

**NEGLIGENCIA MÉDICA EN EL SEGUIMIENTO DEL EMBARAZO Y
RESPONSABILIDAD POR *WRONGFUL BIRTH*.
COMENTARIO A LA STS (SALA 1ª) DE 24 DE OCTUBRE DE 2008***

ANDREA MACÍA MORILLO**

Resumen: La sentencia del Tribunal Supremo resuelve la demanda de responsabilidad planteada por una mujer que, durante el seguimiento de su embarazo, no recibió la información de que el niño que portaba estaba afectado por graves malformaciones. El médico que la atendió no prescribió una prueba de diagnóstico que, de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, habría sido necesario practicar. Este caso, enmarcado dentro de la problemática general de las acciones de *wrongful birth*, suscita interesantes cuestiones sobre la propia delimitación de este tipo de demandas de responsabilidad civil, la relación de causalidad y el elemento de la culpa o negligencia.

Palabras clave: *Wrongful birth*, responsabilidad, relación de causalidad, *lex artis*, diagnóstico prenatal.

Abstract: The Spanish Supreme Court decides a wrongful birth case, whereby a woman had laid a claim arguing that, despite having received medical treatment during her pregnancy, no information was passed on to her regarding the child's serious malformations. The claim was based upon the doctor's failing to recommend a specific prenatal test, which would have disclosed the problems, being such test required by the normal standard of care for prenatal diagnosis. This wrongful birth case poses interesting questions concerning the limits of the concept, causation, negligence and medical malpractice.

Keywords: Wrongful birth, tort law, causation, *lex artis*, prenatal advice.

SUMARIO: I. HECHOS; II. FUNDAMENTOS DE DERECHO; III. COMENTARIO; 1. Introducción; 2. Delimitación del caso aquí planteado dentro de las demandas de *wrongful birth*; A. *Wrongful birth* vs. *wrongful life*; B. La víctima del daño reclamado y los supuestos de falso negativo en el diagnóstico prenatal; C. El problema de las omisiones y su encuadre dentro del contexto de las acciones de *wrongful birth*; 3. El problema de la relación de causalidad; 4. La conducta negligente del médico y su incidencia sobre la responsabilidad reclamada.

* Fecha de recepción: 20 de febrero de 2009.

Fecha de aceptación: 2 de marzo de 2009.

** Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: andrea.macia@uam.es.

I. HECHOS

En el año 1998, doña Patricia quedó embarazada y dio a luz a un niño afectado de mielomeningocele (espina bífida) e hidrocefalia con DVP.

El embarazo no había transcurrido sin incidencias, puesto que ya entre la semana 5ª y la 6ª se le diagnosticó a la gestante un quiste lateral derecho, y entre las semanas 13ª y 14ª, habiéndose practicado doña Patricia un análisis de sangre, se detectó en la analítica un nivel de alfafetoproteína (AFP) anormal (dos desvíos estándar por encima de la media). Este segundo dato, que por sí mismo no era indicador de patología alguna, sí sugería, en cambio, un valor patológico que orientaba, desde el punto de vista médico, a que la embarazada se sometiera a otras exploraciones. Concretamente, era necesario determinar la AFP en el líquido amniótico (por ejemplo, a través de una amniocentesis) y efectuar una ecografía morfológica (nivel II); en este caso, la amniocentesis cumpliría la finalidad de descartar anormalidades cromosómicas del feto, mientras que la ecografía morfológica buscaría descartar las posibles anormalidades morfológicas del mismo (que son las más numerosas).

Con estos antecedentes, doña Patricia llegó a la consulta de don Gonzalo en una fecha anterior a la 22ª semana de embarazo; aunque en este punto los hechos del caso no están todo lo claros que sería deseable, sí parece deducirse de los mismos que la atención inicial de seguimiento del embarazo se desarrolló con otros médicos o en otro lugar, siendo posterior la intervención de don Gonzalo. La gestante aportaba los datos de la analítica, así como un resumen de una ecografía que se le había practicado, pero que no reunía los caracteres de ecografía morfológica. Consta en los hechos que doña Patricia sí se sometió a una amniocentesis (no quedando claro si por indicación de don Gonzalo o con anterioridad a la intervención de éste), de la que se obtuvo un estudio de los cromosomas normal y una AFP prácticamente normal.

Sobre los datos aportados por la paciente y el resumen de la ecografía no morfológica – insuficiente este último –, el médico pasó a considerar el embarazo como normal y, pese a que había tiempo suficiente para ello, antes de que se cumpliera la 22ª semana de embarazo, no remitió a doña Patricia a la práctica de una ecografía morfológica (nivel II), que habría permitido valorar con mucha mayor precisión las posibles malformaciones que pudiera padecer el feto. Igualmente, a pesar de la posible inseguridad que le proporcionaban las ecografías que el propio don Gonzalo practicó cuando pasó a asumir el seguimiento del embarazo de doña Patricia, y la insuficiencia del resumen de la aportada por la paciente, tampoco pidió aclaración alguna a los facultativos que habían realizado la actividad diagnóstica anterior. Sólo posteriormente, en la semana 31/32 de gestación, al detectar cierta anormalidad en el seguimiento rutinario del embarazo, don Gonzalo prescribió la citada ecografía; pero ya era tarde para que la gestante pudiera plantearse la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo conforme al motivo eugenésico o embriopático.

El resultado de todo ello, como ya se ha señalado, fue el nacimiento de un niño afectado por graves malformaciones.

Doña Patricia interpuso entonces demanda contra don Gonzalo, solicitando que se le condenara a indemnizar los daños y perjuicios que se le habían ocasionado a su hijo, “consistentes en daños físicos, daño moral, así como daño emergente y lucro cesante” [sic]. Esta demanda fue desestimada en primera instancia, al considerar el Juzgado que la actuación del médico demandado había estado dentro del margen de la diligencia que le es exigible, y que el resultado de las pruebas practicadas a la gestante –incluso las de carácter especial que entraban dentro del programa de diagnóstico prenatal de anomalías fetales– había inducido erróneamente a don Gonzalo a considerar que existía un correcto desarrollo del feto. Apelada la sentencia por doña Patricia, la Audiencia Provincial estimó el recurso, con el argumento de que, pese al resultado de las pruebas prenatales, don Gonzalo debería haber prescrito la práctica de pruebas complementarias para realizar un diagnóstico fiable. Si hubiera actuado diligentemente, habría podido comprobar las patologías morfológicas del feto, lo que habría permitido la interrupción del embarazo a instancias de la gestante, cuya voluntad de abortar era conocida. Como resultado de todo ello, se condenó a don Gonzalo a indemnizar a doña Patricia en la cantidad de 666.229 €.

Frente a esta sentencia, don Gonzalo interpuso recurso de casación, basado, principalmente, en dos argumentos: la ausencia de negligencia en la actuación del médico recurrente y la falta de relación causal entre tal actuación y las malformaciones genéticas, pues no constaba en las actuaciones que la madre habría optado por un aborto terapéutico [sic] en caso de haber tenido conocimiento de las mismas.

El Tribunal Supremo declaró en esta sentencia no haber lugar al recurso de casación. A continuación, se reproduce el fundamento de derecho segundo, en el que se apoya, principalmente, el fallo en relación a los motivos señalados del recurso de casación. Salvo que se indique otra cosa, la referencia que se haga a lo largo del comentario a las palabras del Tribunal Supremo habrán de entenderse hecha a este fundamento de derecho segundo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO: “El recurso de casación formula cuatro motivos. El primero denuncia la infracción de los artículos 1901, 1903, 1101 y 1105 CC, y la jurisprudencia que cita, ya que la sentencia recurrida considera indebidamente que el recurrente infringió la *lex artis*, al no haber prescrito la práctica de una ecografía morfológica, sin especificar si se fundamenta en culpa contractual o extracontractual, cuando, en realidad, de la relación circunstanciada de los hechos, en forma alguna resulta culpa o negligencia imputable al recurrente, ya que no examinó la ecografía hasta pasado el plazo para el aborto legal, además de que la apreciación de defectos en el tubo neural a través de ecografías morfológicas no son posibles más que en

un 18% de los casos. Se desestima, como también se desestima el segundo, con cita de los mismos preceptos, al entender que no existe relación causal alguna entre su actuación y las malformaciones genéticas, sin que conste en las actuaciones que la madre hubiera optado por un aborto terapéutico en caso de haber tenido conocimiento de las mismas (...). (E)n orden a discernir si la actuación del demandado fue diligente o si durante el seguimiento de la gestación de la actora, bien por acción o por omisión culposa o negligente, causó un daño que comporte la obligación de repararlo, los hechos recogidos en la sentencia así lo evidencian para apreciar la concurrencia de culpa extracontractual y exacción de responsabilidad, conforme al artículo 1902 CC, a partir de un daño causalmente vinculado a una acción u omisión negligente o culposa, que toma como medida de diligencia lo que se conoce como *lex artis ad hoc*, o criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, en cuanto comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias (STS 19 de octubre de 2007, y las que en ella se citan). Es evidente que no fue adecuada la toma de decisiones clínicas basada en un diagnóstico previo y ello impidió adoptar el tratamiento adaptado a la evolución de la paciente dentro de esas pautas y así resulta a partir de una correcta valoración de las pruebas, incluida la pericial, de la que se deducen conclusiones distintas de las que pretende extraer la recurrente. (...)

Sin la revisión de este elemento fáctico no es posible concluir que el Médico demandado respetó la *lex artis* para establecer en su vista un criterio de imputación distinto pues, como dice la sentencia, “a partir de la inseguridad que le proporcionaban las ecografías por él practicadas y la insuficiencia del resumen de la aportada por la paciente, que no respondía a la prescripción de una ecografía morfológica de ginecólogo, ni podía denominarse o considerarse como tal, no solicitó una ecografía morfológica detallada (...) pero aunque así fuera, si tenía dudas sobre la naturaleza y alcance de la ecografía, lo normal y diligente en un médico, es informarse inmediatamente solicitando las aclaraciones pertinentes de quienes realizaron la actividad diagnóstica, pues en la visita de 16 de julio de 1998 el período de gestación todavía se encontraba en 21/22 semanas SECO, y hubiese permitido la interrupción del embarazo a instancia de la madre, de haberse practicado la ecografía NIVEL II por prescripción del médico que la trataba, que hubiera permitido comprobar las patologías morfológicas del feto, y una vez conocidas por la paciente decidir esta como había advertido al respecto (...) la amniocentesis prescrita en dicho período, descartaba anomalías cromosómicas, pero no morfológicas que son más numerosas”. (...)

Los hechos permiten afirmar que hay causalidad material o física y también jurídica por cuanto las omisiones fueron determinantes del daño. La ecografía morfológica facilita el estudio de la anatomía del feto, comprobar que el feto se desarrolla normalmente, por lo que el hecho de no haber propiciado su práctica en el período correspondiente, como medio de diagnóstico contemplado por los protocolos, determinó el resultado jurídicamente

desaprobado y que era previsible dado que el embarazo, aun no siendo de riesgo, presentaba en sus inicios datos patológicos que requerían un particular control y aconsejaba una serie de pruebas para descartar alteraciones tanto cromosómicas como morfológicas.

En orden a si hubiera o no abortado la actora es hecho probado de la sentencia que “era conocida la voluntad de interrumpir el embarazo por parte de la demandante”. Como dice la sentencia de 21 de diciembre de 2005, referida al nacimiento de un hijo con síndrome de Down en el que los padres no fueron informados de dicha anomalía, en un supuesto en que una mujer acude al servicio de genética del Hospital de Basurto para la realización del diagnóstico prenatal y detectar si el feto pudiera estar afectado del síndrome de Down, para, si así fuera, interrumpir la gestación, “es lógico establecer una relación de causalidad directa y negligente entre la actuación profesional del Centro Médico en el que se realizaron las pruebas y el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico para que, en función de esa información, poder tomar la decisión que, según su propia y libre convicción, se ajustaba más efectivamente a su proyecto vida, como es la opción de interrumpir el embarazo, puesto que no siendo posible hasta la fecha la corrección de las anomalías cromosómicas, al no tener tratamiento posible, el hecho de haberse sometido a una prueba para el diagnóstico prenatal de las mismas, sólo tiene un sentido lógico que es el de decidir en su vista esta interrupción voluntaria del embarazo; relación que 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, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria a estos supuestos de causalidad en la responsabilidad médico sanitaria, en los que debería ser suficiente un simple juicio de probabilidad en razón de la mayor o menor situación de riesgo derivada de la edad de la madre y de la posibilidad legal y física de interrumpir su embarazo en función del diagnóstico prenatal, al tratarse de una opción que no es posible obtener con absoluta seguridad de haber dispuesto de toda la información que fue omitida”. El daño, además, “resulta no sólo del hecho haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir a cerca 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”.

III. COMENTARIO

1. Introducción

La presente sentencia aborda un tema que, hasta hace relativamente poco tiempo, resultaba difícil de encontrar en la práctica jurisprudencial de nuestro país: la reclamación de una indemnización por el hecho de que, debido a una actuación negligente de uno o varios profesionales sanitarios, los futuros progenitores no han recibido información en fase prena-

tal respecto de los defectos o malformaciones –graves e incurables– que padece el embrión o feto que han concebido, de manera que no se les ha permitido adoptar una decisión respecto de la posible interrupción del embarazo, con lo que se llega al resultado de que nace un niño gravemente enfermo. Es lo que se conoce, en general, bajo la terminología anglosajona de *wrongful birth* (*wrongful life*, si quien reclama una indemnización por estos hechos es el niño –*recitus*, su representante legal– que ha nacido con esos defectos o enfermedades).

Este tipo de reclamaciones de responsabilidad civil, procedentes de Estados Unidos (donde comienza a surgir este tema hacia los años 60 del siglo XX), no llegaron a España hasta hace, aproximadamente, quince años. De hecho, la primera sentencia en que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre este tema es de 6 de junio de 1997.

A partir de ahí, el Tribunal Supremo se ha visto obligado a resolver esta difícil problemática en diversas ocasiones. De hecho, frente a la tardía aparición y el lento arranque de estas acciones de responsabilidad civil (hasta el año 2003, sólo existían cuatro sentencias del Tribunal Supremo que pudieran encuadrarse dentro de las acciones de *wrongful birth*), en la actualidad existen una veintena de sentencias –entre la Sala primera y la Sala tercera– que resuelven demandas de este tipo¹. Claramente, el impacto que causó la sentencia mencionada del año 1997 se ha notado sin duda en la avalancha de decisiones del Tribunal Supremo de los años 2006 a 2008; muestra de ello es que los hechos que dan lugar a dichas sentencias se remontan, en general, a una fecha posterior a la de aquella sentencia de 6 de junio de 1997. En ella, no sólo se daba a conocer en España esta difícil problemática, sino que, al mismo tiempo, el Tribunal Supremo reconocía la posibilidad de éxito de la pretensión de los progenitores de obtener una indemnización por la actuación negligente de un médico que, en definitiva, lo que había impedido es que pudieran decidir si interrumpir el embarazo en curso y no permitir el nacimiento del hijo que, efectivamente, había nacido enfermo. Este reconocimiento aportaba una cierta esperanza a todos aquellos progenitores que se enfrentaban al nacimiento de un hijo gravemente enfermo o afectado por defectos o malformaciones: aunque no podían hacer nada para remediar esta penosa situación de sus hijos (pues, insisto, el supuesto del que aquí se parte es que se trata de males o enfermedades incurables), se les ofrecía la posibilidad de contar con un sujeto (el médico) al que hacer responsable en cierta medida de los hechos.

Esto no significa que todas las veces en las que, posteriormente al año 1997, el Tribunal Supremo se haya enfrentado a este tipo de demandas de responsabilidad civil su respuesta haya sido favorable a las pretensiones de los progenitores. En ciertas ocasiones, la doctrina del Tribunal Supremo se ha mostrado cambiante en cuanto a algunos de los elementos de estos casos (fundamentalmente, la relación de causalidad), lo que ha llevado a veces a la des-

¹ Concretamente, se trata de las SSTS (Sala 1ª) de 6 de junio de 1997, 4 de febrero de 1999, 7 de junio de 2002, 18 de diciembre de 2003, 21 de diciembre de 2005, 18 de mayo de 2006, 19 de junio, 6 y 19 de julio y 23 de noviembre de 2007, 24 de octubre y 17 de noviembre de 2008 y las SSTS (Sala 3ª) de 4 de noviembre de 2005, 26 de enero, 21 de febrero y 30 de junio de 2006, 14 de marzo, 10 de mayo y 16 de octubre de 2007, 4 de noviembre de 2008.

estimación de las demandas, como se verá posteriormente. En otras, los hechos del caso no permitían apreciar conducta negligente alguna en el médico o en los profesionales sanitarios –en general– intervinientes (v. gr., SSTS, Sala 1ª, de 4 de febrero de 1999, 21 de diciembre de 2005, 19 de junio de 2007 y 17 de noviembre de 2008), requisito en ausencia del cual no se puede estimar la demanda de responsabilidad civil. De hecho, si, en general, el Tribunal Supremo tiende a reivindicar el criterio de la culpa como criterio de imputación subjetiva en materia de responsabilidad médica –frente a las tendencias actuales más o menos expresas de objetivación de la responsabilidad civil–, en los casos de *wrongful birth* este elemento aparece casi siempre como decisivo para afirmar o negar la responsabilidad del médico. No en vano, hacer responder al médico encargado del seguimiento de un embarazo por el mero hecho de que la criatura nazca enferma, siendo el caso que la conducta del médico haya estado plenamente adaptada a los dictados de la *lex artis*, supondría convertir al médico en un garante, más que en un responsable, posición que el médico no siempre está dispuesto a asumir –más bien, casi nunca– y que, además, podría llevar a consecuencias negativas de cara a la sociedad, por las posibles reacciones defensivas por parte de la profesión médica².

Pues bien, en la sentencia objeto de este comentario, la cuestión de la negligencia o diligencia del médico demandado ocupa un papel central respecto del que se harán algunas observaciones en estas páginas. No obstante, no es éste el único tema que merece la pena destacar de esta decisión judicial, sino que igualmente adquieren protagonismo la importante cuestión de la relación de causalidad, así como –aunque de manera menos patente, quizá, para quien se encuentre por primera vez con estas demandas de responsabilidad civil– la propia incardinación de esta sentencia dentro del espectro de casos englobados bajo el término de *wrongful birth*. Comenzaré, precisamente, por este último tema –por ser un presupuesto claro de la problemática que aquí se comenta–, para, posteriormente, analizar las otras cuestiones que suscita esta sentencia.

2. Delimitación del caso aquí planteado dentro de las demandas de *wrongful birth*

Aunque inicialmente he calificado el caso sobre el que resuelve esta sentencia como un caso de *wrongful birth*, es necesario comenzar el núcleo de este comentario haciendo una serie de precisiones que tienen que ver con la delimitación de esta problemática y con la incardinación dentro de la misma de los hechos planteados en concreto en la sentencia.

² Con ello se hace referencia a la posible práctica de una medicina defensiva. De hecho, algunos autores extranjeros se han hecho eco de los temores a un progresivo abandono de la especialidad de obstetricia, por el riesgo añadido que conlleva, así como del riesgo de que, cuando exista la mínima duda sobre una posible afección que pueda sufrir un futuro descendiente, los médicos aconsejen el aborto y trasladen con ello la carga de la decisión a los progenitores. Así, por todos, TEF, H., “The action for wrongful life in England and the United States”, *Int'l & Comp. L. Q.*, 1985, vol.34-3, pp. 439-440 o WEBER, D., *Arztaftpflicht für Nachkommenschaftschäden?*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 1988, pp. 61-70.

A. *Wrongful birth vs. wrongful life*

Por un lado, para delimitar con nitidez el problema que surge de la demanda que plantea doña Patricia, hay que dejar claro desde el principio que el caso que sirve de base a esta sentencia no puede englobarse dentro de las acciones de *wrongful life*. Pese a que, en el planteamiento de su demanda, doña Patricia señala que solicita una condena a indemnizar “los daños y perjuicios que han ocasionado a su hijo” (antecedente de hecho primero de la sentencia), en todo momento actúa en el proceso únicamente en nombre propio. No se ejerce, por tanto, la acción de responsabilidad en nombre del niño nacido con malformaciones (que relatan los hechos del caso), ni se reclama, como es característico de las acciones de *wrongful life*, una indemnización por el hecho mismo de haber nacido.

En realidad, en la única referencia que se hace en esta sentencia al daño por el cual se concede la indemnización a doña Patricia (referencia que, por lo demás, se realiza indirectamente, con cita a la STS de 21 de diciembre de 2005), se menciona que éste tiene que ver con los efectos que conlleva el 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”. Este daño, así identificado, responde típicamente al daño reclamado a través de las acciones de *wrongful birth*. En estos casos, ante la dificultad de que sea reconocido como daño el hecho mismo del nacimiento de la criatura enferma (especialmente, por la posible contrariedad de este daño con principios o valores existentes en el ordenamiento, como el supuesto beneficio de la paternidad o el mismo bien vida), las progenitoras suelen optar por identificar el daño en la privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, privación cuya valoración ha de cuantificarse tomando como orientación o parámetro las consecuencias que se pretendían evitar a través de ella³, tal y como parece hacer esta sentencia, correctamente, cuando se refiere como daño a los “efectos derivados” de la privación de la citada facultad a la gestante. Con ello, los demandantes de las acciones de *wrongful birth* centran su reclamación en un daño que resulta más fácil de reconocer por parte de los tribunales, ya que, aunque no por completo libre de objeciones, suscita menos cuestiones morales y éticas que el que supondría identificar como daño al propio niño⁴. Esta separación entre el

³ Así lo propone, concretamente, MARTÍN CASALS, M. (“Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish law: two wrongs in search of a right”, en *European Tort Law. Liber amicorum for Helmut Koziol*, Peter Lang, Frankfurt, 2000, p. 207), al que seguimos en este punto. Igualmente, es un criterio que parece haber sido tenido en cuenta por la jurisprudencia a la hora de cuantificar la indemnización que se reconoce a los progenitores en estos casos de *wrongful birth*. Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2007 y, con ciertos matices, de las sentencias de 18 de diciembre de 2003, 21 de diciembre de 2005, 23 de noviembre de 2007, todas ellas de la Sala 1ª.

⁴ Además, existe un amplio consenso respecto de que no se puede reclamar un daño por el propio niño. Ver a este respecto, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 23 de noviembre de 2007 y (Sala 3ª) de 30 de junio de 2006, 10 de mayo y 16 de octubre de 2007 y 4 de noviembre de 2008.

daño reclamado y el hecho de la vida del niño, precisamente, es uno de los factores que, sin duda, más ha contribuido a la aceptación generalizada de las demandas de *wrongful birth*.

Por el contrario, las reclamaciones de *wrongful life* han sido normalmente rechazadas por los tribunales, ante la imposibilidad de realizar una separación entre el daño reclamado y la vida del niño⁵. Salvando la excepción de ciertos estados de Estados Unidos (concretamente, California, Colorado, Nueva Jersey y Washington), así como de Francia, con anterioridad a la reforma que introdujo la Ley 2002-303, de 4 de marzo, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, la mayor parte de las demandas de responsabilidad por *wrongful life* han sido desestimadas por los tribunales, allí donde se han planteado. Éste ha sido, también, el caso de España, puesto que, aunque existen dos sentencias en las que ciertamente se concede una indemnización a favor del niño nacido enfermo en este contexto (SSTS, Sala 1ª, de 18 de diciembre de 2003, 18 de mayo de 2006), si se analizan con detenimiento, se alcanza la conclusión de que ello no responde a una reflexión profunda y consciente del Tribunal Supremo, sino que, más bien, parece que responde a que no se ha planteado la cuestión en casación, por lo que el Tribunal no se pronuncia expresamente sobre ella.

Esta reacción generalizada en contra de las acciones de *wrongful life* debió de influir en que doña Patricia interpusiera la demanda únicamente en su nombre, y, quizá por ello, aunque en el *petitum* inicial parece apuntarse a que se reclama el daño sufrido por el hijo de la demandante, a lo largo del proceso –concretamente, ya en primera instancia⁶– se recondujo la pretensión de la actora hacia los efectos de la privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo⁷.

⁵ Esta imposibilidad deriva del hecho de que el niño no es titular de otros derechos o intereses cuya lesión se pueda imputar al médico en el contexto propio de estas acciones. Con ello, el intento de identificar un daño en las propias malformaciones o en la enfermedad del niño queda condenado al fracaso, por su descoordinación con los demás elementos de la responsabilidad civil: es innegable que tales malformaciones existen, pero ello no se debe al comportamiento del profesional sanitario que no las detectó o no las puso de relieve frente a los progenitores. Igualmente, tampoco se puede identificar el daño del niño en la privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, en tanto que ésta se atribuye generalmente a la gestante en atención a sus propios bienes e intereses, no en atención a los del *nasciturus*, que no es titular de la misma, como se deduce de la STC 53/1985, de 11 de abril. Ver sobre esto mi monografía, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 415-435.

⁶ En el Auto del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2007 que resuelve sobre las posibles causas de inadmisión del recurso de casación planteado por el médico don Gonzalo, puede leerse (FD 3) que, tras requerimiento del Juzgado de Primera instancia, la actora concretó que el daño moral se ciñe al hecho de no haber podido ejercer el derecho al aborto, a la duda de tener más descendencia que pueda padecer espina bífida y a ver cómo su único hijo ha nacido con graves malformaciones, que lo mantienen en continuo cuidado del mismo, no pudiendo trabajar.

⁷ En todo caso, hay que señalar que, de no ser así, la demanda de la madre ejercitada en reclamación del daño sufrido por el hijo –sin actuar ella expresamente en representación del mismo– se vería gravemente obstaculizada por el requisito de que el daño reclamado ha de ser personal, lo que exige que aquél que lo reclama sea aquél que lo ha sufrido. En otras palabras, no es posible reclamar una indemnización por el daño

B. La víctima del daño reclamado y los supuestos de falso negativo en el diagnóstico prenatal

En todo caso, antes de pasar a la siguiente precisión que ha de hacerse respecto a la inclusión de estos hechos dentro de los propios de las acciones de *wrongful birth*, hay que destacar aquí el dato de que la demanda sólo fue interpuesta por la madre y no por ambos progenitores. De hecho, de las veinte sentencias que ha emitido hasta la fecha el Tribunal Supremo sobre este tema, en la mayoría actuaban ambos progenitores como demandantes, y sólo en cinco de ellas (ésta y las STS, Sala 1ª, de 6 de junio de 1997 y SSTS, Sala 3ª, 26 de enero y 21 de febrero de 2006 y 4 de noviembre de 2008) actuaba únicamente la madre en reclamación de la indemnización. Lo curioso de esta pauta es que, en realidad, resulta más que dudosa la legitimación activa de del padre en este tipo de casos, si el daño reclamado en la demanda se pone en conexión, como ya hemos indicado, con la privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo. Como señaló el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985, de 11 de abril (FD 11 y 13), la titular de esta facultad es únicamente la gestante⁸. Por tanto, en caso de que se reconozca que existe un daño por la privación de la misma, éste, si acaso, repercutirá exclusivamente sobre su titular –la gestante–, y no sobre ambos progenitores. Pese a ello, esta cuestión nunca se ha puesto de relieve por la jurisprudencia, que no ha discutido en ninguna sentencia la legitimación activa del progenitor para reclamar una indemnización en este contexto.

Ahora bien, es cierto que esta legitimación activa resulta indiscutible en uno de los supuestos que se agrupan dentro de las acciones de *wrongful birth*; concretamente, en el supuesto de que la negligencia del profesional sanitario se manifieste en la fase preconceptiva. En estos casos, el contexto que se plantea difiere del que plantea la sentencia comentada: se trata del supuesto de que, con anterioridad a la concepción, un individuo o una pareja acuda a un profesional sanitario buscando información sobre la posibilidad de que su descendencia

sufrido por otra persona, si no se actúa en representación de la misma o si lo que se está reclamando no es un daño indirecto, de ahí que sea correcto que el Tribunal Supremo identifique aquí el daño reclamado con uno cuyo titular es quien actúa como demandante.

⁸ El Tribunal Constitucional justifica este pronunciamiento en “que la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla”. No obstante, este pronunciamiento no ha estado libre de crítica. Como señala CALVO MEJIDE, A. (“El *nasciturus* y su protección jurídica (I) y (II)”, *Act. Civ.*, 1992-2, pp. 268 y 277), parece que “los padres no sufren ni se afligen por tener hijos con taras físicas o psíquicas, sólo sirven para la ejecución del hecho puramente animal de la cópula, quedando excluidos de derechos, obligaciones y sentimientos”. Ahora bien, tal crítica sólo resulta de recibo en el caso del aborto embriopático –pues en el terapéutico y en el ético parece obvio que es la gestante la directamente afectada–, sobre todo si se parte, como hizo la citada sentencia del Tribunal Constitucional, de que el fundamento de la despenalización reside en que en estos casos “el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia”. A partir de ahí, la única justificación para excluir la legitimación del progenitor en esta materia reside en que la interrupción voluntaria del embarazo implica una intervención en la integridad física de la madre, por lo que es su consentimiento el que debe tenerse en cuenta, y sólo éste.

futura se vea afectada por algún tipo de defecto o enfermedad, genética o, en general, transmisible, de la que ellos son portadores. Debido a un comportamiento negligente en el proceso de diagnóstico, los progenitores obtienen una información errónea (un “falso negativo” en el diagnóstico, según la terminología de EMALDI CIRIÓN⁹); se les informa de que no hay riesgos que amenacen a la futura descendencia, pese a que, en realidad, tales riesgos existen y que, de hecho, se concretan posteriormente cuando se produce la concepción y el posterior nacimiento de un niño. Pues bien, en este grupo de casos relacionados con errores en el diagnóstico preconcepcivo, el daño por el que se reclama una indemnización se pone en relación con la privación de la libertad de procreación (como consecuencia del comportamiento negligente del profesional sanitario, los progenitores no pudieron adoptar una decisión libre e informada acerca de la procreación, viéndose con ello lesionados en esta libertad de la que son titulares). Dado que esta libertad, derivada de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), se predica de todo individuo –y, por tanto, de ambos progenitores¹⁰–, en este caso no habrá obstáculo alguno a que la demanda sea ejercitada, efectivamente por los dos.

No obstante, en el caso sobre el que resuelve la sentencia aquí comentada, los hechos muestran claramente que la negligencia del profesional sanitario, origen de la reclamación de responsabilidad, se produce en fase prenatal, por lo que, estando relacionado el daño con la privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, únicamente la titular de la misma –doña Patricia– tiene legitimación para interponer la demanda de responsabilidad; es más, como se ha señalado, tal opción, de hecho, era la más correcta.

C. *El problema de las omisiones y su encuadre dentro del contexto de las acciones de wrongful birth*

Este acierto en el planteamiento de la demanda, sin embargo, no se refleja igualmente a la hora de delimitar el problema que surge de los hechos que dan pie a esta sentencia. Concretamente, falta cierta precisión en la adscripción de estos hechos dentro del supuesto típico de las acciones de *wrongful birth*, adscripción que realiza el Tribunal Supremo indirectamente desde el momento en que, como se ha señalado, identifica el daño reclamado en el hecho de la privación a la gestante de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo.

En el supuesto paradigmático de las acciones de *wrongful birth*, nos encontramos ante un caso en el que los progenitores son informados de que el embrión o feto no se ve

⁹ “La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos”, *La Ley*, 2001 (5), D-142, pp. 1603-1604 y *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia y Editorial Comares, Bilbao-Granada 2001, pp. 230-233.

¹⁰ Respecto al fundamento constitucional de la libertad de procreación y su titularidad, ver especialmente MARTÍN CASALS, M. (*op. cit.*, pp. 191-194). Esta relación entre la libertad de procreación y el libre desarrollo de la personalidad también ha sido apreciada por la jurisprudencia (entre otras, SSTS, 3^a, de 30 de junio de 2006 y 10 de mayo de 2007).

afectado por ningún tipo de defecto o enfermedad, siendo la realidad, en cambio, otra muy distinta (es lo que se llama, como hemos señalado, un “falso negativo” en el diagnóstico). Esta información, además, procede de una actividad de los profesionales sanitarios encargados del seguimiento del embarazo, actividad consistente, o bien en un comportamiento negligente que no logra o impide detectar el mal o defecto que sufre el *nasciturus* (v. gr., la prueba practicada fracasa por un manejo inadecuado de las muestras, se realiza de forma negligente, la interpretación de los resultados es errónea, hay una confusión con los resultados de las pruebas de diversas pacientes, etc.), o bien se trata de un supuesto en el que la información existe, pero no se transmite a los progenitores antes de que transcurra el plazo de las 22 semanas legalmente fijado para la interrupción voluntaria del embarazo. En cualquier caso, lo característico del supuesto típico de las acciones de *wrongful birth* es que, de no haber sido por la negligencia del profesional o profesionales sanitarios demandados, los progenitores habrían obtenido la información de los males o defectos que padecen sus descendientes, lo que les habría permitido adoptar una decisión –la que fuera– respecto de la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo; es por ello que se entiende que, en estos casos, el comportamiento del profesional sanitario ha privado a la gestante de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, siendo éste el daño por el que se puede reclamar una indemnización.

No obstante, este contexto es distinto, en cierto modo, al que se plantea aquí y en otros supuestos que el Tribunal Supremo ha calificado como casos de *wrongful birth*, sin hacer precisión alguna. Concretamente, en el caso de esta sentencia, los hechos muestran que el comportamiento del profesional sanitario puede caracterizarse más bien como una omisión que como una acción; a fin de cuentas, se trata de que don Gonzalo no prescribe una prueba (la ecografía morfológica) que habría sido necesaria para poder detectar las malformaciones del embrión o feto y, con ello, poder ofrecer a la gestante la facultad de decidir si proceder o no a la interrupción voluntaria del embarazo. Ahora bien, si en este contexto se hace una representación mental de lo que habría pasado en caso de que hubiera actuado diligentemente el profesional sanitario, el resultado que se obtiene no tiene por qué ser el mismo que en el supuesto paradigmático de las acciones de *wrongful birth*. En el caso aquí planteado, si el médico hubiera sido diligente, el resultado habría sido que habría prescrito la prueba; pero esto no significa, necesariamente, que ésta hubiera proporcionado la información que habilita a la gestante para ejercitar la facultad de interrupción voluntaria del embarazo. De hecho, la prueba podría no realizarse, podría fracasar o podría ofrecer un resultado no concluyente. Por tanto, no es lo mismo decir que, de no ser por la omisión negligente del médico, se podría haber realizado la prueba que no se realizó, que decir que, de no ser por tal comportamiento negligente, se habría detectado el mal o enfermedad del embrión o feto y que, con ello, se habría podido decidir si interrumpir o no voluntariamente el embarazo¹¹. Dicho de otra forma, en este caso no es que se esté privando a la gestante

¹¹ Esto se plantea por algunos autores respecto a la omisión de comunicación del resultado de fracaso de una prueba de diagnóstico. En este sentido, tanto BUSTOS PUECHE, J.E. (“Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997”, *La ley*, 1997 (5), D-250, p. 1700), como DIEZ-PICAZO

de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, sino que se la está privando de la posibilidad de someterse a la prueba que serviría para diagnosticar el estado de salud de su hijo antes del nacimiento. El contexto, por tanto, es ligeramente diferente al propio de las acciones de *wrongful birth*.

Ahora bien, esto no significa que siempre que el falso negativo en el diagnóstico se relacione con una omisión de comportamiento de los profesionales sanitarios se deba hacer esta misma precisión. De hecho, tal precisión no es necesaria cuando el comportamiento omisivo del médico se plasma, por ejemplo, en que no se comunica a la gestante el resultado de las pruebas que manifestaban el estado enfermo del niño (supuesto, por ejemplo, de la STS, Sala 3ª, de 4 de noviembre de 2005), puesto que, en tal caso, sí puede afirmarse que, de no ser por el comportamiento negligente, la gestante habría obtenido la información de los males o defectos que padece su hijo no nacido, lo que le habría permitido adoptar una decisión –la que fuera– respecto de la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo¹².

Lo relevante, por tanto, para introducir el matiz que aquí se propone es que la omisión no cause por sí misma el falso diagnóstico, sino que sea lo que impida llegar a un diagnóstico de enfermedad. Típicamente, pues, se trata de los casos en los que no se prescriben las pruebas necesarias para diagnosticar el mal o defecto del niño, cuando se trata de pruebas cuyo resultado está sometido a un margen de *aleas*. En estos casos, la posibilidad –muy real y, por desgracia, frecuente– de que, pese a que se practicara la prueba en cuestión, ésta no reflejara el estado enfermo del niño (piénsese, por ejemplo, en una amniocentesis que fracasa, o en una ecografía que no permita ver las malformaciones que padece el feto, debido a la posición del feto o a las cualidades que presente el líquido amniótico) es lo que impide afirmar que la omisión del médico sea la causa de la privación a la gestante de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo; el eslabón en el nexo causal es previo e

GIMÉNEZ, G. (“La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, *La ley*, 1998 (3), D-168, pp. 1706-1707) señalan que no resulta adecuado imputar al que omite la responsabilidad por un hecho que requiere de ulteriores actuaciones para su producción. Ambos pronunciamientos se realizaron con ocasión del supuesto resuelto por la STS (Sala 1ª) de 6 de junio de 1997, en que se produjo un fracaso de la prueba de la amniocentesis que no fue comunicado a la mujer. Pese a ello, se consideró que se había privado a la mujer de la posibilidad de optar por el aborto. En cambio, en la línea de los dos autores citados, la sentencia de instancia (SAP Valencia de 28 de noviembre de 1992) ya advertía de que la comunicación de la información sobre el fracaso de la prueba no habría permitido tampoco a la mujer acudir al aborto.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha sido siempre del todo consciente de esta precisión, en tanto que, más recientemente, este mismo pronunciamiento de la sentencia del año 1997, se repite, por ejemplo, en las SSTs (Sala 1ª) de 6 de julio y 23 de noviembre de 2007 y (Sala 3ª) de 10 de mayo de 2007. En cambio, en la STS (Sala 3ª) de 21 de febrero de 2006, se plantea correctamente que la omisión de los profesionales sanitarios impidió poder obtener un diagnóstico y no, directamente, la privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo.

¹² Algo parecido a esto se planteó en la SAN de 6 de junio de 2001, en que los hechos indicaban que se había perdido la prueba necesaria para la elaboración del diagnóstico, prueba que resultó acreditado que mostraba un resultado positivo (esto es, de detección de los defectos que padeció el niño posteriormente nacido). Por tanto, en este caso, la omisión generó por sí misma el falso negativo, pues privó a los progenitores de la información relevante sobre la que habrían podido ejercitar su opción.

incierto respecto de eventos posteriores: el médico causa que la gestante no se someta a la prueba cuyo resultado, quizá –y sólo quizá–, le podría haber permitido ejercitar tal facultad.

Ahora bien, no es casual la referencia que se ha hecho al *aleas* como condicionante de la puntualización o precisión aquí introducida, sino que supone admitir la posibilidad –aunque sea, hipotética– de que existan pruebas de diagnóstico prenatal en las que no se presente ningún margen de incertidumbre o de fracaso, en cuyo caso habría que matizar lo dicho hasta ahora. En otras palabras, cuanta más fiabilidad ofrezca la prueba que fue omitida –esto es, cuantas más posibilidades existan realmente de obtener un resultado certero–, menor es la distancia que media entre el hecho de no haberse sometido a la prueba y el hecho de que la gestante se haya visto privada de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo. Por tanto, si es seguro que, de haberse prescrito y practicado la prueba, ésta hubiera reflejado sin duda el estado enfermo del niño –en otras palabras, si no se contempla la posibilidad de que la prueba en cuestión fracasase o que no muestre el resultado buscado con ella–, podría afirmarse que, entonces, la omisión de la prescripción de la prueba supone igualmente la privación a la gestante de la facultad de interrupción del embarazo, pues no hay posibilidad de que hubiera existido un fracaso de la prueba que interrumpa el nexo causal entre la negligencia del médico y el daño reclamado.

No obstante, por mucho que se diga en la sentencia de la Audiencia Provincial aquí recurrida que, de haberse practicado la ecografía morfológica (nivel II), se hubiese permitido la interrupción del embarazo, y por mucho que el propio Tribunal Supremo sostenga que “Los hechos permiten afirmar causalidad material o física y también jurídica, por cuanto las omisiones fueron determinantes del daño. La ecografía morfológica facilita el estudio de la anatomía del feto (...), por lo que el hecho de no haber propiciado su práctica en el periodo correspondiente, como medio de diagnóstico contemplado por los protocolos, determinó el resultado jurídicamente desaprobado y que era previsible, dados los indicios del embarazo”, el supuesto planteado en esta sentencia no entra realmente dentro de este grupo de pruebas diagnósticas exentas de un margen de *aleas*. No hay que olvidar que, como se ha apuntado más arriba, en el caso de las ecografías, la posición del feto y el estado del líquido amniótico –entre otros factores– pueden condicionar en gran medida la posibilidad de éxito de la prueba en cuanto a la detección de las malformaciones del feto. Por tanto, hay que reiterar que este caso responde a un esquema ligeramente distinto al típico de las acciones de *wrongful birth*, lo que, en última instancia, redundará en la identificación del daño que se dice que ha sufrido la progenitora demandante.

No es correcto, pues, afirmar como hace aquí el Tribunal Supremo que el daño resulta de los efectos derivados de la privación a la gestante de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo (con cita de la STS, Sala 1ª, de 21 de diciembre de 2005), puesto que la relación de causalidad entre el comportamiento omisivo del médico demandado y tal privación se puede poner en cuestión, ante el hecho de que no es seguro que la prueba que no se prescribió hubiera permitido diagnosticar las malformaciones con las que nació el

hijo de doña Patricia y hubiera permitido a ésta, consiguientemente, adoptar una decisión sobre si interrumpir o no el embarazo en curso.

3. *El problema de la relación de causalidad*

La conclusión anterior obliga a hacer algunas reflexiones acerca de la relación de causalidad en este tipo de casos, ya que, junto con el tema del daño –que es el que, generalmente, más ha llamado la atención en el estudio de estas acciones, por las importantes cuestiones éticas y morales que lleva unida la reclamación de una indemnización por el hecho de la vida de un niño–, es una de las cuestiones más complejas dentro del contexto de las acciones de *wrongful birth*. De hecho, a las dificultades que habitualmente existen para establecer el enlace causal en cualquier supuesto de responsabilidad civil se añaden aquí las peculiaridades propias de estos casos, donde están presentes determinados comportamientos hipotéticos y determinadas incertidumbres en el curso causal puesto en marcha por el comportamiento del profesional sanitario, que complican la posibilidad de establecer un enlace preciso y directo entre la acción u omisión del médico y el daño reclamado.

La sentencia aquí comentada no profundiza demasiado sobre la cuestión, aunque es patente que está en la base del asunto, como puede deducirse de lo dicho en el apartado anterior. De hecho, el Tribunal Supremo ni siquiera entra directamente en el tema de la relación de causalidad, sino que lo hace a través de la cita de la STS de 21 de diciembre de 2005. Con ella, se trata de responder al segundo de los motivos del recurso de casación interpuesto por don Gonzalo, quien, como se indicó en el relato de los hechos, alega que no existe relación causal entre su comportamiento frente a doña Patricia y las malformaciones genéticas, pues no constaba en las actuaciones que ésta habría optado por un aborto terapéutico [sic] en caso de haber tenido conocimiento de las mismas. Tal alegación trae al caso la pregunta de qué habría hecho la gestante de haber conocido del mal o defecto del embrión o feto en plazo para poder optar por la interrupción voluntaria del embarazo; pregunta que, a grandes rasgos, puede recibir tres tipos de respuestas:

1. Que es una cuestión irresoluble, pues no se puede saber qué habría hecho la mujer en este caso, dadas las implicaciones éticas, familiares, económicas, religiosas, etc., que lleva unidas esta cuestión, que hacen imposible determinar *a priori* cuál sería el sentido de la decisión de la gestante. Aplicado a este caso, supondría afirmar que, pese a que se indica que “era conocida la voluntad de interrumpir el embarazo por parte de la demandante”, esta voluntad no es relevante o decisiva, puesto que no se ha manifestado por la gestante que se enfrenta realmente a la decisión de si abortar o no, sino anteriormente a encontrarse ante ese dilema.

2. Que, aunque se trata de una cuestión difícil de resolver, puede llegarse a conocer el sentido que habría tenido la decisión de la gestante a través de indicios previos o de un juicio de probabilidad. Aplicado a este caso, se trataría de afirmar que los hechos muestran

claramente que doña Patricia se habría sometido a la interrupción del embarazo, puesto que así lo había manifestado, y puesto que ya se había sometido a diversas pruebas de diagnóstico prenatal (entre ellas, una amniocentesis) y la que faltaba por prescribir no suponía riesgo ni para la madre ni para el feto.

3. Que es una cuestión irrelevante. En otras palabras, supondría afirmar que da igual qué habría hecho doña Patricia, de haber podido decidir sobre ello, pues no es lo que se está discutiendo.

Las dos primeras respuestas, de sentido opuesto, pueden encontrarse, de hecho, en la jurisprudencia española. Así, dentro de la primera posición se encuentran las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1999, de 7 de junio de 2002 y de 6 de julio de 2007 (si bien esta última, con matices, pues al hablar el Tribunal Supremo de un curso causal incierto no menciona la hipotética decisión de la gestante entre los posibles factores que contribuyen a ello, sino que son otros factores los que convierten en incierto al curso causal más allá del momento de la privación de información a la gestante). Por el contrario, la segunda opción ha sido asumida por las sentencias, igualmente de la Sala 1ª, de 6 de junio de 1997, 21 de diciembre de 2005 y, con cita de esta segunda, las de 19 de junio de 2007 y la aquí comentada.

Con ello, los magistrados del Tribunal Supremo están reproduciendo a nivel jurisprudencial el debate doctrinal que se ha entablado en torno a esta misma cuestión. De hecho, como exponente de la primera opción, ha de mencionarse a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que considera que, pese a la gravedad de las lesiones que experimenta el niño, no se puede afirmar con seguridad qué habría decidido la madre, pues ni siquiera ésta puede saber a ciencia cierta qué es lo que habría hecho, dado que su situación *a posteriori* no es la misma que la que habría tenido en el momento de la decisión¹³. Como exponente de la segunda opción, puede citarse, fundamentalmente, a DE ÁNGEL YÁGÜEZ, quien sugiere acudir en estos casos al juego de las presunciones –a partir de los hechos e indicios presentes en el caso–, o de la probabilidad¹⁴, ya que el mero hecho de que la gestante hubiera acudido al diagnóstico prenatal es suficientemente revelador de una voluntad contraria al nacimiento de un niño enfermo¹⁵. Complementando –con ciertos matices– esta segunda

¹³ “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”, *CCJC*, 2002, mg. 1614, p. 864): “Únicamente quien se encuentra en el trance de tal decisión sabe finalmente cuál va a ser su opción, precisamente en el momento en que la asume, con mayor o menor grado de conciencia”.

¹⁴ Desde un punto de vista dogmático, parece más apropiado hablar aquí de probabilidad que del juego de las presunciones, ya que lo que se trata de acreditar a partir de un hecho probado es un hecho que no se ha llegado a producir –hipotético–, no un hecho ya producido respecto del que no se puede probar un enlace causal. La prueba por presunciones es aceptada en nuestro ordenamiento como una vía que facilita la prueba de hechos, no de meras hipótesis. Ver al respecto mi monografía, ya citada, pp. 473-474.

¹⁵ Esta reflexión de R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, recogida, por ejemplo, en “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte II”, *Rev. Der. Gen. H.*, 1996, nº 5, pp. 147 y 151 y “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de *wrongful birth*. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”, *Rev. Der. Gen. H.*, 2002 (17), p. 198), es compartida por EMALDI CIRIÓN, A. (“La responsabilidad”,

respuesta al interrogante planteado, una variante del estudio del curso causal en estos casos es la que ofrecen las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 3^a) de 30 de junio de 2006 y de 16 de octubre de 2007, que, sobre la idea de los cursos causales no verificables –o más propiamente, el criterio de imputación objetiva de la conducta alternativa conforme a derecho, o comportamiento alternativo lícito–, consideran que es el facultativo el que ha de alegar y –sobre todo– probar que, de haber sido correcto el diagnóstico, la decisión de la gestante hubiese sido distinta. De hecho, este argumento ha servido a MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU para criticar el fallo de la sentencia de 7 de junio de 2002, puesto que no aplicó correctamente la carga de la prueba que deriva de esta teoría¹⁶.

Sin embargo, la tercera de las respuestas que se han apuntado anteriormente no se encuentra generalmente ni entre la doctrina ni entre la jurisprudencia y, sin embargo, es la que realmente corresponde dar en supuestos, como el presente, en que el daño reclamado por los progenitores se identifica –aunque sea inadecuadamente, como se ha dicho– con la privación a la gestante de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo. Y es que, si tal es el daño reclamado, resulta irrelevante desde el punto de vista causal qué habría hecho la gestante de haber dispuesto de la opción, puesto que el daño se sitúa en un momento causal anterior a aquél en el que se encuentra la incertidumbre o la hipótesis. Dicho de otra forma, de cara al requisito de la relación de causalidad, en estos supuestos lo relevante es poder afirmar que el comportamiento del profesional sanitario es la causa de la privación a la gestante de su facultad de interrumpir el embarazo, no en qué sentido habría ejercitado ésta, posteriormente, dicha facultad. Esta cuestión, si acaso, será relevante cuando el daño reclamado se asocie a un evento posterior al nacimiento, como los gastos derivados del niño enfermo o el daño moral de los progenitores por la contemplación de su hijo enfermo, daños respecto de los que sí puede tener interés determinar si el hecho del nacimiento es causa necesaria o no de la privación de información a la gestante¹⁷, pero no respecto de lo que ocurre antes de esa decisión. Por tanto, no es que, como afirma el Tribunal Supremo,

op. cit., p. 1608 y *El consejo...*, *op. cit.*, p. 256), GALÁN CORTÉS, J.C. (“La acción de *wrongful birth* en nuestra jurisprudencia”, *Rev. Esp. Med. Leg.*, 1998, XXII (84-85), p. 13) y GARRIGA GORINA, M. (“Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS, 1^a, 7.6.2002”, *www.indret.com*, 03/2003, p. 8). De todas formas, R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ no se conforma con los meros indicios, sino que exige también una declaración de la gestante –una toma de posición– respecto a su intención de haber abortado. Concretamente, dice: “Considero que es imprescindible que declare que lo habría hecho [...] Lo delicado de los aspectos que aquí están en juego exige que por parte de esa madre exista, por lo menos, el compromiso moral que supone tomar posición ante el aborto y responsabilizarse de ella” (“La tercera...”, *op. cit.*, p. 191).

Frente a ellos, sin embargo, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. (*op. cit.*, p. 1705) critica la necesidad de este compromiso moral suplementario, puesto que se trata de un elemento innecesario y ajeno al juicio de responsabilidad y, que, por otro lado, queda demostrado ya suficientemente con la interposición de la demanda. De hecho, en general, el valor de este tipo de declaraciones está puesto en duda (*vid. mi monografía*, ya citada, pp. 474-476).

¹⁶ “Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002”, *CCJC*, 2002, mg. 1627, pp. 1113-1114.

¹⁷ Aun así, incluso en relación al nexo causal respecto de los daños asociados a eventos posteriores al nacimiento, el debate en torno a la hipotética decisión de la gestante es poco satisfactorio como argumento para afirmar o negar la relación de causalidad, precisamente por basarse en argumentos relacionados con hipótesis. Por ello, considero más adecuado un enfoque distinto del enlace causal en estos casos, basado en la

estemos ante “un debate estéril”, sino que traer aquí este debate es enturbiar innecesariamente la cuestión.

Esto supone que, para analizar concretamente el elemento de la relación de causalidad de este caso y resolver sobre el motivo planteado en el recurso de casación, la sentencia aquí comentada debería haber profundizado algo más y haber examinado en qué medida el comportamiento del médico demandado causó a la gestante el daño reclamado. Es más, si lo hubiera hecho así, el resultado del recurso habría sido distinto, dado lo que se ha indicado en el apartado anterior acerca de la relevancia del comportamiento omisivo de don Gonzalo respecto de los hechos. Según lo expuesto, la falta de prescripción de la ecografía morfológica durante el seguimiento del embarazo de doña Patricia únicamente tuvo como consecuencia la privación a ésta de la posibilidad de haber conocido –si acaso– la información que le habría habilitado para ejercitar la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, pero no tuvo como consecuencia, directamente, la privación a la gestante de esta facultad, como afirma el Tribunal Supremo.

Por tanto, no hay un enlace directo entre el comportamiento del demandado y el daño reclamado. Para llegar a ese resultado que pretendía la sentencia, el Tribunal Supremo, quizá, podría haber aplicado a este caso la teoría de la pérdida de la oportunidad y haber argumentado que el comportamiento del médico privó a doña Patricia de la oportunidad de conocer la información que le habría permitido –en caso de ser positiva– hacer uso de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo¹⁸; oportunidad que se apoya en un hecho incierto o aleatorio¹⁹ (que la prueba, de practicarse, habría podido mostrar el estado enfermo del embrión o feto, lo cual, como hemos señalado, depende de diversos factores cuya presencia o no es una cuestión de suerte o de circunstancias ajenas por completo a la voluntad de la gestante) y que permite estimar la pretensión de la gestante, aunque con el matiz señalado: el daño no sería la privación de la facultad de aborto, sino la pérdida de la oportunidad de haber podido acceder al ejercicio de dicha facultad.

interpretación fáctica y jurídica de los hechos en relación a la regulación en nuestro ordenamiento de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo. Véase al respecto mi monografía, pp. 501-504 y 506-511.

¹⁸ De hecho, algo así apuntaba DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (*op. cit.*, p. 1707), en relación al caso de la STS (Sala 1ª) de 6 de junio de 1997, en que el problema planteado era que no se informó a la gestante del fracaso de la amniocentesis que se le había practicado, por lo que no pudo ésta repetir la prueba.

¹⁹ Esta matización es relevante, desde el momento en que, en el estudio de las acciones de *wrongful birth*, se ha rechazado acertadamente la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad para afirmar el daño, identificado éste con la oportunidad de haber evitado el nacimiento de un niño discapacitado y, con ello, los gastos patrimoniales extraordinarios y los daños morales que van unidos a él. El rechazo viene justificado, según indica MARTÍN CASALS, M. (*op. cit.*, pp. 200-202), en que no existe una verdadera oportunidad perdida respecto del nacimiento y los gastos consiguientes, al residir la decisión del aborto en la madre y no en un evento aleatorio. De hecho, la evitación o no de los gastos que se califican de oportunidad perdida no habría dependido del azar sino, en última instancia, de lo que la madre habría decidido de haber podido hacerlo, por lo que falla el requisito de la aleatoriedad, uno de los presupuestos principales de la teoría de la pérdida de la oportunidad.

Ahora bien, como resulta patente, esta estructura, aunque dogmáticamente correcta, únicamente trasladaría la dificultad a otro campo: el de la valoración de este daño. Quizá por este motivo, el Tribunal Supremo ha decidido no complicar el análisis del caso y dejar las cosas como venían ya de la sentencia de instancia. Aunque, como se ha indicado, esta decisión es criticable, puede ser positiva desde un punto de vista pragmático; otra cosa es si es el pragmatismo lo que ha de guiar al Tribunal Supremo.

4. La conducta negligente del médico y su incidencia sobre la responsabilidad reclamada

A diferencia de lo que ocurre con la relación de causalidad, el juicio del Tribunal Supremo respecto del elemento de la culpa o negligencia no merece ningún reproche, pues incide en los elementos que han de ser tenidos especialmente en cuenta en este tipo de supuestos de *wrongful birth*. Veamos, para acabar con este comentario, en qué se apoya esta afirmación y dónde está el mérito del razonamiento de la sentencia en este punto.

El *quid* de la cuestión en el presente caso es si fue o no diligente la conducta de don Gonzalo consistente en que, pese a los antecedentes con que le llegó la paciente (nivel anormal de AEP), no prescribió someterla a una ecografía morfológica. El médico alega en el recurso de casación que su conducta fue diligente, puesto que no examinó la ecografía morfológica hasta pasado el plazo para el aborto y puesto que la probabilidad de apreciación de defectos como los que padeció el hijo de doña Patricia a través de ecografías morfológicas sólo es del 18 %. Con ello, el motivo del recurso de casación se desvía ligeramente de la cuestión, que el Tribunal Supremo reconduce a su justa medida con la relación de los hechos probados en la sentencia de la Audiencia Provincial y con la definición de qué se ha de entender por el parámetro de la *lex artis ad hoc*.

Efectivamente, lo relevante para este caso no es cuándo examinó, de hecho, don Gonzalo el resultado de la ecografía morfológica, sino si pudo haberlo examinado anteriormente por haber debido prescribirle antes la mencionada prueba. Es cierto que el plazo legalmente fijado para el ejercicio de la interrupción voluntaria del embarazo (las primeras 22 semanas de gestación) es muy importante en este tipo de reclamaciones de responsabilidad por *wrongful birth*, pues fija el límite temporal a partir del cual la posible negligencia de los profesionales sanitarios en el seguimiento del embarazo ya no se encuadra en el contexto aquí planteado. En otras palabras, difícilmente se puede reclamar el daño derivado de la privación a la gestante de la facultad de interrupción del embarazo, cuando el comportamiento negligente del médico se desarrolla en un momento en el que tal facultad ya no existe. En ese otro contexto, la demanda de responsabilidad que, en su caso, interpongan los progenitores como derivada de estas posibles negligencias posteriores tendrá que ir asociada, pues, a la reclamación de otro tipo de daños (*v. gr.*, el daño moral por la falta de

preparación psicológica de los progenitores)²⁰. Sin embargo, ésta no es la cuestión en este caso. Por el contrario, lo que se plantea aquí es que, de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, el médico demandado debía haber prescrito anteriormente la mencionada prueba y que, *de facto*, pudo haberlo hecho con anterioridad al transcurso del plazo legalmente fijado para la interrupción voluntaria del embarazo en el caso del motivo embriopático. Ambos verbos, “deber” y “poder”, permiten hacer una serie de observaciones que explican algunas de las afirmaciones que realiza el Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial.

Por lo que respecta a lo que “debió” haber hecho el médico, el parámetro para determinararlo es el de la *lex artis ad hoc*; es decir, según la sentencia, “lo que dicta la ciencia médica adecuada a una buena praxis”, lo cual depende de “las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, según su naturaleza y circunstancias”. En el contexto del seguimiento de un embarazo y del diagnóstico prenatal, esto no supone afirmar que sólo sea diligente el diagnóstico que refleja el verdadero estado del embrión o feto; la buena praxis no es sinónimo de diagnóstico “real” o “certero”. De hecho, debido a la existencia de límites en el conocimiento médico y científico –por desgracia, hay que aceptar que la ciencia médica no es omnisciente–, actualmente no se puede afirmar que, con los saberes existentes, sea posible detectar todo defecto o enfermedad que padezca el embrión o feto (piénsese, por ejemplo, en las enfermedades de tipo mental, como la esquizofrenia o el autismo, respecto de las que no se conoce de momento prueba alguna que las detecte en la mayor parte de los casos). Por tanto, el hecho de un “falso diagnóstico” o un “diagnóstico erróneo”, calificado como tal por comparación con la verdadera situación del *nasciturus*, no tiene por qué responder a un comportamiento negligente del médico.

Por otra parte, esta definición de lo que es la *lex artis ad hoc* tampoco supone afirmar que a cualquier embarazada se le hayan de practicar todo tipo de pruebas de diagnóstico, pues ello no solamente no sería posible (dado lo limitado de los recursos médicos, que obligan en ocasiones a los profesionales médicos a establecer criterios para seleccionar a qué pacientes aplicarlos²¹), sino que tampoco sería necesario ni razonable (en la mayor parte de las ocasiones, allí donde no concurre uno de los indicios de riesgo que sirve de parámetro médico para aconsejar la práctica de pruebas avanzadas, no existe realmente un mal, problema de salud o enfermedad). Por ello, únicamente han de prescribirse las pruebas

²⁰ Este tipo de demandas, se han planteado en ocasiones, especialmente en algunos ordenamientos, como el italiano, donde no está contemplado el supuesto embriopático dentro de los motivos o indicaciones del aborto (ver al respecto, por ejemplo, la sentencia del *Tribunale di Perugia* de 7 de septiembre de 1998, que concedió una indemnización por la falta de preparación psicológica de los progenitores que habían recibido una información errónea durante el embarazo sobre el estado de salud del niño que habían concebido). Esto excluye la posibilidad de plantear una demanda de responsabilidad por *wrongful birth* por una negligencia en el diagnóstico prenatal, del mismo modo que lo impide el caso de que el defecto del embrión o feto sólo fuera detectable más allá de la vigésimo segunda semana del embarazo, o el caso general de que la negligencia se produzca tras dicho plazo.

²¹ Respecto de los recursos económicos, su escasez y la incidencia sobre la *lex artis ad hoc*, véase mi monografía, ya citada, pp. 280-285.

que sean necesarias, según las circunstancias de cada embarazo. Esto viene determinado por la presencia en el mismo de determinados indicios que, por así decirlo, aportan pistas a los médicos de que existe alguna posible anomalía en el curso del embarazo y que obligan a éstos a intensificar el seguimiento del mismo²².

En este sentido, aunque en el caso de la sentencia aquí comentada no se califica inicialmente el embarazo como “de riesgo” (pues nada se dice respecto de la edad de la gestante o posibles antecedentes que obliguen a tal calificación), sí es cierto que, en un momento temprano, surgen ciertos datos que hacen saltar las sospechas de posibles anomalías en el proceso de gestación, quedando por ello plenamente justificada la frase del Tribunal Supremo en que indica que “el embarazo, aun no siendo de riesgo, presentaba en sus inicios datos patológicos que requerían un particular control y aconsejaban una serie de pruebas para descartar alteraciones tanto cromosómicas como morfológicas”. Según el informe pericial que se menciona en la sentencia de la Audiencia Provincial, de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, entre estas pruebas estaba la ecografía morfológica. En tanto que don Gonzalo no prescribió tal prueba, su conducta fue negligente.

Ahora bien, para alcanzar esta conclusión es cierto que no basta con afirmar que don Gonzalo “debió” hacerlo, sino que ha de completarse con si “pudo” hacerlo. Dicho de otra forma, para valorar la diligencia del médico, no sólo se ha de tener en cuenta los dictados de la ciencia médica en relación con las circunstancias del paciente, sino que también se han de poner en conexión con el tiempo y el lugar en los que desarrolla el profesional médico (art. 1104 CC). Por tanto, aunque, como dice el dictamen pericial, un elevado nivel de AFP sea indicativo de la necesidad de practicar otras pruebas, como la amniocentesis y la ecografía morfológica, difícilmente podría considerarse negligente, por ejemplo, la conducta del profesional de un país en que no existe instrumental técnico para realizar esa prueba ni profesionales que sepan interpretarla. Del mismo modo, tampoco sería negligente la conducta del médico en ese mismo supuesto si, en el momento en que comienza a prestar atención al paciente, ya no hay tiempo suficiente para realizar las pruebas necesarias²³. No obstante, ninguno de estos condicionantes concurrían en el presente caso, donde se da por

²² A modo de resumen, pueden mencionarse como indicios relevantes la elevada edad de la gestante, los antecedentes familiares de descendientes o parientes afectados por enfermedades, afecciones maternas durante el embarazo, origen racial relevante, evolución obstétrica desfavorable, historial de abortos espontáneos y exposición a agentes teratogénos (hormonas, agentes químicos o farmacológicos, enfermedades infecciosas y radiación). Para mayores referencias sobre los indicios o factores de riesgo, ver EMALDI CIRIÓN, A. (*El consejo...*, *op. cit.*, pp. 46-49), así como DE LA FUENTE, P. y BAJO, J.M. (“Asistencia del embarazo. Diagnóstico prenatal”, en *Tratado de obstetricia y ginecología*, Vol. I, Usandizaga Beguiristáin y Fuente Pérez (Dir.), McGraw Hill Interamericana, Madrid, 1997, pp. 167-169).

²³ Por ejemplo, la prueba de amniocentesis necesita de un cierto tiempo para obtener los resultados, lo que puede llevar a que no pueda llevarse a cabo a tiempo de conocer el resultado con anterioridad a la 22ª semana de embarazo, si el médico inicia el seguimiento de la gestante poco antes de ese plazo. Esto, por ejemplo, se puede apreciar en la STS (Sala 1ª) de 18 de mayo de 2006, en que, habiendo fracasado la amniocentesis practicada, se conoce este resultado cuando ya no hay tiempo para repetir la prueba y obtener el resultado con anterioridad al transcurso del plazo fijado para la interrupción voluntaria del embarazo.

supuesto que no existían condicionantes relacionados con el lugar (los hechos se producen en Cataluña) y donde se indica expresamente que, desde que intervino don Gonzalo en el proceso de atención a la gestante, hubo tiempo suficiente para llevar a cabo la prueba que resultaba necesaria de acuerdo con los indicios presentes en el caso y la *lex artis*.

Por ello, resulta plenamente justificada la conclusión del Tribunal Supremo en este punto, afirmando la existencia de la negligencia en la conducta del demandado: “no fue adecuada la toma de decisiones clínicas, basadas en un diagnóstico previo, y ello impidió adoptar el tratamiento adaptado a la evolución de la paciente dentro de esas pautas de la *lex artis*”. Concurría, por tanto, un comportamiento culpable que justificaba, al menos, la imputación subjetiva de responsabilidad a don Gonzalo.