

# EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DAÑO EN LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD POR *WRONGFUL BIRTH*\*

## CASE LAW TREATMENT ON DAMAGES IN WRONGFUL BIRTH ACTIONS

MARGARITA SÁNCHEZ GONZÁLEZ\*\*

**Resumen:** La determinación del daño sigue suponiendo un gran problema en el tratamiento de las acciones de *wrongful birth*. Sin embargo, el volumen de sentencias emitidas por el Tribunal Supremo permite discernir una serie de tendencias mayoritarias. Analizando estas últimas, este trabajo no se limita, como es común, a exponer las sentencias existentes sobre la materia, sino que trasciende de la exposición y tiene como objetivo comprobar si existe una verdadera jurisprudencia en relación a la identificación del daño, como elemento clave de las acciones de *wrongful birth*.

**Palabras clave:** *wrongful birth*, daño, jurisprudencia, discapacidad.

**Abstract:** Determination of damages still poses a serious problem when it comes to the legal approach of *wrongful birth* actions. However, the number of decisions issued by the Spanish Supreme Court provides enough background to conduct an analysis of predominant legal tendencies concerning this subject. In this regard, the aim of this paper is to perform more than a mere analysis of the different decisions; in fact, the aim it is to determine whether it exists or not an actual case law apropos the determination of damage in *wrongful birth* actions exist or not.

**Key words:** *wrongful birth*, damages, case law, disability.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO; 1. Primeras sentencias (sala de lo Civil); 2. El daño como la lesión al derecho de autodeterminación (SSTS de 4 de noviembre de 2005 y 21 de diciembre de 2005); 3. Tendencias alternativas; A. La imposibilidad de abortar; B. La falta de preparación psicológica; III. LA VALORACIÓN DEL DAÑO; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA; VI. ANEXO.

---

\* Fecha de recepción: 31 de enero de 2018.

Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2018.

\*\* Finalista en la modalidad de Derecho privado, social y económico del VII Premio Joven Investigador. Graduada en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid en el curso 2017-2018. Correo electrónico: margui8sanchez@gmail.com.

El presente estudio fue realizado bajo la supervisión de Andrea Macía Morillo, cuyo apoyo y entregada dedicación han hecho posible la realización de este trabajo.

## I. INTRODUCCIÓN

Los avances médicos que se han producido en el diagnóstico prenatal, en relación con el reconocimiento de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, han supuesto un incremento de las reclamaciones por responsabilidad civil médica en los casos en los que, tras el parto, se dan a conocer ciertas anomalías físicas o psíquicas no detectadas durante la gestación. En este contexto surgen las acciones de *wrongful birth*, entabladas por los progenitores para reclamar responsabilidad al sanitario que, como consecuencia de un diagnóstico deficiente o inexistente, ha privado a los progenitores de la posibilidad de tomar una decisión informada sobre si impedir o no el futuro nacimiento de su hijo.

Así, para que una demanda por *wrongful birth* pueda prosperar, es necesario que a la actuación de los profesionales intervinientes vaya asociado algún grado de culpa o negligencia en cualquiera de las fases del seguimiento del embarazo, que impidiera la emisión de un diagnóstico acertado. Según la jurisprudencia, el médico es responsable del daño en aquellos casos en los que no propone a la madre una serie de pruebas (recomendadas por su edad, antecedentes familiares u otros factores de riesgo relevantes), destinadas al diagnóstico prenatal de determinadas enfermedades o malformaciones. Junto a ello, nuestros tribunales hacen responsable al sanitario que, incumpliendo el derecho de información de la paciente, no comunica la anomalía que sufre el feto a tiempo de que esta pueda interrumpir su embarazo dentro del periodo legal establecido. Finalmente, el último caso de responsabilidad contemplado es el de la no detección de la enfermedad como consecuencia de una mala praxis médica, con lo que también se priva a la gestante de la posibilidad de interrumpir el embarazo amparada por la ley<sup>1</sup>.

Generalmente, en este contexto, los padres reclaman, por un lado, una indemnización económica que les permita enfrentarse a los superiores gastos que conlleva el mantenimiento de un niño con estas características, gastos que no pudieron ser previstos con anterioridad. Por otro lado, es frecuente la reclamación de una indemnización por daño moral, fundamentada en la aflicción causada por el nacimiento de un hijo discapacitado y por la imposibilidad de tomar una decisión meditada sobre la interrupción del embarazo que permitiera a los progenitores planear su futura vida familiar.

Sobre esta base, estas acciones presentan dos grandes problemas desde el punto de vista jurídico: la determinación del nexo causal y la identificación del daño indemnizable. En el presente artículo, se tratará de desarrollar la segunda de estas cuestiones en atención a su importancia, ya que entra en conflicto con valores constitucionalmente reconocidos como son la vida y la dignidad de la persona, además de estar íntimamente relacionado con la facultad de interrupción voluntaria del embarazo y la autodeterminación de la mujer, no siendo una tarea sencilla separar las cuestiones morales y religiosas de las estrictamente

---

<sup>1</sup> PÉREZ PAÑOS, A., «Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*», *Diario La Ley*, 2014, N° 8396, D-313, p. 3.

jurídicas. No obstante, el objeto de este estudio radica, precisamente, en realizar un análisis rigurosamente jurídico de este tema en su tratamiento por los tribunales.

Desde la primera aparición de estas acciones, con la STS de 6 de junio de 1997<sup>2</sup>, numerosos autores han tratado de determinar el daño resarcible en estos casos<sup>3</sup>. Sin embargo, resulta de gran dificultad delimitar los bienes e intereses jurídicos protegidos, ya que el sanitario en ningún momento es responsable de la enfermedad padecida por el feto. Esto nos lleva a relacionar el perjuicio con otros eventos que vienen unidos al hecho de la vida del niño, lo que ha supuesto un problema para la calificación del daño. Así, la doctrina se apoyó en la teoría alemana de la separación (*Trennungslehre*), que establece la posibilidad de distinguir, por un lado, el nacimiento y, por otro, las cargas patrimoniales que este genera<sup>4</sup>. Partiendo de esta idea, la doctrina ha contemplado varias tesis, siendo las que más aceptación despiertan aquellas relacionadas con la infracción del derecho de información de la paciente: la pérdida de oportunidad de abortar y la lesión del derecho de autodeterminación de la mujer.

Frente a este consenso doctrinal más o menos generalizado, la jurisprudencia no ha seguido en general una evolución concreta en cuanto a la determinación del daño. Aunque no es un tipo de reclamación que se presente con gran frecuencia ante nuestros tribunales, entre 1997 y 2016 podemos encontrar alrededor de 30 sentencias del Tribunal Supremo o de Tribunales Superiores de Justicia que versan sobre esta materia, por lo que podemos afirmar que, veinte años después de su aparición, las acciones de *wrongful birth* se han consolidado en nuestro ordenamiento. Pese a ello, en una visión de conjunto de estas sentencias puede constatar que los pronunciamientos judiciales identifican diversos daños sin aparente consolidación de ninguno de ellos y que las sentencias que repiten alguno de los conceptos previos o coinciden en materia de identificación del daño con pronunciamientos anteriores se encuentran distanciadas en el tiempo. Es más, son numerosas las sentencias que no parecen haber llevado a cabo un razonamiento reposado, sino que consideran la necesidad de indemnizar sin valorar realmente cuál es el perjuicio causado. La jurisprudencia, por tanto, se muestra errática y sin una línea decisoria clara.

Ante este panorama, el propósito de este trabajo es clarificar y sistematizar la jurisprudencia, procurando identificar algunas líneas decisorias y explicar su evolución. Si bien es cierto que se han llevado a cabo previamente otros estudios jurisprudenciales en relación a las acciones de *wrongful birth*, estos se han centrado en general en la exposición sucesiva de las diversas sentencias, sus hechos y sus fallos. Frente a ello, la particularidad

<sup>2</sup> LA LEY 6581/1997.

<sup>3</sup> A modo de ejemplo, puede mencionarse, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte II», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1996, núm. 5, pp. 141-156; y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», *La Ley*, 1998, 3, D-168, pp. 1700-1710.

<sup>4</sup> Por todos, MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2005, p. 343.

y mérito principal del presente artículo intenta ser doble: por un lado, se pretende examinar exclusivamente el tratamiento específico del daño en las diversas sentencias, siendo así este trabajo uno de los primeros que lleva a cabo un análisis tan amplio en cuanto al número de resoluciones judiciales; de este modo, se ha pretendido estudiar la trayectoria jurisprudencial del Tribunal Supremo en su totalidad, analizando 28 sentencias (14 de la sala de lo Civil y 14 de la sala de lo Contencioso-administrativo) dictadas entre 1997 y 2016<sup>5</sup>. Por otro lado, el objetivo de este análisis es poner de relieve la existencia de diversas líneas jurisprudenciales en materia de daño, lo cual no es en absoluto sencillo y, por tanto, irrelevante, ya que requiere una doble y compleja tarea: primero, identificar cuál es el daño que se encuentra tras el fallo del Tribunal Supremo en cada caso concreto, lo cual no es siempre obvio en las sentencias (más bien no suele serlo en absoluto) puesto que a menudo en la fundamentación del fallo se mencionan indistintamente varios conceptos y es necesario determinar cuál es realmente el preponderante en el juicio del Tribunal; y segundo, adscribirlo a una línea jurisprudencial, lo que requiere, previamente, identificar estas. No pretendemos realizar, por tanto, un trabajo meramente descriptivo de la jurisprudencia, sino que pretendemos analizar estos pronunciamientos sobre una base dogmática que nos permita identificar y clasificar sus resultados de acuerdo con los parámetros que maneja la doctrina en la identificación del daño, para ver si los resultados que está alcanzando la jurisprudencia en su evaluación del daño en materia de *wrongful birth* se corresponde o no con las conclusiones doctrinales.

## II. IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO EN LA JURISPRUDENCIA

### 1. Primeras sentencias (sala de lo Civil)

Para comenzar con el estudio, resulta interesante comentar por separado los cuatro primeros pronunciamientos que nuestro Tribunal Supremo emitió respecto de las acciones de *wrongful birth*, pues son una muestra patente de la divergencia de criterios jurisprudenciales en la identificación del daño en este ámbito. Junto a ello, además, el interés de este análisis concreto de las cuatro primeras sentencias reside en que, pese a su gran disparidad, estas sentencias sientan las bases de las diferentes líneas que se desarrollarán posteriormente en la identificación del daño por parte de la jurisprudencia.

- La STS de 6 de junio de 1997<sup>6</sup>. La primera sentencia que dictó el Tribunal Supremo español en relación con este tema se presenta como una resolución oscura que hace referencia a múltiples conceptos indemnizatorios, siendo especialmente difícil individualizar el bien jurídico lesionado.

<sup>5</sup> Los pronunciamientos analizados pueden verse clasificados en la tabla anexa (vid. infra), siendo la última sentencia del año 2015, al tiempo de realizar este estudio (septiembre de 2017).

<sup>6</sup> LA LEY 6581/1997.

El primer problema con el que se encuentra la resolución es, pues, identificar el daño producido a los demandantes, teniendo en cuenta que, al resultar imposible imputar al profesional sanitario la enfermedad del feto (que es de carácter congénito o genético), este debe relacionarse con otros eventos que se encuentran íntimamente relacionados con problemas éticos, como son el aborto y la calificación del nacimiento como daño.

De este modo, la sentencia incurre en contradicciones, al establecer primeramente que «surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece síndrome de Down», para, posteriormente, afirmar que el daño sufrido por la gestante radica en el «impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo». Con todo, el fundamento del fallo parece centrarse más bien en la primera idea, de manera que puede afirmarse que en este primer momento el Tribunal Supremo identifica el daño con el propio nacimiento del niño.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria<sup>7</sup> ha rechazado desde el principio que el nacimiento de un hijo pueda ser contemplado como un daño indemnizable, no solo por los problemas jurídicos que esto suscita, sino también por el dilema ético que supone considerar la vida, por penosa que esta pueda llegar a ser, como un perjuicio. Así, el punto central de la cuestión radica en dilucidar qué constituye un daño indemnizable y qué queda fuera de este concepto.

Para ello, debemos tener en cuenta que no existe un concepto legal de daño, pudiendo definirlo como «el detrimento, perjuicio o menoscabo de un interés jurídico protegido o valorado por el legislador»<sup>8</sup>. De este modo, en la delimitación de la noción de daño juegan un importante papel los valores morales imperantes en un orden jurídico dado, en un momento determinado, siendo estos los que establecen cuáles son los intereses protegidos y cuál debe ser la jerarquía entre ellos.

En el estudio de las acciones de *wrongful birth*, se han contemplado dos argumentos que impiden identificar el nacimiento del niño como un daño digno de ser resarcido: la idea de que la vida es un derecho protegido por el ordenamiento, por lo que esta nunca podrá ser un perjuicio; y el hecho de que minusvalorar la vida enferma frente a la vida sana supone una lesión de la dignidad de las personas enfermas.

Respecto al primero de los argumentos, el derecho a la vida se consagra como un valor supremo del ordenamiento jurídico, en la medida en que de él emanan todos los demás derechos legalmente contemplados. Por ello, cabe considerar que identificar como daño para los progenitores el nacimiento de su propio hijo incide frontalmente con el derecho fundamental a la vida (consagrado en el artículo 15 CE). La vida es un valor universalmente aceptado; sin embargo no es un derecho absoluto, encontrando limitaciones en supuestos como el que ahora nos ocupa, más específicamente cuando entra en colisión con el derecho a

<sup>7</sup> Entre otros, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte II» cit., p. 152; y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», cit., p. 1703.

<sup>8</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid (Civitas), 1999, pp. 296-297.

la integridad física de la gestante, su derecho de autodeterminación y sus derechos sexuales y reproductivos<sup>9</sup>. No obstante, el hecho de que no merezca protección ante cualquier situación no significa que quede totalmente desprovisto de ella, de ahí que no pueda considerarse la vida enferma como algo nocivo.

Por otro lado, la identificación de la vida enferma como daño supone valorar de forma negativa la vida con discapacidades, lo que quebrantaría los principios de dignidad humana<sup>10</sup>. En este sentido, podemos destacar que la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, establece en su Preámbulo que «la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano».

Por todo ello, considero que la Sala efectúa esta primera afirmación sin plantearse realmente cuáles son las consecuencias, tanto jurídicas como morales, de una declaración como la que lleva a cabo<sup>11</sup>.

- La STS de 4 de febrero de 1999<sup>12</sup>. Dos años después, el Tribunal Supremo emite una resolución que entra en conflicto con la anterior sentencia. En concreto, en este segundo pronunciamiento se niega por el Tribunal la existencia de un derecho al aborto, por lo que la demanda deja de tener sustento, al no poder invocar la lesión de un derecho que no se posee: no se puede reclamar un daño en relación con no haber podido interrumpir voluntariamente el embarazo, si tal posibilidad no era lícita jurídicamente.

Frente a ello, considero esta resolución, cuanto menos, censurable. Sin entrar a debatir sobre la calificación del aborto como derecho, parece claro que la interrupción voluntaria del embarazo es una posibilidad que nuestro ordenamiento jurídico pone a disposición de los ciudadanos. Actualmente, esta posibilidad se encuentra recogida en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, pero cabe resaltar (y esto es lo más sorprendente) que en el año en el que fue dictada la resolución ahora examinada, el Tribunal Constitucional ya había establecido en su STC 11 de abril de 1985<sup>13</sup> que la base de despenalización del aborto «se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre», además de considerar el aborto

<sup>9</sup> MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, cit., pp. 316-318.

<sup>10</sup> Para un mayor análisis de esta distinción, ver MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, cit., pp. 312-318.

<sup>11</sup> Para un estudio más exhaustivo, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth* (4 de febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1999, núm. 10, p. 123.

<sup>12</sup> LA LEY 2881/1999.

<sup>13</sup> LA LEY 9898-JF/0000.

como una expresión del derecho de autodeterminación, «íntimamente vinculado con el libre desarrollo de la personalidad». Por tanto, el rechazo de la acción sobre la base de la inexistencia de un derecho al aborto para la gestante carecía realmente de una base jurídica y el Tribunal Supremo debió haber entrado al fondo del asunto.

- La STS de 7 de junio de 2002<sup>14</sup>. Esta tercera sentencia no proporciona una argumentación exhaustiva en torno al daño, pero una lectura atenta de sus fundamentos jurídicos permite extraer que lo identifica con la privación de la facultad de la gestante de «optar por la interrupción del embarazo». Con ello, el Tribunal Supremo contradice la sentencia anterior (en este caso, a mi juicio, correctamente) y vuelve a cambiar su doctrina, considerando que sí existe una facultad de abortar para la gestante que puede ejercitar en atención a sus circunstancias personales y familiares. No obstante, el Tribunal Supremo desestima la pretensión de los recurrentes al entender que la privación a la gestante de su facultad de interrumpir el embarazo «no está basada sino en meras conjeturas»<sup>15</sup>. No entiende, pues, acreditados los elementos de la responsabilidad civil.

- La STS de 18 de diciembre de 2003<sup>16</sup>. La cuarta sentencia emitida por nuestro Tribunal Supremo vuelve a admitir la responsabilidad civil médica por *wrongful birth*, pero por un fundamento radicalmente distinto al de la primera sentencia del año 1997, que deja abiertas algunas incógnitas en torno al daño. De este modo, el pronunciamiento no establece de forma clara cuál es el perjuicio por el que se está indemnizando a los recurrentes, siendo el único indicio al respecto la afirmación de que se privó a los progenitores de una «información adecuada a la que tenían legítimo derecho». Esto plantea una interesante pregunta: ¿es posible considerar la lesión al derecho de información como un daño en sí mismo?

Para responder a esta pregunta, debe tenerse en cuenta que el derecho de información posee una doble perspectiva en lo que respecta a las acciones de *wrongful birth*. Por un lado, sirve para determinar qué podemos considerar negligencia médica, lo que genera interesantes cuestiones sobre los límites de la información que resulta exigible para el profesional sanitario en materia de diagnóstico prenatal; dicho de otra forma, en materia de determinación de comportamiento negligente o culpable<sup>17</sup>. Por otro lado, más centrado en

<sup>14</sup> LA LEY 6198/2002.

<sup>15</sup> FJ 4. Por tanto, podemos observar como una demanda por *wrongful birth*, resulta denegada, pero no por la inexistencia de una facultad de abortar, sino por la exigencia de demostrar un comportamiento imposible de probar.

<sup>16</sup> LA LEY 222/2004.

<sup>17</sup> Aunque no forma parte del objeto de este trabajo, merece la pena indicar que es imprescindible tener en cuenta que este derecho a la información no es absoluto, por lo que será necesario determinar hasta qué punto es exigible esta información y en qué medida se ha infringido la *lex artis*, lo que no es una cuestión pacífica, especialmente cuando lo que existe es una omisión de información. Para delimitar los casos en los que es necesario someterse a ciertas técnicas de diagnóstico en el contexto de las acciones de *wrongful birth*, las autoridades médicas han elaborado una serie de protocolos que toman como referencia factores como la edad de la madre o los antecedentes familiares. Entre los numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo a este respecto, podemos destacar las STSS de 19 de junio de 2007 y de 17 de noviembre de 2008 (LA LEY 72189/2007 y LA LEY 175916/2008), en las que los profesionales sanitarios fueron absueltos afirmando que

el objeto de este estudio, un sector de la doctrina ha considerado que el derecho de información ofrece una oportunidad de identificación de un daño resarcible en este contexto, ya que estas acciones son la consecuencia de un error en la información que siempre provoca en los progenitores una falsa creencia sobre el estado de salud de su hijo<sup>18</sup>.

Ahora bien, en este punto debe tenerse en cuenta lo que señala Macía Morillo<sup>19</sup>, respecto de que no podemos calificar como daño una conducta que no produce como resultado una lesión real en los bienes o intereses de la víctima. De este modo, la autora afirma que el perjuicio debe identificarse con los efectos que esta falta de información provoca, y no con la omisión informativa en sí. Por ello, sostiene que la indemnización en el supuesto que ahora nos ocupa no es sino una forma de resarcir las consecuencias derivadas de la imposibilidad de abortar. Siguiendo, por tanto, a esta autora, las referencias jurisprudenciales que asocian el daño al derecho de información deben reconducirse (y así lo haremos) a la identificación del daño en la imposibilidad de abortar y a la lesión al derecho de autodeterminación de la mujer en relación al derecho de información.

---

el deber de información sobre la posibilidad de someterse a determinadas pruebas que puedan detectar la existencia de malformaciones en el niño, «únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* la existencia de un riesgo de que el feto presente algún tipo de anomalía psíquica, pero no en los casos de embarazos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinarias». Sin embargo, esta argumentación no siempre ha sido seguida por nuestro Tribunal, siendo especialmente relevante la STS de 6 de julio de 2007 (LA LEY 72168/2007), en la que se llegó a la conclusión contraria, afirmando 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».

Ante esta falta de coherencia entre las sentencias del Tribunal Supremo, son muchos los casos en los que la parte demandada ha alegado el cumplimiento de los anteriormente mencionados protocolos, para justificar la falta de comunicación a la gestante de posibles pruebas de diagnóstico de malformaciones y otras enfermedades. De hecho, dos pronunciamientos relativamente recientes se inclinan hacia la postura de considerar como información relevante aquella que se adecúe a la calificación del embarazo como normal o de riesgo. En este sentido, las STSS de 27 de septiembre de 2011 y de 20 de noviembre de 2012 (LA LEY 186674/2011 y 176175/2012) desestiman el recurso de casación, afirmando que, no existiendo una previsión específica en la legislación respecto a esta cuestión y siendo los protocolos las normas técnicas que operan como pautas dirigidas al médico, «está claro que no puede, en el caso que nos ocupa, imputarse una mala praxis a la actuación médica, pues esta se ajustó al contenido del protocolo vigente».

Así, parece que finalmente el Tribunal Supremo ha optado por continuar con la argumentación establecida por la STS de 19 de junio de 2007 (LA LEY 72189/2007), lo que no deja de ser problemático, al trasladar a los propios profesionales sanitarios la determinación del grado de diligencia que les es exigible en cuanto a información se refiere, recayendo sobre ellos la posibilidad de calificar un embarazo como normal o de alto riesgo. Además, esta limitación del ámbito de información a las pacientes restringe el ejercicio de su autonomía en lugar de favorecer la toma de decisiones conscientes respecto a su embarazo.

<sup>18</sup> ROMERO COLOMA, A.M., «Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica», *Diario La Ley*, 2009, n°7231, p. 12.

<sup>19</sup> MACÍA MORILLO, A. «Comentario a la STS 18 de diciembre de 2003», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, 2004, p. 1039.



Recapitulando los resultados que obtenemos del análisis de las primeras cuatro sentencias del Tribunal Supremo, podemos constatar, como ya hemos anunciado, que entre ellas no existe uniformidad. Así, las sentencias de 6 de junio de 1997 y 18 de diciembre de 2003 admiten la responsabilidad por *wrongful birth*, pero identifican perjuicios diferentes. Por otro lado, las sentencias de 4 de febrero de 1999 y 7 de junio de 2002 rechazan la pretensión, pero sobre diversos fundamentos: la primera sobre la base de la inexistencia de un derecho al aborto y la segunda al entender que no queda acreditado el nexo causal. Constatamos con ellas, por tanto, los bandazos o vacilaciones a las que hacíamos referencia, al tiempo que la identificación de diversos conceptos de daños indemnizables que, como veremos posteriormente, son retomados por las sentencias ulteriores, si bien de forma desorganizada.

Por otra parte, y aunque el objeto de nuestro trabajo es la identificación del daño, es importante destacar que estos cuatro primeros pronunciamientos reflejan además enormes disparidades en lo que a la relación de causalidad se refiere. De hecho, como ya mencionamos al comienzo de estas páginas, no debemos olvidar que el establecimiento del nexo causal en este tipo de acciones plantea numerosos problemas en sí mismo, como elemento de la responsabilidad civil, pero se trata, además, de un tipo de problemas que, a mi juicio y como veremos en el siguiente apartado, han desencadenado cambios de tendencia jurisprudencial en lo que respecta a la calificación del daño, de ahí que merezca la pena detenerse un momento en esta cuestión antes de continuar con el objeto concreto de nuestro estudio.

Así, la primera sentencia de 1997 no desarrolla ningún tipo de reflexión en este aspecto, limitándose a considerar que «ha habido una acción médica negligente, un perjuicio gravísimo y una relación causal entre ambos acontecimientos». De este modo, da por sentado que la madre habría abortado, afirmación que (en realidad) carece de fundamento alguno, pues es imposible saber con absoluta certeza cuál habría sido el resultado de esa decisión. Del mismo modo, la STS de 18 de diciembre de 2003 ni siquiera se plantea esta relación, posiblemente considerando la existencia de un daño que debe ser resarcido, pero sin llevar a cabo un estudio exhaustivo que delimite estas acciones.

En cambio, las sentencias de 4 de febrero de 1999 y 7 de junio de 2002 sí nos dejan una interesante argumentación sobre la causalidad, afirmando la imposibilidad de establecer un nexo entre la actuación sanitaria y el perjuicio alegado. Así, basan la desestimación en que «no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo». Aquí entran en juego los denominados «cursos causales no verificables», en los que se presentan comportamientos hipotéticos en la medida en que no podemos saber, con absoluta certeza, si la madre, de conocer el diagnóstico, habría optado por interrumpir el embarazo<sup>20</sup>. Esta forma de interpretar la causalidad pone en manos de la gestante la obligación de acreditar que habría abortado, prueba que de por sí es imposible. Así, como bien apunta Bercovitz Rodríguez-Cano, «nadie

<sup>20</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte II», cit., pp. 149-152, define estos casos como aquellos en los que «la causalidad posible entre dos hechos no puede ser objeto de fundamentación científico-natural».

puede afirmar en principio cuál sería la reacción de una determinada persona ante semejante dilema (...). No es posible sustituir la reacción de una persona ante una circunstancia real que afecta intensamente a su vida con hipótesis más o menos razonables»<sup>21</sup>.

Frente a este problema causal, De Ángel Yagüez<sup>22</sup> sostiene que hay cierta unidad de criterio entre las resoluciones, afirmando que esta jurisprudencia admitiría las demandas siempre que no se evidencie que la madre, de ningún modo habría optado por el aborto. No obstante, considero esta interpretación carente de sustento, ya que esta jurisprudencia no insta a los demandados a probar que la gestante no habría abortado, sino que obliga a esta a demostrar algo que es imposible de verificar. Con todo, lo relevante de esta cuestión es que el hecho de entrar a analizar qué habría hecho la gestante (y si ello debe acreditarse o no), ofrece una dificultad en materia de afirmación del daño. Así, si el daño identificado es que no se abortó, pudiendo haberse abortado, es clave acreditar que, efectivamente, se habría interrumpido voluntariamente el embarazo de haberse podido hacer. Esto es lo que va a resultar clave en la evolución jurisprudencial posterior, como vamos a ver a continuación.

## **2. El daño como la lesión al derecho de autodeterminación (SSTS de 4 de noviembre de 2005 y 21 de diciembre de 2005)**

Tras estas primeras cuatro sentencias en las que el Tribunal Supremo emplea distintos criterios para la determinación del daño, llegamos a un marcado punto de inflexión en la jurisprudencia que podemos relacionar con la idea que acabamos de apuntar. Este cambio fue propiciado por la Sentencia de la Audiencia Nacional 6 de junio de 2001<sup>23</sup> (seguida por la STS de 4 de noviembre de 2005<sup>24</sup>) y por la STS de 21 de diciembre de 2005<sup>25</sup>, resoluciones que llevan a cabo una argumentación cuyos primeros pasos pudieron verse en el voto particular del magistrado Román García Varela a la STS de 4 de febrero de 1999.

Gracias a estos pronunciamientos, el Tribunal Supremo dejó de referirse, en exclusiva, a la facultad de abortar como bien jurídico lesionado, ampliando este concepto y estimando que el derecho vulnerado es el de «autodeterminación» de la gestante. De este modo, se centra la identificación del perjuicio en el derecho de autodeterminación de la mujer y no en haberla privado de la ocasión de someterse a un aborto, siendo el núcleo de esta argumentación de identificación del daño la imposibilidad para la madre de tomar una decisión

<sup>21</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la STS 7 de junio de 2002», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 59, 2002, p. 864.

<sup>22</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia de *wrongful birth* y *wrongful life*: ¿Es posible hablar ya de una jurisprudencia?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 22, 2005, p. 205.

<sup>23</sup> LA LEY 113493/2001.

<sup>24</sup> RJ 2006, 1544.

<sup>25</sup> LA LEY 121/2006.

informada sobre el término de su embarazo, acorde con sus propios intereses personales y familiares.

Así, la primera sentencia mencionada admite (FJ 1) que «el daño resarcible está en que (...) se la privó de una información trascendente para optar» y que «esto implica que lo lesionado fue una manifestación de la facultad de autodeterminación de la persona, ligada al principio de dignidad».

La argumentación de la segunda resolución, más completa, gira en torno a los dos elementos controvertidos de las acciones de *wrongful birth*: relación de causalidad y daño. De este modo, respecto del primero establece que la relación de causalidad «se crea con independencia de que la madre alegue su intención de abortar en lo que constituye un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones», pronunciamiento clave para el cambio de enfoque que, de hecho, es muy seguido posteriormente<sup>26</sup>. Por lo que respecta al segundo, afirma que el daño no solo reside en el hecho de haber privado a la gestante de la posibilidad de decidir, sino también en los efectos que dicha privación conlleva, entre los que se incluyen daños morales y patrimoniales<sup>27</sup>. A este respecto, cabe destacar que, en estos casos, el daño moral resarcible debe ser circunscrito al que sufre la madre por haber sido privada de su facultad de interrumpir el embarazo, inherente a su condición de gestante y en la que el otro progenitor no tiene poder de decisión alguno<sup>28</sup>.

A mi juicio, esta nueva identificación del daño supone un paso adelante, ya que, como se ha mencionado, permite superar los problemas probatorios que causaba la teoría de la imposibilidad de abortar, en tanto entraban en juego los denominados cursos causales no verificables, que hacían imposible afirmar con absoluta certeza que, la madre, de haber sabido el estado de salud de su descendencia, habría optado por someterse a la interrupción del embarazo. De este modo, el Tribunal Supremo comienza a relacionar el daño únicamente con la posibilidad de elegir, no siendo necesario saber si, finalmente, la madre optaría por el aborto o no.

A partir de este momento, podemos constatar que la identificación del daño con la lesión al derecho de autodeterminación pasó a ser la teoría más utilizada por nuestro tribunal, si bien no podemos afirmar que sea la única, ya que existen otras sentencias que, como veremos, relacionan el daño con otros eventos. Con todo, no obstante, entre los pronunciamientos que siguen la estela de esta tendencia mayoritaria, podemos distinguir dos líneas argumentativas:

- Por un lado, en la sala de lo Contencioso-administrativo puede apreciarse una doctrina muy clara que opta por invertir la carga de la prueba, de modo que pesa sobre el facultativo

<sup>26</sup> En este mismo sentido se pronuncian las STSS de 19 de junio de 2007 (LA LEY 72189/2007), de 24 de octubre de 2008 (LA LEY 158316/2008) y de 31 de mayo de 2011 (LA LEY 128/2008), pertenecientes todas ellas a la sala de lo Civil.

<sup>27</sup> STS de 21 de diciembre de 2005, FJ 7. (LA LEY 121/2006).

<sup>28</sup> ROMERO COLOMA, A.M., «Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica», cit., p. 11.

la responsabilidad de probar que, de haber sabido la gestante el estado de salud del feto, no habría optado por poner fin a su embarazo. Así se manifiesta la STS de 30 de junio de 2006<sup>29</sup>, afirmando que «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».

En relación a esta línea argumentativa, podemos decir que nos encontramos ante un problema de imputación objetiva, y no de causalidad propiamente dicha<sup>30</sup>. Así, la Sala emplea la teoría de la conducta alternativa conforme a derecho, según la cual, si un comportamiento no ha incrementado el riesgo de que se produzca un resultado dañoso, no cabe imputar objetivamente tal resultado a ese comportamiento<sup>31</sup>. De este modo, el Tribunal Supremo exige la acreditación por parte del médico de que la gestante no habría optado por poner fin a su embarazo aunque hubiera recibido toda la información necesaria. No obstante, considero que nuestro tribunal no emplea esta teoría adecuadamente, puesto que si consideramos (como en estas sentencias se hace) que el daño radica en la lesión al poder de decisión de la gestante, lo que deben acreditar los médicos encargados del seguimiento del embarazo es que su actuación negligente no tuvo relación alguna con el error informativo. Por tanto, podemos afirmar que en estos casos el cambio de enfoque del tribunal en la identificación del daño no es completamente coherente y que, de hecho, parece más bien inconsciente o no plenamente consciente de las implicaciones que conlleva la identificación del daño en la lesión a la facultad de autodeterminación de la gestante.

- Frente a estos pronunciamientos, en la sala de lo Civil cabe hacer mención a dos sentencias, la STS de 19 de julio de 2007<sup>32</sup> y 23 de noviembre de 2007<sup>33</sup>. En ellas, la teoría de la conducta alternativa conforme a derecho sí está bien empleada, ya que no se entra a dilucidar si la madre habría abortado o no. No obstante, se admite que los sanitarios puedan exonerarse mediante la prueba de que su error no influyó en el resultado<sup>34</sup>. Por tanto, en estos casos el Tribunal Supremo alinea mejor los elementos del daño y de la relación de causalidad, siendo coherente la identificación del primero con el tratamiento de la perspectiva jurídica del nexo causal.

<sup>29</sup> RJ 2006, 6580. En este mismo sentido se pronuncian las SSTs de 14 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1750), de 16 de octubre de 2007 (LA LEY 162033/2007) y de 25 de mayo de 2010 (LA LEY 86223/2010).

<sup>30</sup> MARTÍN CASALS, M., «Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish law: two wrongs in search of a right», *European Tort Law. Liber amicorum for Helmut Koziol*, Frankfurt am Main (Peter Lang), 2000, p. 208.

<sup>31</sup> PANTALEÓN PRIETO A.F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, vol. 2, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 1990, pp. 1577-1591.

<sup>32</sup> LA LEY 79295/2007.

<sup>33</sup> LA LEY 193591/2007.

<sup>34</sup> Esta prueba puede adquirir relevancia en aquellos casos en los que la gestante no se encuentre en situación de someterse a la interrupción voluntaria del embarazo, puesto que, en ese caso, la negligencia en la información no habría influido en la posibilidad de la madre de abortar. Situación distinta es la que se nos plantea en relación al daño como falta de preparación psicológica (vid. infra).

### 3. Tendencias alternativas

Llegados a este punto, es importante tener en cuenta que, pese a que la teoría del daño como lesión al derecho de autodeterminación de la mujer es la más empleada por el Tribunal Supremo<sup>35</sup>, como ya hemos afirmado desde un primer momento, la jurisprudencia no es uniforme. Así, minoritariamente, se han seguido desarrollando otras teorías cuya base argumentativa se encuentra en las primeras sentencias anteriormente comentadas, sin aparente orden o pauta cronológica que permita afirmar la existencia de patrones en el uso de uno u otro criterio en la identificación del daño por parte del Tribunal Supremo.

#### A. La imposibilidad de abortar

En contraposición a la tesis mayoritaria, podemos destacar algunas sentencias que continúan calificando el daño como la imposibilidad de abortar. Así, las STSS de 4 de noviembre de 2008<sup>36</sup> y de 17 de noviembre de 2008<sup>37</sup> siguen la estela doctrinal plasmada por la ya comentada STS de 18 de diciembre de 2003, identificando el daño con la lesión a la facultad de abortar y sin entrar a analizar la incógnita de si, habiendo sido consciente la madre de la enfermedad padecida por el niño, habría optado por interrumpir su embarazo o no. Siguiendo su tenor literal, centran su argumentación en «la pérdida de oportunidad de decidir poner fin legalmente al embarazo».

Esta formulación concreta del concepto de daño hace surgir la sospecha de que la tesis tratada por el Tribunal Supremo en estos casos no es la privación de la facultad de interrupción del embarazo, sino la idea de la «pérdida de la oportunidad», debiendo ponerse estos pronunciamientos en relación con la teoría francesa de la *perte de la chance*. Esta puede definirse como la desaparición de la probabilidad de un evento favorable cuando esa suerte se presenta suficientemente seria<sup>38</sup>. Este menoscabo de la oportunidad beneficiosa es un daño indemnizable en sí mismo, pero solo en lo que atañe a la pérdida, no debiendo ser resarcido el beneficio total que, en caso de darse la oportunidad, se le habría procurado a la víctima, ya que este siempre se presentará como incierto.

De hecho, estas sentencias que relacionan el daño con la *perte de la chance*, siguen la estela plasmada por la doctrina inicial, que fue secundada de forma mayoritaria durante

<sup>35</sup> Así se manifiesta en la tabla anexa al final de este trabajo.

<sup>36</sup> LA LEY 169650/2008.

<sup>37</sup> LA LEY 175916/2008. Esta sentencia constituye el pronunciamiento más contundente al respecto, afirmando que el daño resarcible se circunscribe a la violación del «derecho a abortar por causas eugenésicas dentro de las veintidós semanas de embarazo».

<sup>38</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», cit., p. 1706.

los primeros años de estudio de las acciones de *wrongful birth*<sup>39</sup>. Sin embargo, actualmente no es una doctrina muy apoyada entre nuestros autores, puesto que su aplicación conlleva no pocos problemas:

- En primer lugar, si identificamos el aborto como un beneficio que se ha perdido, inexcusablemente debemos considerar el nacimiento como un daño<sup>40</sup>.

- Además, autores como Martín Casals<sup>41</sup> entienden la oportunidad, base de esta teoría, como un suceso favorable para la víctima que en ningún caso puede depender de su voluntad. La posibilidad de evitar el mal es un evento casual, hecho que no se materializa, en cambio, en los casos en los que se reclama la pérdida de oportunidad de interrumpir el embarazo en los plazos establecidos legalmente, puesto que esta decisión se encuentra totalmente en manos de la madre, no siendo una circunstancia que dependa del azar. Es cierto en este punto que Galán Cortés<sup>42</sup> nos presenta la posibilidad de emplear entonces esta teoría en aquellos casos en los que el facultativo no comunica la existencia o conveniencia de llevar a cabo una determinada prueba diagnóstica<sup>43</sup>. Según el autor, en este caso, la decisión de la gestante sobre la interrupción del embarazo depende de un evento anterior sobre el que no tiene control, y no es más que «la posibilidad (...) de que la ecografía de alta resolución detectase en las veintidós primeras semanas la alteración fetal». Pese a ello, consideramos que debe matizarse que aunque la madre no tenga control sobre el resultado de la prueba, sí que lo tiene sobre la decisión de someterse a ella, por lo que, a mi parecer, no nos encontraríamos ante un verdadero supuesto de pérdida de oportunidad.

Con todo, el problema real de adscribir las sentencias indicadas a la teoría de la pérdida de la oportunidad reside en que una lectura más cuidadosa de las mismas permite apreciar que, pese a que el Tribunal Supremo ha empleado la denominación «pérdida de la oportunidad de abortar», en realidad no está aplicando esta teoría, puesto que en ningún momento se plantea los problemas anteriormente comentados.

Por tanto, como hemos indicado inicialmente, hay que considerar que, en la medida en que sí habla de una lesión a la facultad de abortar, de un obstáculo o traba que se ha interpuesto a la madre y que ha propiciado la imposibilidad de someterse a la interrupción voluntaria del embarazo, esta línea jurisprudencial identifica el daño con la lesión misma

<sup>39</sup> Entre otros, PÉREZ-TENESSA, A., «Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad», cit., p. 56; y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», cit., p. 1706.

<sup>40</sup> MARTÍN CASALS, M., «Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish law: two wrongs in search of a right», cit., p. 200.

<sup>41</sup> MARTÍN CASALS, M., «Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish law: two wrongs in search of a right», cit., p. 200.

<sup>42</sup> GALÁN CORTÉS, J.C., «Comentario a la STS 6 de julio de 2007», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 77, 2008, p. 289.

<sup>43</sup> Supuestos como los que se presentan en las STSS de 21 de febrero de 2006 (LA LEY 408/2006) y de 6 de julio de 2007 (LA LEY 72168/2007).

de esta facultad. Los problemas que ya hemos indicado tal premisa conlleva, desde el punto de vista causal, no parecen, por tanto, ser tenidos en cuenta por la jurisprudencia.

### B. *La falta de preparación psicológica*

Aunque ya hemos dicho que las sentencias que identifican el daño con la lesión al derecho de autodeterminación de la mujer han sido las más numerosas, como ya se explicaba inicialmente, el Tribunal Supremo no ha sido unánime en lo que a la calificación del daño se refiere. Así, podemos distinguir algunos escasos pronunciamientos que relacionan el daño moral con la imposibilidad por parte de los padres de conocer la situación del feto en un momento anterior al parto, lo que determina una falta de preparación psicológica para este hecho. Es importante subrayar que, aunque la actuación sanitaria sea completamente diligente, el sufrimiento de los progenitores al ver el estado de salud de su hijo no es evitable. Por eso, es necesario relacionar este impacto con la desinformación, que niega a los padres la posibilidad de conocer la enfermedad de su hijo con la suficiente antelación al parto y con las expectativas frustradas que han ido consolidándose por la convicción del perfecto estado de salud de su hijo hasta el momento del nacimiento<sup>44</sup>.

El beneficio que ofrece la identificación de esta posible lesión es que se produciría incluso en aquellos ordenamientos en los que no esté reconocida la facultad de abortar, ya que, para evitar este daño, solo es necesaria una información adecuada en un momento anterior al parto, que permita a los padres adaptarse psicológicamente al estado de su hijo, no influyendo en ello la existencia o no de una posibilidad para la madre de someterse a la interrupción de su embarazo. No obstante, la duda en este punto radicaría en si este tipo de acciones podrían seguir constituyendo supuestos de *wrongful birth*, ya que la doctrina mayoritaria coincide en la necesidad, para estos casos, de que la posibilidad de abortar se encuentre reconocida en el ordenamiento en cuestión<sup>45</sup>.

Sobre estas ideas, analizando nuestra jurisprudencia, cabe destacar que, aunque esta idea de identificación del daño late tras alguno de los pronunciamientos del Tribunal Supremo, este concepto de daño no aparece nunca en las sentencias con entidad propia e independiente. Por el contrario, allí donde aparece, este concepto de daño siempre se ha visto tratado en las sentencias como derivado de la imposibilidad de abortar o, en su caso, de la lesión al derecho de autodeterminación, y que ha servido de sustento para otorgar una indemnización en concepto de daño moral. De hecho, podemos resaltar a este respecto la

<sup>44</sup> PÉREZ PAÑOS, A., «Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*», cit., p. 6.

<sup>45</sup> En este sentido podemos destacar las posturas de autores como MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS 7 de junio de 2002», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60, 2002, pp. 1115-1116, que defienden que esta puede ser una acción subsidiaria a la de *wrongful birth*. En contraposición, NAVARRO MICHEL, M., «Comentario a la STS 21 de diciembre de 2005», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, 2006, p. 1653, considera que los daños por falta de preparación psicológica pueden encuadrarse o no dentro de las partidas indemnizables en cada supuesto, pero que en ningún caso constituirán fundamento para otro tipo de reclamación.

STS de 21 de diciembre de 2005, que identifica el daño moral con «la privación a la madre de la información suficiente para permitirle afrontar esta situación desde el inicio del embarazo». A ella se une la ya mencionada STS de 6 de junio de 1997, que define esta situación como «el impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas».

Con todo, lo relevante en este punto en lo que respecta a nuestro objeto de estudio es que, a mi juicio, esta tesis se separa de la lesión del derecho de autodeterminación de la mujer, permitiendo entablar la acción de responsabilidad en momentos en los que la gestante ya no tenía la posibilidad de abortar, por no encontrarse entre los supuestos contemplados en la ley. Ejemplo de ello constituyen los casos de aborto embriopático en los que ya ha pasado el plazo de las 14 primeras semanas y, al mismo tiempo, no nos encontramos dentro de un supuesto cualificado de los contenidos en el artículo 15 de la LO 2/2010<sup>46</sup>. Ciertamente, no obstante, que el Tribunal Supremo no ha hecho uso de este concepto de identificación del daño para estos casos marginales, sino que lo ha utilizado más bien, como decíamos, como complemento o refuerzo de otros de los posibles daños identificables.

### III. LA VALORACIÓN DEL DAÑO

A la hora de indemnizar, nuestro Tribunal Supremo ha sido más proclive a reconocer el daño moral que el patrimonial. De hecho, todas las sentencias que han admitido responsabilidad por *wrongful birth* han indemnizado el daño moral. En contraposición, los pronunciamientos que contemplan el daño patrimonial son bastante reducidos y no siguen una lógica temporal.

En lo relativo al daño moral, no resulta novedosa su difícil cuantificación, en general, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, por lo que, en numerosas ocasiones, los tribunales optan por la utilización de baremos objetivos que puedan servir de orientación en la determinación de este tipo de daños. No obstante, en las sentencias estudiadas sobre las acciones de *wrongful birth*, no se ha optado por acudir a ellos, sino que el Tribunal Supremo se ha inclinado por una justificación vaga del *quantum* indemnizatorio, acudiendo a una fijación ponderada que tiene en cuenta las diferentes circunstancias presentes en cada caso<sup>47</sup>.

Así, la única referencia que podemos tomar en este sentido es que las indemnizaciones otorgadas por daño moral en exclusiva oscilan entre los 60.000€<sup>48</sup> y los 150.000€<sup>49</sup>, sin que el supremo tribunal establezca de forma clara la razón de estas diferencias. En consecuencia,

<sup>46</sup> Recordemos que el artículo 14 LO 2/2010 regula los requisitos para la interrupción del embarazo a petición de la mujer, mientras que el artículo 15 establece los requisitos para la interrupción por causas médicas.

<sup>47</sup> Ejemplo de ello es la STS de 16 de octubre de 2007 (LA LEY 162033/2007), que establece que: «valorando las circunstancias concurrentes en los actores, parece ponderado fijar en 150.000€ la cantidad a otorgar en concepto de indemnización».

<sup>48</sup> STSS de 4 de noviembre de 2005 (RJ2006\1544) o de 23 de noviembre de 2007 (LA LEY 193591/2007).

<sup>49</sup> STS de 16 de octubre de 2007 (LA LEY 162033/2007).



tampoco ha sido posible extraer ningún tipo de diferencia entre ambas salas (civil y contencioso administrativa) en lo referente a las cuantías indemnizatorias, habiendo sentencias que estiman la misma cantidad, procediendo de diferentes salas<sup>50</sup>.

Por otro lado, el análisis de la jurisprudencia permite afirmar que el daño patrimonial no ha sido frecuentemente reconocido por el Tribunal Supremo, que en la mayor parte de los casos no ha entrado a valorar la necesidad de indemnizar por este concepto. En aquellos escasos pronunciamientos en los que lo rechaza expresamente, lo hace sobre la base de que los daños derivados de la privación de la posibilidad de decidir o de abortar solo pueden constituir un daño moral<sup>51</sup>.

No obstante, antes de entrar a analizar cómo la jurisprudencia ha indemnizado el daño patrimonial en aquellas sentencias que lo admiten, conviene tener en cuenta que, entre los sectores doctrinales, han surgido enormes discrepancias en esta materia, pudiendo diferenciarse dos grandes formas de indemnizar este daño: la primera afirma la necesidad de indemnizar todos los daños que ocasiona el hijo con deficiencias<sup>52</sup>, mientras que la segunda defiende que solo deben ser resarcidos aquellos gastos que suponen un plus respecto de los cuidados que demanda un niño normal<sup>53</sup>. En contraposición a estos autores, Díez-Picazo Giménez defiende que la finalidad de la indemnización radica en reparar el daño moral causado por el hecho de no haber podido interrumpir el embarazo, por lo que no suscribe un resarcimiento de los gastos producidos por el nacimiento de un hijo, sean superiores a los ordinarios o no<sup>54</sup>.

El Tribunal Supremo ha sido contundente en lo que atañe a la indemnización por daño patrimonial, identificándolo allí donde lo menciona, de manera unánime, como derivado de los superiores gastos que conlleva la crianza de un niño con una discapacidad. De este modo, el Tribunal se posiciona en la controversia establecida por la doctrina, identificando el daño patrimonial con la «lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar una hija con síndrome de Down»<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Así, por ejemplo, las STSS (3ª) de 4 de noviembre de 2008 (LA LEY 169650/2008) y (1ª) de 14 de marzo de 2013 (LA LEY 18175/2013) cifran la indemnización en 300.500€, haciendo referencia tanto al daño moral como al patrimonial.

<sup>51</sup> En este sentido se pronuncian las SSTs de 4 de noviembre de 2005 (FJ 1) (RJ/2006/1544) y de 5 de diciembre de 2007 (FJ 2) (LA LEY 216996/2007), cuya argumentación común gira en torno a la idea de que los efectos dañosos producidos por la lesión al derecho de autodeterminación solo pueden ser de tipo moral, pues se está en una situación análoga a la omisión del consentimiento informado, cuya resarcibilidad tiene reconocida el Tribunal Supremo en concepto de daño moral.

<sup>52</sup> Así, GALÁN CORTÉS, J.C., «La acción de *wrongful birth* en nuestra jurisprudencia», *Revista Española de Medicina Legal*, 1998, XXII, 84-85, p. 13; o PÉREZ-TENESSA, A., «Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad», cit., pp. 55-56.

<sup>53</sup> En este sentido se pronuncian autores como DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte II», cit., pp. 153-154.

<sup>54</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», cit., p. 1707.

<sup>55</sup> STS de 16 de junio de 2010 (LA LEY 104124/2010).

No obstante, esta argumentación no se ha seguido uniformemente en la jurisprudencia posterior. Ejemplo de ello es la STS de 18 de diciembre de 2003, que fija la indemnización en 60 millones de pesetas y afirma que, para el cálculo de esta, se han tenido en cuenta «las expectativas de que se han visto privados los actores y la repercusión del hecho en sus vidas, dada la entidad del evento producido, además del daño moral». En este caso, el Tribunal Supremo identifica el daño patrimonial con la frustración de las expectativas, lo que en otros pronunciamientos ha sido relacionado (más correctamente, en mi opinión) con el daño moral, entendiendo que estas hacen referencia a la creencia de estar gestando un hijo sano y no a hipotéticas expectativas de ahorro o de ganancias que se ven impedidas por los gastos extra que comporta el nacimiento de un hijo discapacitado<sup>56</sup>.

Para finalizar, considero importante destacar la singularidad de las STSS de 16 de junio de 2010<sup>57</sup> y de 20 de marzo de 2012<sup>58</sup>, que optan por indemnizar a los progenitores en concepto de daño moral y al niño, a través de la acción de *wrongful life*, en concepto de daño patrimonial (ya sea mediante una renta mensual o una cantidad a tanto alzado). Considero que, en estos casos, el Tribunal Supremo ha descartado otorgar la indemnización a los padres ante la proximidad que tal reconocimiento supone con la consideración del nacimiento como daño. Sin embargo, se inclinan por indemnizar patrimonialmente al niño, sujeto que no ha sido el lesionado por la violación del derecho de autodeterminación y cuya enfermedad no es producto de una mala praxis médica. A mi juicio, estas cantidades no tienen cabida si no consideramos que la propia condición del hijo enfermo es un daño en sí mismo, puesto que ninguno de los perjuicios contemplados como resarcibles, inciden directamente en el niño.

#### IV. CONCLUSIONES

Tras el estudio de las acciones de *wrongful birth* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podemos llegar a la conclusión de que no ha sido posible sentar una línea decisoria clara. No obstante, pueden identificarse ciertas tendencias concretas:

1. En primer lugar, un rechazo mayoritario a la calificación del nacimiento como daño. Así, la jurisprudencia adopta la postura sentada por la doctrina mayoritaria y separa el perjuicio del hecho del nacimiento. No obstante, pueden entreverse algunas sentencias que lo identifican de forma indirecta y, a mi parecer, inconsciente, ya sea mediante la concesión de una indemnización al niño o, como la STS de 6 de junio de 1997, mediante la afirmación de que «surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece síndrome de Down».

<sup>56</sup> MAZZILLI, E., «La acción de *Wrongful Life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas», *Aranzadi civil y mercantil*, núm. 10, 1, 2012, p. 14.

<sup>57</sup> LA LEY 104124/2010.

<sup>58</sup> LA LEY 29526/2012.

2. En segundo lugar, una tendencia que gira en torno a la calificación del daño como consecuencia derivada de la infracción del derecho de información. De este modo, son numerosos los pronunciamientos que identifican el daño con la imposibilidad de abortar, aunque las sentencias más recientes optan por afirmar que el daño se encuentra en privar a los progenitores de la posibilidad de tomar una decisión informada de acuerdo con sus propios intereses personales y familiares.

3. Asimismo, una clara tendencia a la indemnización de los daños morales, puesto que estos han sido resarcidos siempre que se ha admitido la reclamación por *wrongful birth*. En cuanto a los daños patrimoniales, podemos extraer de la jurisprudencia analizada el posicionamiento del tribunal a favor de indemnizar únicamente aquellos daños derivados de la enfermedad del niño, en tanto suponen un plus respecto de los ordinarios.

4. Finalmente, parece que el tribunal seguirá desarrollando el daño como lesión al derecho de autodeterminación de la mujer, teniendo en cuenta las ventajas que esta teoría presenta en lo relativo a las dificultades probatorias originadas por los cursos causales no verificables. Con el empleo de esta tesis, resulta irrelevante conocer cuál habría sido la decisión de la madre, valorando únicamente la lesión a su derecho de autodeterminación, lo que se manifiesta en la posibilidad de tomar una decisión informada y congruente con sus intereses personales y familiares.

Por todo lo visto, considero que, la identificación del daño por parte de la jurisprudencia no se distancia tanto de la identificación por parte de la doctrina, si bien en el caso de la primera con muchas más vacilaciones y oscilaciones de las que existe entre la segunda, actualmente mucho más asentada. No obstante, nuestro Tribunal Supremo ya ha sentado las bases de su doctrina y, pese a los cambios de tendencia que ha experimentado, parece que refuerza la idea del daño como infracción del derecho de autodeterminación de la gestante, lo que, a mi juicio, es correcto, ya que se trata de la vía que menos conflictos jurídicos suscita dentro del tratamiento de las acciones por *wrongful birth*.

De este modo, pese al largo camino que queda por recorrer en lo que respecta a estas acciones para nuestros tribunales, considero que el Tribunal Supremo cada vez se encuentra más cerca de poder consolidar una verdadera jurisprudencia al respecto.

## V. BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGEZ-CANO, R., «Comentario a la STS 7 de junio de 2002», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 59, 2002, pp. 857-865.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia de *wrongful birth* y *wrongful life*: ¿Es posible hablar ya de una jurisprudencia?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 22, 2005, pp. 179-206.

- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth* (4 de febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 10, 1999, pp. 237-294.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte II», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 5, 1996, pp. 141-156.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid (Civitas), 1999.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», *La Ley*, 1998, 3, D-168, pp. 1700-1710.
- GALÁN CORTÉS, J.C., «La acción de *wrongful birth* en nuestra jurisprudencia», *Revista Española de Medicina Legal*, 1998, XXII, 84-85, pp. 10-14.
- GALÁN CORTÉS, J.C., «Comentario a la STS 6 de julio de 2007», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 77, 2008, pp. 279-290.
- MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*)*, Valencia (Tirant lo Blanch), Valencia, 2005.
- MACÍA MORILLO, A., «Comentario a la STS 18 de diciembre de 2003», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, 2004, pp. 1023-1040.
- MARTÍN CASALS, M., «Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish law: two wrongs in search of a right», *European Tort Law. Liber amicorum for Helmut Koziol*, Frankfurt am Main (Peter Lang), 2000, pp. 179-208.
- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., «Comentario a la STS 7 de junio de 2002», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60, 2002, pp. 1097-1121.
- MAZZILLI, E., «La acción de *Wrongful Life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas», *Aranzadi civil y mercantil*, 2012, núm. 10, 1, pp. 1-38.
- NAVARRO MICHEL, M., «Comentario a la STS 21 de diciembre de 2005», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, 2006, pp. 1637-1656.
- PANTALEÓN PRIETO, A.F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, vol. 2, Madrid (Centro de Estudios Ramón Areces), 1990, pp. 1561-1591.
- PÉREZ PAÑOS, A., «Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*», *Diario La Ley*, 2014, N° 8396, D-313, pp. 1-12.

PÉREZ-TENESSA, A., «Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad», *Revista de la Administración Pública*, núm. 154, 2001, pp. 47-61.

ROMERO COLOMA, A.M., «Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica», *Diario La Ley*, 2009, Nº 7231, D-269, pp. 1-15.

VI. ANEXO

NACIMIENTO COMO DAÑO	IMPOSIBILIDAD DE ABORTAR	AUTODETERMINACIÓN DE LA MUJER	PERDIDA DE OPORTUNIDAD	FALTA DE PREPARACIÓN PSICOLÓGICA
STS 6 de junio de 1997	STS 7 de junio de 2002	STS 4 de noviembre de 2005	STS 21 de febrero de 2006	STS 6 de junio de 1997
	STS 18 de diciembre de 2003	STS 21 de diciembre de 2005	STS 6 de julio de 2007	STS 21 de diciembre de 2005
	STS 4 de noviembre de 2008	STS 30 de junio de 2006	STS 4 de noviembre de 2008	
	STS 17 de noviembre de 2008	STS 14 de marzo de 2007	STS 17 de noviembre de 2008	
		STS 19 de junio de 2007		
		STS 19 de julio de 2007		
		STS 16 de octubre de 2007		
		STS 23 de noviembre de 2007		
		STS 24 de octubre de 2008		
		STS 25 de mayo de 2010		
		STS 31 de mayo de 2011		
		STS 15 de septiembre de 2015		