundamento en otro tipo de daño moral como la falta de preparación psicológica, el sufrimiento por el hijo enfermo, etc. En cualquier caso, el daño moral de estos otros sujetos habrá de acreditarse, lo que parece más difícil que para los progenitores⁴⁵. No obstante, parece claro que el daño se circunscribe al daño moral, porque mientras que en el caso del padre la condición discapacitada del

⁴⁰ “Responsabilidad civil por la privación...” cit. página 6.

⁴¹ Garriga Gorina Margarita, “Negligencia en el diagnóstico prenatal” Indret, 3/2003, Barcelona 2003, página 8.

⁴² El propio TS llegó a decir que “había que tener en cuenta el impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas” en relación a un niño con síndrome de down en su primera sentencia de 6 de junio de 1997.

⁴³ Así, Martín Casals y Solé Feliu afirman que los hermanos carecen de intereses propios protegidos en relación con los supuestos de despenalización del aborto. “Comentario a la sentencia de 18 de mayo de 2006” cit. página 535.

⁴⁴ . “Comentario a la sentencia de 18 de mayo de 2006” cit. páginas 535-536.

⁴⁵ Macía Morillo, Andrea “La responsabilidad médica por los diagnósticos...” cit. página 387.

hijo supondrá unos gastos extraordinarios que deberá afrontar junto con la madre, viéndose afectado su patrimonio, en las situaciones habituales, el patrimonio de los hermanos o los abuelos no se verá afectado por los especiales gastos derivados de la situación del hijo.

III.2. d.- Cuantificación del daño moral.

En cuanto a la cuantificación del daño moral, la dificultad para su fijación no es exclusiva de las acciones de wrongful birth. En ocasiones los tribunales acuden a una fijación prudencial⁴⁶ y en otras ocasiones se aplica de forma orientativa el baremo contenido en el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004⁴⁷.

Lo cierto es que tanto en la Jurisdicción Contencioso-administrativa como en la Civil, en los supuestos de wrongful birth en los que se ha apreciado exclusivamente la existencia de un daño moral, las cuantías indemnizatorias han oscilado entre los 60.000€ (Sentencia Sala 1ª de 23 de noviembre de 2007 y Sentencia Sala 3ª de 4 de noviembre de 2005) y los 150.000€ (Sentencia Sala

⁴⁶ La Sentencia de la Sala 1ª de 4 de octubre de 2006, en un supuesto de negligencia en un trasplante capilar efectuado por un centro privado, declaró: *“Esta Sala ha venido declarando que la determinación de la cuantía por indemnización por daños morales, como es la que se impugna en el recurso, debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste. En efecto, se viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes (SSTS 31 de mayo de 1983; 25 junio de 1984; 28 de abril de 2005; 10 de febrero de 2006, entre otras).”*

⁴⁷ Es el caso de la Sentencia de la Sala 3ª de 4 de abril de 2000, que acude al baremo de tráfico de forma analógica y orientativa, en concreto a la cuantía prevista *“en la tabla II para los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad, dado que se trata de un concepto que parece encaminado a valorar con independencia, cuando la secuela padecida es de especial intensidad, un daño moral añadido al correspondiente a la situación concreta de lesión permanente o invalidez y a las circunstancias personales, familiares y sociales que la rodean”*

3ª de 16 de octubre de 2007), aunque no se justifica demasiado la determinación del concreto quantum indemnizatorio y se acude a una fijación ponderada, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en lo actores.

III.3.- El daño patrimonial: los costes extraordinarios derivados de la discapacidad del hijo.

III.3. a.- Determinación.

Como señalábamos al comienzo, en los supuestos de wrongful birth la pareja desea tener un hijo, no se trata de reclamaciones por concepciones no deseadas. Lo que ocurre es que por una negligencia en los profesionales sanitarios no se detectó la presencia de una anomalía o no se informó a tiempo de acudir a la interrupción voluntaria del embarazo, y el niño nace con una malformación o enfermedad incurable. Digamos que los padres esperaban un hijo sano y el error médico les priva de decidir si desean continuar con un embarazo que desembocará en el nacimiento de un hijo con problemas serios de salud o discapacidad.

El hecho de que sea un hijo deseado, unido a la dificultad de calificar como daño la vida de un hijo, lleva a evitar indemnizar por el nacimiento en sí, o por la vida o la manutención del hijo en general. La Sentencia de la Sala 1ª de 21 de diciembre de 2005, que, como ya indicamos, define claramente el daño por primera vez en estas acciones, descartó expresamente indemnizar los costes que no tengan relación con la discapacidad del niño puesto que estamos *“ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá del que comporta ese plus que resulta de la discapacidad”*. Como hemos visto, la Sala de lo Civil del TS es partidaria de indemnizar a los progenitores por estos costes extraordinarios, además de por el daño moral. La doctrina se ha inclinado también por esta opción de indemnizar los gastos extraordinarios derivados de la anomalía o enfermedad del hijo⁴⁸. No así, de momento, la Sala de lo Con-

⁴⁸ Macía Morillo, *“La responsabilidad médica por los diagnósticos...”* cit. páginas 398-403; Garriga Gorina, Margarita *“Negligencia en el diagnóstico prenatal”* cit. página 8; Galán Cortés se refiere a los gastos extraordinarios y al lucro cesante en *“Comentario a la Sentencia de 6 de julio de 2007”*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 76, 2008, página 289.

tencioso-administrativo. Martín Casals y Solé Feliu lo justifican además en que son estos costes extra los que fundamentan el supuesto de despenalización del aborto⁴⁹, al intentar evitar gravar a la madre con la carga económica excesiva que supone atender al hijo enfermo.

La ventaja de calificar como daño estos costes extraordinarios, es por un lado, que posibilita la indemnización al padre, cuyo patrimonio tiene que hacer frente a estos costes conjuntamente con el de la madre como obligados a prestar alimentos al hijo. Por otro lado, permite una indemnización mayor y proporciona, por lo menos en teoría, una mejor atención de las necesidades del hijo. Mientras que las cuantías indemnizatorias por daño moral oscilan entre los 60.000€ y los 120.202€⁵⁰, en los casos en que se indemniza el daño moral y el daño patrimonial derivado de la condición discapacitada del hijo las cantidades oscilan entre los 300.000€ y los 666.229€⁵¹. Estas diferencias más que notables hacen que, desde el punto de vista de los progenitores, se prefiera obviamente la segunda opción. El desequilibrio entre la situación personal y familiar de los padres, que tienen que hacerse cargo del cuidado de un hijo con necesidades muy especiales, frente a los profesionales y los centros sanitarios, amparados por seguros de responsabilidad civil que les evitan el desembolso económico, animan desde luego a solicitar y fijar indemnizaciones más cuantiosas para los padres.

Sin embargo, convendría apuntar unas reflexiones al respecto. Entendemos acertado y totalmente comprensible el aumento de las indemnizaciones ya que en ocasiones las reconocidas por daño moral son realmente escasas, sobre todo si las comparamos con las fijadas para resarcir otras lesiones corporales que pueden parecer de menor entidad. Ahora bien, si se sostiene que el daño es la lesión que se produce en la facultad de autodeterminación de la mujer, en su dignidad, ¿realmente los gastos extraordinarios derivados de la discapacidad son consecuencia de esta lesión? El nexo causal entre la privación de la facultad de decidir y el daño moral parece claro, pero no así con los

efectos económicos de la discapacidad del niño. Debemos tener presente que las malformaciones del niño no son consecuencia de una actuación médica, que las mismas son incurables y que el hijo hubiera nacido con ellas en cualquier caso. Esta postura nos acerca peligrosamente a la indemnización, no de la vida o las lesiones del hijo directamente, pero sí de alguna manera a las consecuencias económicas de las mismas. Esto nos lleva a otra cuestión: ¿cabe sostener que los padres sufren un daño patrimonial formado por estos gastos extraordinarios y negar que el hijo sufra un ningún daño? Al alcanzar la mayoría de edad si no está incapacitado o prorrogada la patria potestad, será el patrimonio del hijo el que deba hacer frente a sus propios gastos, por lo que no parece muy congruente aceptar que unos concretos gastos sean resarcibles para los padres y que los mismos gastos no lo sean para el hijo.

Reflexiones aparte, la doctrina⁵² coincide en señalar que esta postura jurisprudencial es la correcta y que deben indemnizarse los costes extraordinarios derivados de la discapacidad del hijo a los padres, obligados a prestar alimentos al hijo, aunque distinguiendo en la fijación de la indemnización las diversas partidas del daño, ya que las Sentencias que hemos visto del TS no individualizan los conceptos y fijan una cantidad global comprensiva tanto del daño moral como de los daños patrimoniales extraordinarios.

Y una vez que se separen ambas partidas, ¿cuáles son estos costes extraordinarios que resultan indemnizables? Algunos autores han enunciado qué conceptos estarían incluidos. Salás Darrocha⁵³, en una exhaustiva enumeración, alude a los tratamientos médicos especializados, la necesidad de acudir a centros especializados en estimulación precoz, la rehabilitación, la adaptación del domicilio familiar, el transporte y asistencia a un centro escolar normal o con programa de integración o de educación especial, el salario de la persona que atienda al niño con carácter retribuido, y en todo caso los gastos de asistencia médica y hospitalaria, tratamientos e intervenciones quirúrgicas necesarias.

⁴⁹ “Comentario a la Sentencia de 6 de junio de 2002...” cit. página 1117

⁵⁰ Sentencias de la Sala 3ª del TS de 4-11-2005 y 10-5-2007, respectivamente.

⁵¹ Sentencias de la Sala 1ª del TS de 6-6-1997 y 24-10-2008, respectivamente.

⁵² Martín Casals y Solé Feliu, “Comentario a la Sentencia de 7 de junio de 2002” Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil nº 60, 2002. Página 1117; Galán Cortés, “Responsabilidad civil médica” cit. página 331.

⁵³ “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ante la Jurisdicción ...” cit. página 2709.

El mayor obstáculo para la apreciación de estos daños patrimoniales extraordinarios es precisamente que se trata de gastos futuros, hipotéticos, inciertos. Como señala Lacruz⁵⁴ la jurisprudencia requiere que el daño sea cierto, es decir, que exista palpablemente el menoscabo, y que pueda valorarse con una razonable seguridad, lo que sucede habitualmente con los daños materiales y ofrece mucha mayor dificultad con el lucro cesante. En cada reclamación concreta por wrongful birth existirán gastos de muy probable realización, y por tanto más fáciles de aceptar, y otros no tanto. Por poner un ejemplo, en el caso de nacimiento de un niño con síndrome de down probablemente no serán necesarias adaptaciones en el hogar, o por lo menos no demasiado importantes, en contraste con el caso de un hijo con malformaciones que puede precisar desde una cama articulada hasta sillas de ruedas, etc... Otra cosa será, además, la cuantificación de dichos gastos, habida cuenta de que son gastos a futuro, con lo que no puede nunca determinarse una cuantía cierta, ni justificarla más allá de meras probabilidades.

El lucro cesante sufrido por los padres (por ejemplo, el abandono de una actividad profesional para dedicarse al cuidado del hijo) también será difícil de acreditar, salvo que se haya producido ya en el momento de la reclamación, y aun así con reticencias porque el padre o la madre podrían volver a trabajar en cualquier momento.

Otro obstáculo importante a mi juicio es que entre los gastos derivados de la especial condición de discapacidad del niño se incluyen gastos que van a ser prestados, abonados o subvencionados por entidades como la Seguridad Social, el Departamento o Consejería de Salud de la Comunidad Autónoma, los Servicios Sociales, autonómicos y municipales, etc... en lugar de ser abonados por los padres. Cabe preguntarse entonces si no se produce un enriquecimiento injusto al ser incluidos en la indemnización por lo menos algunos de los gastos señalados anteriormente⁵⁵, habida cuenta de

⁵⁴ Derecho de Obligaciones. Vol. II AAVV Dirige Lacruz Berdejo. Dykinson, Madrid 1999, páginas 479-480.

⁵⁵ En esta línea, la Jurisdicción Social cuando condena al empresario a abonar una indemnización al trabajador por un accidente de trabajo, descuenta de la indemnización lo ya percibido por el trabajador por la Seguridad Social, en concepto de incapacidad temporal y de incapacidad permanente. La reciente Sentencia de la Sala 4ª de 21-1-08 dice claramente

que la asistencia sanitaria se prestará por el servicio público de salud correspondiente, se le ofrecerán posibilidades educativas, logopedia, los padres pueden percibir algunas prestaciones de la Seguridad Social, subvenciones para adaptación de la vivienda o el coche, etc... conceptos que son mencionados en algunas Sentencias de la Sala de lo Civil del TS.

La Sala Tercera del TS, en los únicos supuestos en los que ha reconocido un daño patrimonial además del daño moral a los padres, parece ir por esta línea, descartando incluir en la indemnización los servicios de asistencia sanitaria, parafarmacia y fisioterapia, a prestar por la Seguridad Social (Sentencia de 27 de junio de 2007⁵⁶). Descarta asimismo otros gastos por no estar justificados en ese momento, como los de adaptación de vivienda y vehículo, y admite el gasto de una persona que atienda al niño en su desenvolvimiento. Cabe preguntarse si habría que descontar también, al igual que ocurre con las prestaciones de la Seguridad Social, el gasto de asistente personal en el caso de que el hijo sea calificado en situación de dependencia y le sea reconocida una prestación económica derivada de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, o incluso sea atendido en un centro residencial o en un centro de día.

Por tanto, en mi opinión, si atendemos realmente a los gastos justificados, y no a los gastos futuros o hipotéticos, a los gastos que puedan calificarse como probables, y además se intenta evitar la producción de un enriquecimiento injusto, la determinación de los costes derivados de la discapacidad que resultan indemnizables y su cuantificación es verdaderamente difícil⁵⁷. De forma más simple, los gastos extraordinarios derivados de la

que *“nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Por ello, cuando existe el derecho a varias indemnizaciones se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto.”*

⁵⁶ En la Sentencia de 14 de marzo de 2007 igualmente parece descartar la reparación específica que presta la Seguridad Social.

⁵⁷ Sin entrar a valorar la relación de causalidad entre estos gastos patrimoniales y la negligencia del profesional sanitario, que también plantea problemas.

condición de discapacidad del niño podrían ser un criterio para elevar la cuantía indemnizatoria por daño moral, que es lo que parece que pretende el TS en algunos casos al establecer una cantidad global por el daño moral causado a los padres por la privación de la posibilidad de acudir al aborto, y los costes extraordinarios de atender al hijo discapacitado.

III.3.b.- ¿Garantías del destino de la indemnización?

Por último, queremos destacar que esta parte de la indemnización se justifica en los gastos extraordinarios que los padres deberán afrontar en la crianza de su hijo y que, aunque en ocasiones no puedan acreditarse con certeza, va destinada a sufragar gastos concretos. Pero la concesión sin más de una indemnización a los padres, por elevada que sea, no garantiza en absoluto el destino de la indemnización ni la mejor atención a las futuras necesidades sanitarias, educativas o materiales del hijo. La indemnización pasa a engrosar el patrimonio de los padres y no se establece por lo general ningún control.

Algunos autores han entendido en este punto adecuada la fijación de una pensión a favor del hijo, como hizo la Sentencia del TS de la Sala 1ª de 18 de mayo de 2006, que estableció una indemnización de 180.000€ a los padres, 30.000€ a la hermana por daño moral y una pensión vitalicia para el niño de 900€, actualizada anualmente conforme al IPC, a abonar a la persona que ostente la patria potestad o tutela. Martín y Solé⁵⁸ son favorables a este pronunciamiento, aunque entienden que hubiera sido más adecuado establecerla a favor de la persona que se encuentre en cada momento obligada a prestar alimentos, puesto que *“el tutor se encuentra obligado no a prestar sino a procurar los alimentos a la persona sujeta a tutela, lo que supone para él la obligación de reclamar los alimentos al pariente que corresponda”*.

Desde el punto de vista de la justicia material, es perfectamente comprensible la inclinación por fijar una pensión para el hijo. Lo que, en mi opinión, no es tan claro es que una pensión mensual se dirija a reparar exclusivamente los gastos extra-

ordinarios de la enfermedad o discapacidad del hijo. Para ello, teóricamente al menos, habría que calcular los gastos normales de manutención de un niño, frente a los gastos de manutención y cuidado de un niño discapacitado (con la diversidad de situaciones que pueden quedar incluidas), y fijar la pensión en la diferencia entre ambas. No parece que la sentencia citada haya efectuado ninguna operación de este estilo, ya que hace referencia únicamente a la garantía del principio de reparación íntegra del daño, con lo que, además, parece indemnizar por el conjunto de lesiones que padece el niño. No hay que olvidar que las lesiones o la enfermedad del feto eran incurables en cualquier caso y no son imputables a la actuación del médico, sino que lo que se indemniza en estos supuestos es la privación negligente a la madre de la posibilidad de abortar.

Mejores garantías para el hijo, si se quiere, ofrece la previsión de la Sentencia de la Sala 1ª de 4 de febrero de 1999, que estableció que de los 425.000€ que reconoció como indemnización total, los padres podrían disponer de 125.000€, y 300.000€ quedarían en una cuenta hasta que la hija alcanzase los 18 años, salvo que los padres, previa autorización judicial, necesitaran disponer de ellos en interés de su hija. Y es que suscita cierta preocupación el hecho de que las Sentencias reconozcan indemnización a los padres para hacer frente a los gastos extraordinarios del hijo, quedando el dinero a su entera disposición, sin garantías de que redunde en beneficio del niño, lo que podría efectuarse mediante previsiones de este tipo, o mediante la constitución de patrimonios protegidos a favor del hijo discapacitado, que es lo que parece hacer esta Sentencia, anterior a la reforma del Código Civil por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre que introdujo esta figura. Precisamente el objeto de constituir un patrimonio protegido para una persona con discapacidad es establecer mecanismos adecuados para garantizar la afectación de los bienes y derechos que componen ese patrimonio a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares (Exposición de Motivos y art. 1 de la Ley 41/2003). Aunque no está prevista la constitución del patrimonio protegido en virtud de Sentencia, sí que se establece que cualquier persona con interés legítimo pueda solicitar a la persona con discapacidad o a sus padres o tutores si ésta no tiene capacidad de obrar suficiente, que se constituya un patrimonio protegido y, en caso de negativa de los

⁵⁸ “Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006”, cit. página 534

padres o tutores, que el Ministerio Fiscal inste su constitución ante el juez. Por tanto, aunque no encaja exactamente en ninguna de las formas de constitución del art. 3 de la Ley 41/2003, la creación de un patrimonio protegido sería una garantía más que conveniente para la indemnización de los costes extraordinarios derivados de la discapacidad. La gestión de este patrimonio la realiza un administrador, con la supervisión del Ministerio Fiscal, con lo que se pretende garantizar que los bienes, derechos, frutos o rentas del patrimonio protegido se destinen a satisfacer las necesidades vitales de su beneficiario, exigiéndose autorización judicial para los mismos supuestos que se le exigen al tutor respecto al patrimonio de su tutelado.

Al hilo de lo anterior, cabría preguntarse la conveniencia de la intervención en los procedimientos por wrongful birth del Ministerio Fiscal, en defensa de los intereses del menor, a pesar de que no está expresamente prevista esta intervención salvo en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (art. 749 Ley Enjuiciamiento Civil).

A modo de resumen, respecto al daño patrimonial hemos de decir, con la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria de la Sala de lo Civil del TS, que, además del daño moral por la privación a los padres de la posibilidad de decidir sobre el aborto por la actuación negligente del médico, habrán de indemnizarse los gastos extraordinarios derivados de la condición de discapacitado del niño. No obstante, la determinación de qué gastos son indemnizables, y en qué cuantías, resulta difícil, y la jurisprudencia no los ha definido, estableciendo en la mayor parte de los casos indemnizaciones globales comprensivas del daño moral y del patrimonial.

IV.- EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL LIFE.

En las acciones de wrongful life, los presupuestos son los mismos que los exigidos para las acciones de wrongful birth, solo que en este caso la reclamación se plantea por el hijo nacido discapacitado o por sus padres actuando en su nombre y representación. La negligencia de los profesionales sanitarios en el curso del diagnóstico prenatal, por acción u omisión, privó a la madre de decidir acerca del aborto cuando éste era posible y el niño nació con graves problemas o discapacidades.

Como hemos adelantado en la introducción, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia españolas rechazan la admisibilidad de las acciones de wrongful life en nuestro ordenamiento. Desde la perspectiva del hijo, se acentúan las dificultades para la determinación del daño que ya existían cuando la acción la ejercitan los padres puesto que la alternativa a nacer con una discapacidad era no haber nacido. Además, aunque nos centráramos en la vida discapacitada y no en el nacimiento, no hay que olvidar que la enfermedad no podía ser evitada ni tratada, por lo que parece ineludible relacionar el daño con la propia vida del hijo.

Aplicar en este caso la teoría de la separación y encontrar un fundamento separado de la vida que ampare estas reclamaciones parece complicado en opinión de algunos autores⁵⁹, a diferencia de las acciones planteadas por los padres, en las que el daño se sitúa en la lesión de la facultad de autodeterminación de la gestante.

Con todo, en este supuesto estamos ante una verdadera pérdida de oportunidades para el hijo⁶⁰, pues su nacimiento dependía, no del azar, pero sí de la decisión de un tercero, su madre, que le es ajena y como tal supone un elemento aleatorio. Sin embargo, ello no supone la admisión de la indemnización a favor del hijo, ya que el beneficio esperado o la pérdida que se pretendía evitar era nacer, la vida del propio demandante, con lo que volvemos al obstáculo inicial.

El fundamento que posibilitaba la afirmación de un daño para la gestante, como hemos visto, se situaba en la facultad de autodeterminación de la mujer, que se veía lesionada por la mala praxis médica, al privarle de la oportunidad de acudir al aborto embriopático. Sin embargo, la mayoría de los autores coinciden en que cuando el legislador español introdujo este supuesto de despenalización

⁵⁹ Galán Cortés "*Responsabilidad civil médica*" cit. página 310. Macía Morillo examina diversas teorías que intentan alejar el daño del nacimiento del hijo, como afirmar que lo lesionado es la facultad de abortar de la gestante o la privación a los progenitores de decidir sobre la descendencia futura, una eventual lesión del derecho a no nacer o la privación al hijo de un hipotético derecho a la información, todas ellas con muchos obstáculos y objeciones. "*La responsabilidad médica por...*" cit. páginas 403-438.

⁶⁰ Martín Casals y Solé Feliú, "*Comentario a la Sentencia del TS de 7 de junio de 2002...*" cit. página 1120.

de la interrupción voluntaria del embarazo no lo hizo para proteger los intereses del futuro ser. Martín Casals y Solé Feliú⁶¹ afirman que la despenalización del aborto bajo ciertas circunstancias no intenta proteger los intereses del nasciturus, sino exclusivamente los de la madre y por extensión los del padre, por lo que no se produce ninguna lesión a los intereses del feto cuando se priva a la madre de su facultad de decidir sobre el aborto, que justifique la imputación de un daño al profesional sanitario.

Además, sostienen estos mismos autores que *“el derecho a la vida contemplado en el art. 15CE no plantea ningún conflicto entre el derecho a la vida del feto y un supuesto “derecho a no nacer con graves anomalías”. Esta conclusión sólo sería posible si se admitiese que la no-vida es preferible a la vida enferma o con malformaciones, con la consiguiente valoración negativa de la vida de las personas con discapacidades”*. Galán Cortés⁶², en la misma línea argumentativa, añade que aunque se considerase que el niño no reclama por vivir, sino por vivir discapacitado, de manera que el daño es la vida en tan lamentable situación, resultaría muy difícil calificar como daño dicho estado, porque sería tan personalísimo que sólo el interesado podría evaluarlo siendo necesaria una “matización externa” por razones de seguridad jurídica. Además, si se admitiera este derecho a no nacer discapacitado, el hijo podría interponer una eventual demanda contra la madre que voluntariamente optó por continuar con el embarazo, aun siendo consciente de las malformaciones que iba a presentar su hijo al nacer. Por lo tanto para estos autores no existe un daño, al no poder calificarse como tal la propia vida del niño y no encontrar estas acciones ningún otro fundamento.

Macía Morillo⁶³, en cambio, ha sostenido que el obstáculo de calificar la vida como daño puede superarse. Para ello entiende que ha de partirse de que la vida es un bien supremo del ordenamiento jurídico, pero no se trata de un bien absoluto, sino que admite excepciones (la legítima defensa, el aborto, el suicidio, la pena de muerte...). La relati-

vización del bien vida hace posible aceptar que en casos excepcionales, la vida puede ser considerada un daño. *“En concreto, el hecho de que tal reclamación no pretende la destrucción o finalización de la vida, sino únicamente una indemnización por el hecho de su comienzo –no un ataque, pues, a la vida, sino a su idea como valor supremo– permite, como mínimo, dudar del rechazo inicialmente categórico de este daño, pues éste parece estar más bien influido por consideraciones éticas o morales (que, por principio, excluyen a radice toda posibilidad de erosionar el bien vida)”*⁶⁴. Para esta autora, pues, aunque no exento de críticas y dudas, puede afirmarse la existencia de un daño en las acciones de wrongful life. No obstante, los problemas se trasladan al elemento del nexo causal puesto que los daños no le son imputables al profesional sanitario.

Por su parte, Salás Darrocha⁶⁵ ha planteado que si se relativiza el bien vida, puede considerarse que los perjuicios no están en el hecho del nacimiento, ni en el daño moral, ni en el propio hecho de la discapacidad, pero sí pueden considerarse como daños los gastos patrimoniales derivados, especialmente el sobrecoste de esa vida y a modo de lucro cesante los derivados de una eventual incapacidad laboral, evitando que se produzca, eso sí, una duplicidad en la reclamación de estos gastos con los padres. Martín y Solé reiteran que al médico sólo puede imputársele objetivamente el no haber permitido que la madre abortase, y por consiguiente, no haber impedido que su hijo con discapacidad llegase a nacer, por lo que el problema vuelve a situarse entre el *“falso conflicto entre nacer con la anomalía y un inexistente derecho del nasciturus a no nacer”*⁶⁶.

Sin obviar las anteriores consideraciones, en realidad tampoco parece muy congruente admitir que estos sobrecostes sean indemnizables para los padres pero no para el hijo, si atendemos a que si no se prorroga la patria potestad, ni el hijo es incapacitado, los gastos recaerán sobre el patrimonio de éste. Los problemas en el nexo causal son los mismos en ambos casos. La única diferencia es

⁶¹ “Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006...”, cit. página 541 y sig.

⁶² “La responsabilidad civil...” cit. página 302

⁶³ “La responsabilidad médica por los diagnósticos...” cit. página 439 y sig.

⁶⁴ “La responsabilidad médica por los diagnósticos...” cit. página 581.

⁶⁵ “Las acciones de wrongful birth...” cit. página 2670

⁶⁶ “Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006...” cit. página 542.

que en el caso de los padres, uno de los fundamentos para amparar la despenalización del aborto que esgrimió el TC en su Sentencia nº 53/1985 era evitar a la mujer entre otras cosas la carga que supone el sobre coste de criar un hijo con discapacidad a la vista de los escasos apoyos públicos existentes, enlazando así con el fundamento de las acciones de wrongful birth. Pero cabe plantearse, además del problema en el nexo causal, si con la reforma de la Ley del Aborto y su configuración como un verdadero derecho derivado de la dignidad del art. 10CE y no como un supuesto de despenalización, este argumento seguirá siendo válido. También si habrá perdido vigencia en el momento actual en el que el Estado social intenta reforzar la atención a las personas con discapacidad, la promoción de su autonomía personal y su integración en el ámbito laboral, educativo, social y cultural, que nos haría plantearnos si subsiste (al menos en la teoría) esa escasez de apoyos por parte de los poderes públicos a la que aludía el TC en 1985.

En la jurisprudencia, el TS sólo ha resuelto reclamaciones en nombre de los hijos en la vía Civil, y siempre junto a la reclamación de los padres, tras plantear éstos las demandas en nombre propio y también en representación del hijo menor. Es el caso de la Sentencia de 18 de diciembre de 2003, en la que sin embargo el daño del niño pasó inadvertido y el TS no lo tuvo en cuenta en el fallo. Por su parte en la Sentencia de 18 de mayo de 2006 el TS confirmó el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona que había reconocido una pensión vitalicia a favor del hijo, pero aquí el TS no entró a revisar el daño en casación porque no se planteó por la vía adecuada, por lo que tampoco se pronuncia respecto al daño del hijo.

Sin embargo, en las Sentencias posteriores de 6 de julio y 23 de noviembre de 2007 el TS sí se pronunció expresamente, para descartar la indemnización a favor del hijo recurriendo a la jurisprudencia ya elaborada previamente en los casos de concepciones no deseadas y trasladando aquí la afirmación de que *“Debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la Sentencia de 5 de junio de 1998⁶⁷, que no debe admitirse que este*

tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo”, basándose en que la vida humana es un bien precioso protegido por el ordenamiento jurídico.

En la Sala de lo Contencioso-administrativo, aunque no se ha planteado ningún supuesto de reclamación del hijo, o de los padres en nombre y representación del hijo, es previsible su rechazo, a la vista de la postura que sostiene sobre el daño como privación a la madre de la facultad de decidir sobre el aborto, que le ha llevado a rechazar la legitimación del padre para reclamar en solitario por ser un derecho intransferible de la madre⁶⁸.

Así pues, parece que, por lo menos en la actualidad, y a pesar de algunos intentos de relativizar el bien “vida” o de proponer la indemnización de los costes extraordinarios derivados de la discapacidad, hemos de afirmar que ni doctrinal ni jurisprudencialmente se admite la reclamación por parte del hijo a los profesionales sanitarios por los fallos en el diagnóstico prenatal que impidieron a la madre optar por la interrupción voluntaria del embarazo. Algunos autores⁶⁹ entienden que la solución

suponer el médico que no quedaban restos del ovario izquierdo, intervenido previamente, lo que no era así, quedando la mujer embarazada de gemelas. Establece el TS respecto al daño: *“La sentencia de primera instancia incluye entre los conceptos indemnizables el daño moral a la actora, producido, dice, por los embarazos no deseados. No puede esta Sala compartir tal punto de vista, porque la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores, ni siquiera cuando, como ocurre en el presente caso, los nacidos carecen de tara o enfermedad que pudiera servir de excusa para sostener lo contrario de lo anteriormente afirmado. Otra cosa es que el patrimonio de los progenitores tenga que afrontar mayores gastos o dejar de obtener ingresos por la suspensión o abandono del trabajo ante la contingencia inesperada del embarazo y parto, y en este sentido es admisible una compensación económica, que se fija aquí, por las circunstancias que denotan la poca prueba practicada, en ocho millones”*

⁶⁸ Aún así, la Sentencia de 10 de mayo de 2007 contiene una afirmación un tanto inquietante, que ya hemos señalado anteriormente, al afirmar que *“si como consecuencia de la afectación del menor asintomático en la fecha de la reclamación, éste presentase una evolución que se plasmase en cualquier patología derivada de la adrenoleucodistrofia, tendrá derecho él o sus representantes legales a ser indemnizado por aquella, a cuyo fin podrán ejercitar las acciones que estimen convenientes”*.

⁶⁹ Martín Casals/ Solé Feliú *“Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006...”* cit. Página 542; también Macía Morillo *“La responsabilidad médica...”* cit. página 583.

⁶⁷ Se trata de un supuesto de una madre que se sometió a una ligadura de trompas, practicándose sólo de la derecha, al

de estos casos no pasa por el instituto de la responsabilidad civil sino que ha de remitirse al Estado social, que ha de hacerse cargo de la atención a las necesidades de las personas con discapacidad, solución adoptada en Francia⁷⁰ para las reclamaciones por wrongful life, lo que además tiene la ventaja de equiparar la atención que pueden recibir todos los niños discapacitados, independientemente de que sus madres hubieran decidido voluntariamente continuar con el embarazo, o se hubieran visto privadas de dicha oportunidad de decidir.

V.- CONCLUSIONES.

Conocemos como acciones de wrongful birth y wrongful life los casos en los que la negligencia de un profesional sanitario en el curso del control de la gestación priva a los padres de decidir con una información correcta sobre la interrupción o no del embarazo, pues por la negligencia de los profesionales no tienen la oportunidad de conocer que el hijo nacerá con malformaciones o enfermedades graves e incurables, mientras aún están a tiempo de interrumpir legalmente el embarazo. Así, o no se les informa de la posibilidad de realizar pruebas de diagnóstico prenatal, o se les informa erróneamente sobre el resultado de dichas pruebas, o se les traslada el resultado extemporáneamente cuando ya no tienen posibilidad de acudir al aborto.

Como en cualquier otro supuesto de responsabilidad civil en general y de responsabilidad sanitaria en particular, deben reunirse los requisitos generales de la responsabilidad civil. Los elementos más problemáticos son la determinación del daño, por la dificultad de calificar el nacimiento de un niño como un daño para sus padres y para el propio hijo, y la relación de causalidad, ya que las lesiones no son imputables al médico, sino que el niño hubiera nacido con ellas de todas maneras, por tratarse de enfermedades o lesiones incurables o inevitables.

Centrándonos en el elemento del daño, para evitar las objeciones que conlleva calificar como tal la propia vida del hijo, tanto éticas y morales como jurídicas, se intenta fijar el daño en otros eventos o elementos más alejados del propio nacimiento o de la vida del niño.

Así, en las acciones de wrongful birth, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del TS sostienen que la negligencia del médico o profesional sanitario priva a la gestante de la posibilidad de decidir sobre el aborto, al que podría acudir legalmente puesto que concurren los requisitos del supuesto de despenalización del art. 147bis.3 CP. Esta privación lesiona el derecho a la dignidad y la facultad de autodeterminación de la madre, al privarle de la posibilidad de decidir sobre su descendencia futura, lo que tendrá un efecto indudable sobre todos los ámbitos de su vida, por el nacimiento de un niño gravemente enfermo o discapacitado, y ampara por ello la reclamación de la madre.

A partir de aquí, se ha admitido que las consecuencias de esta privación están constituidas por un daño moral, admitiéndose generalmente que se produce en ambos progenitores, y un daño patrimonial, los extraordinarios gastos derivados de la discapacidad del niño, que el supuesto de despenalización del aborto pretende evitar a los padres. Así lo ha entendido la Sala de lo Civil del TS, definiendo claramente el daño desde su Sentencia de 21 de diciembre de 2005 tras unas primeras Sentencias en las que el daño se definía de forma vaga e imprecisa.

Sin embargo, entendemos que esta solución no está exenta de problemas sobre los que será necesaria una profunda reflexión. La propia Sala de lo Contencioso-administrativo del TS no ha compartido esta determinación de los efectos que produce la lesión a la facultad de autodeterminación y por lo menos hasta el momento ha entendido indemnizable exclusivamente el daño moral sufrido por los padres, al privárseles de su facultad de decidir sobre acudir a la interrupción voluntaria del embarazo, no incluyendo en la indemnización los gastos patrimoniales extraordinarios. No obstante, en su última Sentencia de 4 de noviembre de 2008, esta Sala se ha apartado del que era su criterio general y se ha unido al sostenido por la Sala de lo Civil, admitiendo que son indemnizables los gastos patrimoniales extraordinarios al implicar una carga muy superior a la ordinaria, que permite calificarlos como daño.

Esta divergencia entre las diferentes Salas del Alto Tribunal nos lleva a plantearnos si realmente los gastos extraordinarios son indemnizables, y si los mismos son consecuencia de la privación de la

⁷⁰ Ver nota al pie nº 4.

facultad de acudir al aborto, es decir, si existe un nexo causal entre esta lesión y los gastos citados, imputable al médico, aunque frente a esto se opone que uno de los fundamentos que esgrimió el TC en su Sentencia nº 53/1985 para afirmar la prevalencia de los intereses de la mujer en el aborto embriopático fue precisamente no gravarla obligatoriamente con la mayor carga que supone criar a un hijo con graves dificultades, habida cuenta el escaso apoyo público.

Otro punto a nuestro entender conflictivo será la determinación del daño del padre y su consiguiente legitimación, ya rechazada por la Sala Tercera en la única ocasión en la que un hombre ha planteado su reclamación en solitario sin el concurso de la madre. Y es que los intereses del padre no son tenidos en cuenta en relación con la despenalización del aborto, por lo que su legitimación no puede basarse en dicha lesión y habrá que buscarla en otros fundamentos, como el daño de rebote o el daño moral por la falta de preparación psicológica para el nacimiento de un niño con problemas, aunque este tipo de teorías encuentran más objeciones en la doctrina.

Entrando a analizar los pronunciamientos jurisprudenciales, uno de los inconvenientes de los que adolecen es que en los casos en que se ha reconocido una indemnización por los daños morales y los patrimoniales, no se han separado ambos conceptos, fijando cuantías globales, y muchas veces determinadas prudencialmente.

La fijación del daño moral siempre resulta difícil, no es un problema exclusivo de estos supuestos, por tratarse de un daño extrapatrimonial, de difícil traducción económica, por lo que es irremediable, a falta de otros criterios objetivos, realizar una ponderación de las circunstancias del caso, o una fijación prudencial, como ha hecho el TS al fijar las indemnizaciones por daño moral en los casos de wrongful birth.

Pero en el supuesto de las acciones de wrongful birth, la determinación de los costes patrimoniales derivados de la discapacidad tampoco está exenta de dificultades. En primer lugar, es necesario definir qué costes son los realmente indemnizables, teniendo en cuenta que los supuestos de hecho no serán equiparables y las necesidades de los niños pueden ser muy diferentes, por lo que no puede establecerse un elenco general sino que

habrá que determinarlo en cada caso concreto. En segundo lugar, se tratará muchas veces de gastos futuros e inciertos, por lo que habrá que acreditar una alta probabilidad de que se realicen, además de enfrentarse a una cuantificación incierta. Y por último, habrá que ver si cabe excluir, como ha establecido la Sala 3ª, aquellos gastos por servicios o asistencias que vayan a ser prestados por la Seguridad Social o los servicios sociales, entre otras entidades, para evitar un enriquecimiento injusto de los padres.

En lo que respecta a las acciones de wrongful life, han sido rechazadas por la doctrina mayoritaria por no poder separar el daño del propio nacimiento o la vida del hijo, al igual que entiende la Sala de lo Civil del TS, a pesar de algunos intentos por fijar un daño al margen de los mismos. De momento, habrá que remitir la atención de estos casos a otros mecanismos diferentes de la responsabilidad civil.

Como conclusión, podemos afirmar que el TS ha admitido las acciones de wrongful birth, configurando como daño indemnizable la privación a la gestante de la posibilidad de acudir a la interrupción voluntaria del embarazo. A partir de ahí, si esta privación produce un daño moral exclusivamente, o un daño moral más un daño patrimonial derivado de la condición de discapacidad del niño, y la determinación y cuantificación de estos conceptos, serán cuestiones que deban ir aclarándose y depurándose en los próximos años, en los que la posible ampliación de los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo por la nueva Ley y el avance de las técnicas de diagnóstico, especialmente de diagnóstico genético preimplantatorio, pueden hacer que aumente el número de demandas a profesionales sanitarios por este tipo de conductas.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, Lacruz Berdejo (director) *Derecho de Obligaciones. Vol. II*. Dykinson, Madrid 1999.
- ARCOS VIEIRA, Mª LUISA, *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*. Cuadernos de Aranzadi Civil, Nº 27, Aranzadi, Pamplona 2007.
- DE ANGEL YÁGÜEZ RICARDO, *Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia de wrongful birth: ¿Es posible hablar ya de una "jurisprudencia"?*, Revista Derecho Y Genoma Humano nº 22/2005, Bilbao 2005, páginas 179 a 206.

GALAN CORTÉS, JULIO CÉSAR, *Responsabilidad Civil Médica*, Civitas, Pamplona 2007, páginas 297 a 340.

GALAN CORTÉS, JULIO CÉSAR, *Comentario a la Sentencia de 6 de julio de 2007*, Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil nº 76, Pamplona 2008 páginas 279 a 290.

GARRIGA GORINA, MARGARITA, *Negligencia en el diagnóstico prenatal*, Indret, 3/2003, Barcelona 2003.

MACÍA MORILLO, ANDREA, *La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Revista de Derecho Universidad del Norte, nº 27, Barranquilla 2007.

MACÍA MORILLO, ANDREA, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2005.

MARTIN CASALS MIQUEL, SOLÉ FELIU JOSEP, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)* Indret, Barcelona 2004.

MARTIN CASALS MIQUEL, SOLÉ FELIU JOSEP, *Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006*, Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil nº 73, Pamplona 2007 páginas 1109 a 1121.

MARTIN CASALS MIQUEL, SOLÉ FELIU JOSEP, *Comentario a la Sentencia del TS de 7 de junio de 2002*, Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil nº 60, Pamplona 2002, páginas 527 a 542.

RUBIO TORRANO, ENRIQUE, *Responsabilidad patrimonial por diagnóstico prenatal*, Aranzadi civil nº 19/2007, Pamplona 2007.

SALÁS DARROCHA, JOSEP TOMÁS, *Las acciones de wrongful birth y wrongful life ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Actualidad Administrativa nº 22, Madrid 2005 páginas 2692 a 2711.

Sentencias de la Sala 3ª de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo:

	Fecha Sentencia	Nº Recurso de casación	Referencia Aranzadi
1	04/11/2005	5377/2001	RJ 2006\1544
2	26/01/2006	5681/2001	RJ 2006\4346
3	30/06/2006	217/2005	RJ 2006\6580
4	14/03/2007	8017/2002	RJ 2007\1750
5	10/05/2007	4779/2003	RJ 2007\3403
6	26/06/2007	4747/2003	---
7	16/10/2007	9768/2003	RJ 2007\7620
8	05/12/2007	92/2007	RJ 2007\9142
9	04/11/2008	4936/2004	RJ 2008\5860

LISTADO DE SENTENCIAS

Sentencias de la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo:

	Fecha Sentencia	Nº Recurso de casación	Referencia Aranzadi
1	06/06/1997	165/1993	RJ 1997\4610
2	04/02/1999	2236/1994	RJ 1999\748
3	07/06/2002	3834/1996	RJ 2002\5216
4	18/12/2003	766/1998	RJ 2003\9302
5	19/07/2005	720/1999	RJ 2005\ 5341
6	21/12/2005	1986/1999	RJ 2005\10149
7	18/05/2006	3337/1999	RJ 2006\4724
8	19/06/2007	2047/2000	RJ 2007\5572
9	06/07/2007	3036/2000	RJ 2007\3658
10	23/11/2007	4469/2000	RJ 2008\24
11	24/10/2008	1894/2003	RJ 2008\5793
12	17/11/2008	1560/2003	RJ 2008\ 6049