

InDret

Anticoncepcions fallides i fills no previstos

Miquel Martín Casals
Facultat de Dret
Universitat de Girona

Josep Solé Feliu
Facultat de Dret
Universitat de Girona

Girona, Juliol de 2001

www.indret.com

Sumari

- [Algunes xifres](#)
- [Distinció entre les anticoncepcions fallides i altres supòsits](#)
- [Els casos d'anticoncepcions fallides resolts pel Tribunal Suprem espanyol](#)
- [Aspectes problemàtics de la responsabilitat en els casos d'anticoncepcions fallides](#)
 1. [Causalitat](#)
 2. [Negativa a avortar i deure de mitigar el dany](#)
 3. [Indemnització del dany](#)
 - 3.1. [L'existència d'un fill sa no constitueix, en sí mateix, un dany indemnitzable](#)
 - 3.2. [La indemnització dels danys patrimonials](#)
 - a. [El dany emergent i el lucre cessant](#)
 - b. [Els aliments deguts al fill com a dany indemnitzable](#)
 - 3.3. [La indemnització del dany moral](#)
- [La lesió de la llibertat de procrear com a dany: una via adequada](#)
- [Sentències del Tribunal Suprem sobre vasectomies](#)
- [Sentències del Tribunal Suprem sobre lligaments de trompes i DIU](#)
- [Sentències de la República Federal d'Alemanya](#)
- [Sentències del Regne Unit de la Gran Bretanya](#)
- [Sentència dels Estats Units](#)
- [Bibliografia](#)

- **Algunes xifres**

Segons dades presentades al LXV Congreso Nacional de Urología, celebrat a Madrid el maig de 2000, la sanitat pública espanyola practica unes 70.000 vasectomies cada any (<http://www.entornosocial.es/sociosanitaria/so330801.html>). Tot i que no s'ha pogut trobar xifres globals, l'anticonceptiu femení preferit per les dones espanyoles entre 40 i 49 anys és el lligament de trompes amb un percentatge de l'11,4-11,5%, seguit del DIU, que és preferit pel 7,1 a 7,4%, i dels anticonceptius orals (3,7% en les dones d'entre 40-44 anys, i 1,9 en les de 45-49 anys). A mesura que disminueix l'edat la preferència pels mecanismes anticonceptius més estables o definitius perd pes. Així, entre les dones de 35 a 39 anys el DIU és l'anticonceptiu dominant, amb un percentatge de l'11,4%, mentre que només el 9,9% opta pel lligament de trompes. En dones de 20 a 34 anys el DIU ocupa percentatges més baixos: 6,8% (entre els 30 i els 34 anys), el 4,3% (entre els 25 i els 29 anys) i el 1,4% (en dones entre 20-24 anys). Més baixos encara són els percentatges de lligaments de trompes, que oscil·len entre el 4,0% entre dones de 30 a 34 anys i el 0,3-0,4% entre les de 20 a 29 anys (http://www.msc.es/salud/epidemiologia/materno_infantil/tablas_figuras.htm).

La importància que al nostre país tenen aquests mètodes anticonceptius més definitius no és gens menyspreable si hom té present que als Estats Units d'Amèrica, cada any uns 500.000 homes es sotmeten a vasectomia (segons dades del *Journal of the American Medical Association*: <http://www.ama-assn.org/special/contra/support/ppfa/vasectom.htm>: data de consulta, 5.02.2001). En el cas d'esterilitzacions femenines, hom estima que als Estats Units es practiquen uns 650.000 lligaments de trompes anuals (<http://www.vmmc.com/dbFertility/sec2404.htm>: data de consulta, 5.02.2001). En termes absoluts, això significa —segons dades de 1995— que entorn del 26% de dones casades entre 15 i 44 anys opta per a sotmetre's a un lligament de trompes, mentre que en el 12% de casos és el marit qui es sotmet a una vasectomia. El *National Center for Health Statistics*, del U.S. Department of Health and Human Services, amb el títol *Surgical Sterilization in the United States: Prevalence and Characteristics, 1965-95* (http://www.cdc.gov/nchs/data/sr23_20.pdf) ofereix encara més dades.

- **Distinció entre les anticoncepcions fallides i altres supòsits**

Tot i que segons la ciència mèdica cap mètode anticonceptiu és totalment segur, a vegades el seu fracàs —que origina el naixement d'un fill sa però no previst— pot ser imputat a la negligència mèdica o a un defecte del propi mecanisme de contracepció. Això fa néixer demandes que interposen els progenitors pels danys causats com a conseqüència de la concepció no volguda d'un fill sa causada per la fallida de les mesures anticonceptives adoptades. En el dret angloamericà aquests supòsits es coneixen amb el nom de *wrongful conception*, encara que últimament cert sector de la

doctrina prefereix parlar de *unwanted pregnancy* o de *birth of an unwanted child*, amb l'argument que “*there is nothing wrongful about the conception or birth*” (John Seymour, 2000, p. 75).

En aquest estudi emprarem l'expressió anticoncepcions fallides perquè —en coherència amb la posició que es sosté més endavant— allunya el centre d'atenció de la concepció o naixement del fill i es concentra més en l'interès autènticament lesionat: la llibertat de procrear.

Els supòsits d'anticoncepcions fallides coneguts per la jurisprudència espanyola es poden agrupar en dues grans categories:

- (1) Operacions d'esterilització (vasectomies o lligaments de trompes) negligentment practicades o practicades de forma correcta en què s'omet l'oportuna informació relativa a les seves conseqüències.
- (2) Col·locació negligent d'un mecanisme anticonceptiu intrauterí (DIU), o posta en circulació o comercialització d'un mecanisme anticonceptiu ineficaç, que no impedeixen l'embaràs.

Els autors angloamericans acostumen a parlar encara d'una tercera categoria relativa a intervencions d'interrupció de l'embaràs fallides que no impedeixen la continuació d'aquest. Aquí hem preferit deixar de banda aquesta categoria, no només perquè encara no s'ha dictat cap sentència espanyola al respecte, sinó especialment perquè, en entrar en joc la facultat d'avortar, el supòsit es troba a mig camí entre els casos d'anticoncepcions fallides (*wrongful conception*) i els coneguts amb els noms de *wrongful birth* i *wrongful life*.

És ben sabut que els supòsits de *wrongful birth* i *wrongful life* es refereixen a naixements de fills amb malformacions no causades per una negligència mèdica. En ambdós casos, en no informar el metge en temps oportú a la mare de la malformació, aquesta no ha pogut decidir si volia interrompre o no legalment l'embaràs.

Quan l'acció l'exercita la mare hom parla de *wrongful birth*, i en la mesura que la reclamació es centra en la pèrdua de la possibilitat de decidir entorn d'aquella interrupció, el metge només respondrà si l'avortament hagués estat legalment possible. El dany es vincula aleshores a la lesió de la dignitat i el lliure desenvolupament de la personalitat de la mare (art. 10 CE), és a dir, a aquells principis constitucionals que justifiquen la despenalització de l'avortament per causes eugenèsiques.

Si, al contrari, l'acció l'exercita el propi fill (o els pares en nom seu), es parla de *wrongful life*, i la reclamació es basa en el fet que, si el metge hagués informat als pares

de forma oportuna, tal vegada ell no hauria nascut ni experimentaria aleshores el dany moral causat pel patiment de veure's en la situació en què es troba (per tots, Dobbs, 2000, p. 792).

Recentment, el Tribunal Suprem espanyol en la STS 11.5.2001 [La Ley n. 5323, martes 5 de junio de 2001, FD 6] ha fet pròpies al peu de la lletra les anteriors distincions entre *wrongful conception*, *wrongful birth* i *wrongful life*.

• ***Els casos d'anticoncepcions fallides resoltos pel Tribunal Suprem espanyol***

Un primer grup de supòsits resoltos pel Tribunal Suprem es refereix a operacions d'esterilització que no impedeixen concebre un fill sa però no previst.

La major part de sentències relatives a vasectomies rebutgen indemnitzar als pares perquè no s'ha provat que el metge que va practicar l'operació hagués actuat de forma negligent. En elles, o bé la concepció fou conseqüència d'una recanalització espontània sobre la qual el metge ja havia informat, o bé fou deguda al fet que el propi pacient no va respectar les recomanacions del metge sobre la necessitat d'adoptar mesures preventives durant les setmanes següents a la intervenció. Així, les SSTS, 1ª, 31.1.1996 (Ar. 546), 11.2.1997 (Ar. 940), 2.11.2000 (Ar. 9206); 3ª, 3.10.2000 (Ar. 7799). Només es va concedir indemnització en la STS, 1ª, 25.4.1994 (Ar. 3073). El cas es referia a una vasectomia correctament practicada, en la que el metge incomplí el deure d'informar sobre les possibilitats de recanalització espontània. El pacient no va adoptar mecanismes anticonceptius addicionals i mesos després de l'operació la seva esposa va concebre bessons. La sentència de l'Audiència Provincial havia atorgat una indemnització de 9.000.000 ptes. en concepte de danys morals i materials i rebutjat la indemnització dels aliments deguts als fills. El TS va confirmar aquesta quantia, però va precisar que s'atorgava, no "como indemnización por daños morales, sino como ayuda a la alimentación y crianza de los mismos [de los hijos no previstos]".

Entre les sentències de les Audiències Provincials relatives a vasectomies fallides, concedeixen indemnització també, per infracció del deure d'informar sobre la possibilitat de fracàs de l'operació, les SAP Barcelona 30.7.1990 (RJC 1990/4), 5.000.000 ptes.; SAP Badajoz 22.4.1991 (La Ley 1991-3), 9.000.000 ptes.; SAP Valladolid 12.2.1994 (AC 1994\361), 9.000.000 ptes.; SAP Leon 17.6.1994 (AC 1994\999), 9.556.997 ptes.; SAP Balears 21.1.1997 (AC 1997\136), 5.000.000 ptes.; SAP Álava 18.5.1998 (AC 1998\5514), 5.000.000 ptes.; SAP Alicante 9.7.1999 (Colex Data 99PC1796), 7.300.000 ptes.; SAP Valencia 18.1.2000 (AC 2000\2904), pensió mensual de 50.000 ptes. fins la majoria d'edat de la nascuda.

També pertanyen a aquest primer grup, les sentències relatives a lligaments de trompes que no impedeixen concebre un fill. En alguna d'elles el Tribunal Suprem ha

rebutjat la indemnització en considerar que el metge havia practicat correctament l'operació i havia informat a la pacient sobre el risc de fracàs (STS 27.6.1997, Ar. 5758). Es tracta de la mateixa solució a què arriben algunes sentències de tribunals inferiors, com la STSJ Catalunya 9.11.1993 (AS 1993\4887); STSJ Cantabria 11.7.1997 (AS 1997\2424); SAP Valencia 23.10.1996 (AC 1996\1844); SAP Madrid 14.9.1998 (RGD n° 656, mayo 1999, p. 6369); SAP Barcelona 7.3.2000 (AC 2000\902)

En altres casos, en canvi, el Tribunal Suprem reconeix que la pràctica negligent del lligament de trompes va motivar la fallada en l'esterilització. Així, en la STS 10.10.1995 (Ar. 7403) el lligament de trompes practicat de forma negligent no va impedir que la pacient concebés una filla, que va néixer amb malformacions i va morir mesos després. El Jutjat de Primera Instància i l'Audiència Provincial admeteren la demanda i condemnaren al metge i a l'Insalud a pagar una indemnització de 15.000.000 ptes. No obstant, el TS va rebutjar el recurs de cassació interposat pel metge. Segons el TS, no eren imputables al professional sanitari que va practicar el lligament els danys derivats de la malaltia de la nena, sinó només els resultants de la concepció no volguda. No obstant, en aplicar el termini de prescripció d'un any de l'acció per a exigir responsabilitat extracontractual (ex art.1968.2 CC), va entendre que el còmput del termini començava el dia del naixement i que tant en el moment en què es portà a terme la reclamació administrativa enfront de l'Insalud com en el que es va interposar la demanda civil l'acció ja havia prescrit.

En una altra sentència, la STS 5.6.1998 (Ar. 4275), el metge únicament va lligar la trompa dreta de la pacient en creure que l'ovari esquerre li havia estat extirpat en una operació anterior quan en realitat només se li havia extirpat parcialment. Després de la intervenció, la pacient va concebre dues filles bessones. La sentència de primera instància va condemnar al metge a pagar una indemnització de 15.000.000 ptes. La sentència de l'Audiència Provincial va acollir el recurs d'apel·lació interposat pel metge i el va absoldre. El TS va acollir el recurs de cassació que interposà l'actora i va condemnar al metge a pagar una indemnització de 8.000.000 ptes. pels danys patrimonials causats als progenitors en tenir aquests que fer front a majors despeses i deixar d'obtenir ingressos degut a la suspensió del treball durant l'embaràs i part.

Per últim, la STS 11.5.2001 [La Ley n. 5323, martes 5 de junio de 2001], relativa a una vasectomia correctament practicada a un pacient, amb adequat compliment del deure d'informar sobre les característiques i riscos de la intervenció. Els espermiogrames posteriors donaren resultat negatiu, malgrat la qual cosa l'esposa va concebre un fill. El pacient i la seva esposa varen demandar a la doctora que practicà la vasectomia, però la demanda fou desestimada en totes les instàncies, inclòs el Tribunal Suprem. Es va considerar que l'embaràs es produí perquè, no obstant les advertències de la doctora, el pacient va mantenir relacions sexuals amb la seva esposa durant el postoperatori sense adoptar les mesures de prevenció necessàries.

Entre les sentències de les Audiències Provincials, algunes condemnen al metge que practicà correctament el lligament de trompes però no va informar sobre les possibilitats de fracàs de la intervenció: (SAP Barcelona 20.9.1999, AC 1999\1973, 4.000.000 ptes.), mentre que d'altres el condemnen directament com a conseqüència de la pràctica negligent de l'operació, com en la SAP Barcelona 20.12.1999, AC 1999\8489, 10.000.000 ptes., en què l'esterilització s'havia practicat de forma incompleta sobre la trompa dreta però deixant intacta l'esquerra.

Un segon grup de supòsits es refereix a la col·locació negligent o a la posta en circulació d'un mecanisme anticonceptiu ineficaç que no impedeix l'embaràs. En la STS 24.9.1999 (Ar. 7272) el personal mèdic del Centro de Planificación Familiar de Gandía havia implantat a la demandant un DIU defectuós que, com a conseqüència de la seva ineficàcia no va impedir concebre un fill. La pacient va demandar a l'empresa fabricant de l'anticonceptiu i a la Diputació de València de qui era dependent el Centro de Planificación Familiar. El Jutjat de Primera Instància va condemnar al fabricant. L'Audiència Provincial de València va condemnar solidàriament al fabricant i a la Diputació Provincial a pagar una indemnització de 2.000.000 ptes. pels danys morals i materials patits per la demandant. El TS va rebutjar el recurs de cassació interposat per la Diputació i va confirmar la sentència d'apel·lació.

- ***Aspectes problemàtics de la responsabilitat en els casos d'anticoncepcions fallides***

1. Causalitat

La determinació del nexa de causalitat no planteja problemes extraordinaris en els casos en què la fallida de l'operació d'esterilització (vasectomia o lligament de trompes) es deu a una negligència mèdica en la pràctica de la intervenció. En tots aquests casos, la pràctica diligent de l'esterilització hauria impedit amb tota probabilitat l'embaràs, ja que —segons es diu— el percentatge de fracassos no sol superar l'1%.

En aquesta qüestió, tanmateix, les dades que es troben són contradictòries. En el cas de vasectomies, els tribunals espanyols solen parlar d'un índex de fallades per recanalització espontània d'entre el 0,4% i el 1% (p. ex. STS 25.4. 1994 (Ar. 3073); SAP Barcelona 12.6.1989 (RGD 1990, p. 8284). Alguna altra sentència, en canvi, parla d'un "0,36% de fracàs de recanalització precoç i 0,03% de recanalització tardana" (SAP Jaén 7.6.1996, AC 1996\1082. No obstant, la literatura especialitzada parla d'un percentatge encara menor: 0,02 (Trevor P. Dutt / Margaret Matthews, 2000, p. 139).

En el cas de lligaments de trompes, la jurisprudència espanyola parla d'una possibilitat de fracàs d'entre un 0,1 a un 0,3% (concretament, la STS 27.6.1997 (Ar. 5758) parla d'un

1 a un 2 por 1000). Altres sentències parlen d'un 0,5% (STSJ Catalunya 9.11.1993, AS 1993\4887), o del 0,4% (STSJ Cantàbria 11.7.1997, AS 1997\2424). En la literatura especialitzada es parla d'una ratio de fracàs del 0,1 (Dutt / Matthews, 2000, p. 139).

Tampoc plantegen grans dubtes les fallades de mecanismes anticonceptius intrauterins (DIU) perquè, amb l'excepció d'un 1,5 de casos (Dutt / Matthews, 2000, p. 139), també haurien hagut d'impedir la concepció si no haguessin estat defectuosos o no s'haguessin col·locat negligentment.

No obstant, com el lector d' InDret ja haurà pogut comprovar en la breu descripció de les constel·lacions de casos resolts pel Tribunal Suprem, els supòsits de pràctica negligent de l'operació o col·locació del mecanisme anticonceptiu no solen ser els més freqüents en la jurisprudència. Al contrari, el grup de supòsits més nombrós tractat pels tribunals espanyols es refereix precisament a aquells casos en que aquesta actuació ha estat diligent però s'ha infringit el deure d'informar. Per aquesta raó, el problema causal s'ha de reconduir a l'àmbit de la infracció d'aquest deure, bé perquè no s'ha informat al pacient del risc de fracàs de l'esterilització, de la necessitat d'adoptar després de l'operació les mesures de precaució necessàries per a evitar l'embaràs, o bé sobre la necessitat de sotmetre's a determinades anàlisis que confirmin la seva esterilitat. Així, el comportament negligent del metge es trobarà vinculat causalment amb el dany sempre que la falta d'informació o d'una informació adequada als pares els hagi privat de la possibilitat d'adoptar les mesures necessàries per a no engendrar el fill.

2. Negativa a avortar i deure de mitigar el dany

Per bé que s'ha de reconèixer que alguns tribunals nord-americans han especulat amb la idea que la negativa de la mare a avortar —una vegada conegut l'embaràs— pogués donar lloc a una infracció del deure de mitigar el dany, en la pràctica aquesta solució no sembla haver-se aplicat mai (així, Dobbs, 2000, p. 800).

La negativa al deure de mitigar el dany pot recolzar-se, a més, en diversos arguments:

1. Si el deure de mitigar el dany imposa a la víctima l'adopció de les mesures per a evitar el dany que resultin raonables o que no comportin sacrificis desproporcionats pel perjudicat, sembla fora de tot dubte que col·locar a la mare davant l'opció d'avortar o suportar tota una sèrie de conseqüències negatives pel fet de no fer-ho, implica imposar-li un sacrifici clarament desproporcionat (Seymour, *Childbirth and the Law*, p. 81). Així ho reconegué ja a mitjans de la dècada dels vuitanta la sentència anglesa *Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority* [1985] QB 1012, [1984] All ER 1044 (CA): “*I cannot think it right that the court should ever declare it unreasonable for a woman to decline to have an abortion, in a case where there is no evidence that there*

were any medical or psychiatric grounds for terminating the particular pregnancy” (SLADE LJ).

2. Com han assenyalat diversos tribunals nord-americans, acceptar aquesta possibilitat implicaria amb tota probabilitat entrar a valorar les raons per les quals la mare no va optar per avortar, la qual cosa podria constituir una lesió del seu dret a la intimitat personal (*Smith v. Gore*, 728 S.W.2d 738, 751-52 (Tenn. 1987)).

3. Per últim, s’ha de tenir en compte l’amplitud de les causes en les que s’admet la possibilitat d’avortar en un o altre ordenament jurídic. En el nostre, el caràcter restrictiu dels supòsits legals de despenalització de l’avortament redueix substancialment els casos en què la mare pot arribar a exercitar legalment la facultat d’avortar després d’una anticoncepció fallida. Fins i tot en aquests casos, cal no oblidar que el fet que l’ordenament decideixi despenalitzar alguns supòsits d’interrupció de l’embaràs en cap cas implica reconèixer legalment un deure d’avortar. (Seymour, 2000, p. 81).

A una conclusió semblant ha arribat la jurisprudència espanyola en una de les poques vegades en què els tribunals s’han plantejat la qüestió. Així, en la SAP Barcelona 20.9.1999 (AC 1999\1973), relativa a un cas de lligament de trompes la posterior recanalització espontània de les quals no va impedir l’embaràs de la demandant, el tribunal va considerar impensable que “al rechazar la posibilidad de abortar que le fue ofrecida [a la demandante] asumiera los daños (...) pues, amén de constituir un mal mayor que el que con su causación se trataba de evitar, su sola postulación atenta contra los más elementales principios de la ética, haciendo abstracción, incluso, de los religiosos que la demandante aseguró poseer”.

3. La indemnització dels danys

3.1. L’existència d’un fill sa no constitueix, en si mateixa, un dany indemnitzable

En els casos d’anticoncepcions fallides s’ha de rebutjar la idea que l’existència del fill sigui, en si mateixa, un dany indemnitzable. Així ho ha reconegut el Tribunal Suprem espanyol en la STS 5.6.1998 (Ar. 4275), en afirmar que “la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores”. La idea que “el nacimiento de un hijo no puede ser considerado como un mal en sí mismo” és també reiterada per les sentències d’Audiències Provincials (SAP Barcelona 30.7.1990 (RJC 1990/4); SAP Badajoz 22.4.1991 (La Ley 1991-3); SAP Navarra 26.1.1999 (AC 1999\3020) o d’algun Tribunal Superior de Justícia (STSJ Catalunya 9.11.1993, AS 1993\4887).

Aquesta mateixa conclusió és generalment acceptada en el dret comparat. Majors problemes sorgeixen, en canvi, quan es planteja la indemnització d'un altre tipus de danys, en concret, dels danys patrimonials derivats de l'embaràs i part, així com dels danys morals patits per la mare en conèixer el seu embaràs.

3.2.La indemnització dels danys patrimonials

a. El dany emergent i el lucre cessant

En la jurisprudència espanyola, han admès la possibilitat d'indemnitzar les despeses originades per l'embaràs i el part, en el sentit de despeses causades per l'assistència mèdica i altres despeses suplementàries derivades de la gestació i el part, les SSTS, 1ª, 5.6.1998 (Ar. 4275), 8.000.000 ptes.; 3ª, 3.10.2000 (Ar. 7799), 0 ptes; SAP Álava 18.5.1998 (AC 1998\5514), 5.000.000 ptes.

També s'ha admès la indemnització dels guanys deixats de percebre com a conseqüència de l'embaràs i el part en els casos en que, per exemple, la mare va necessitar estar-se al llit i per aquesta raó "dejó de atender debidamente el negocio que regentaba con la consiguiente aminoración productiva" (STS, 1ª, 24.9.1999, Ar. 7272, 2.000.000 ptes.), o bé en els casos en què ha hagut d'abandonar temporalment i definitivament el seu treball habitual amb els consegüents perjudicis econòmics (STS 5.6.1998, Ar. 4275, 8.000.000 ptes.; SAP Barcelona 30.7.1990, RJC 1990/4, 5.000.000 ptes.).

b. Els aliments deguts al fill com a dany indemnitzable

En Dret comparat la indemnització dels aliments deguts al fill nascut després de la fallida d'un mecanisme anticonceptiu és una qüestió polèmica.

A Alemanya, els tribunals civils admeten la seva indemnització fins i tot en contra de l'opinió del *Zweite Senat* del Tribunal Constitucional Federal, que en una sentència relativa a un supòsit d'interrupció fallida d'un embaràs (BVerfG 28.5.1993, NJW 1751) excloué de la noció de dany indemnitzable els aliments:

Nr. 14. Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt von Verfassungs wegen (Art. 1 I GG) nicht in Betracht. Deshalb verbietet es sich, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.

Una resolució ulterior de l'*Erste Senat* del mateix Tribunal Constitucional Federal (BVerfG 12.11.1997, NJW 1998, 519) va rebutjar aquest criteri i va donar la raó als tribunals civils, negant que la indemnització dels aliments fos contrària al reconeixement de la dignitat humana de l'art. 1.I de la Llei Fonamental. A part d'això,

la doctrina dominant considera que la polèmica declaració del *Zweite Senat* es realitzava *obiter dicta* i, en conseqüència, no vinculava als tribunals civils (Erwin Deutsch, 1999, p. 189).

Als Estats Units, la major part de tribunals tendeix a rebutjar la indemnització dels aliments deguts al fill. Ocasionalment, alguns tribunals admeten que en fixar la quantia indemnitzatòria es tinguin en compte els aliments. Això succeeix de manera especial en els casos en què els pares demostren que, almenys en part, varen recórrer a les mesures anticonceptives per raons econòmiques. Tanmateix, fins i tot en aquests casos els tribunals intenten limitar la quantia de la indemnització mitjançant l'anomenada *offset rule*, que té per objecte compensar els costos dels aliments amb els possibles beneficis que el fill pogués proporcionar als pares al llarg de la seva vida (Dobbs, 2000, p. 796).

Al Regne Unit, la polèmica relativa a la indemnització dels aliments deguts al fill ha quedat tancada per la primera sentència que ha dictat sobre la matèria la *House of Lords* anglesa (*MacFarlane and Another v. Tayside Health Board*, de 25 de novembre de 1999) (<http://www.parliament.the-stationery-office-co.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm>; data de consulta: 8.2.2000), en la que per unanimitat es va rebutjar indemnitzar-los. La sentència es referia a una vasectomia fallida que no va evitar que la senyora McFarlane concebés un fill mesos després de la intervenció. Per bé que la *House of Lords* va indemnitzar a l'esposa pels danys morals causats per l'embaràs i el part, i per alguns danys patrimonials, tots els Lords varen rebutjar indemnitzar els aliments. La idea unànimement compartida es centrava en el caràcter injust i irraonable d'una reclamació que inclogués els aliments. Lord Hope ho explicava així:

"I would regard these costs [the costs of rearing the child] as reasonably foreseeable by the wrongdoer. (...). But in the field of economic loss foreseeability is not the only criterion that must be satisfied. There must be a relationship of proximity between the negligence and the loss which is said to have been caused by it and the attachment of liability for the harm must be fair, just and reasonable. The mere fact that it was reasonably foreseeable that the pursuers would have to pay for the costs of rearing their child does not mean that they have incurred a loss of the kind which is recoverable".

Ara bé, com assenyalen Ian Kennedy i Andrew Grubb (2000, p. 1580), la idea que batega sota aquesta negativa és que es considera injust reconèixer una indemnització pels aliments sense considerar com a factor reductor els beneficis que el fill sa proporcionarà als pares. Com que aquests beneficis, però, són d'impossible valoració, raons de justícia porten als magistrats de la *House of Lords* a preferir denegar totalment la indemnització dels aliments. Com el mateix Lord Hope explica quan es pregunta pels beneficis que la cria d'un fill té pels seus pares:

"it would not be fair, just or reasonable, in any assessment of the loss caused by the birth of the

child, to leave these benefits out of account. Otherwise the pursuers would be paid far too much. They would be relieved of the cost of rearing the child. (...). But the value which is to be attached to these benefits is incalculable. The costs can be calculated but the benefits, which in fairness must be set against them, cannot. The logical conclusion, as a matter of law, is that the costs to the pursuers of meeting their obligations to the child during the childhood are not recoverable as damages”.

En el dret espanyol la jurisprudència unànime nega la indemnització dels aliments deguts al fill. El raonament emprat per la majoria de tribunals gira entorn del caràcter irrenunciable i intransferible de l'obligació legal d'aliments que l'art. 154 CC imposa als pares (STS, 3ª, 3.10.2000, Ar. 7799; SAP Barcelona 30.7.1990, RJC 1990/4; SAP Badajoz 22.4.1991, La Ley 1991-3; SAP Navarra 26.1.1999, AC 1999\3020, i STSJ Catalunya 9.11.1993, AS 1993\4887). Amb caràcter excepcional, la STS, 1ª, 25.4.1994 (Ar. 3073) reconeixia en un obiter dicta la possibilitat de concedir una indemnització com a “ajut a l'alimentació i cria” dels fills. També constitueix un cas aïllat entre la jurisprudència de les audiències provincials la SAP Alicante 9.7.1999 (Colex Data 99PC1796), relativa a un embaràs produït després d'una operació de vasectomia, en la que s'indemnitzà als pares amb 7.300 ptes. pels danys patits “en concepte d'ajut o contribució a les despeses de cria de la seva filla”.

3.3. La indemnització del dany moral

En la mateixa línia que el dret d'altres països, la jurisprudència espanyola ha admès la indemnització del dany moral derivat de l'angoixa o frustració per la inesperada concepció del fill. Així, per exemple, la STS, 1ª, 24.9.1999 (Ar. 7272) va concedir una indemnització de 2.000.000 ptes. per dany moral a la mare que, en conèixer l'embaràs, va patir “una situación depresiva que alteró su armonía anímica y le produjo un inevitable estado de preocupación atentatorio a su libertad”.

També les Audiències Provincials tendeixen a indemnitzar “la preocupación causada por un embarazo ni previsto ni, evidentemente, deseado y el temporal deterioro de la relación matrimonial por razón de la concepción” (SAP Barcelona 30.7.1990, RJC 1990/4, 5.000.000 ptes.), “la preocupación dimanante de un embarazo imprevisto (...), con el consiguiente deterioro de la nueva situación familiar (SAP Badajoz 22.4.1991, La Ley 1991-3, 485, amb 9.000.000 ptes. d'indemnització), o “la frustración de la decisión que habían adoptado de no tener más hijos, por la alteración emocional y anímica que sufrirían en sus relaciones de pareja y con las personas más allegadas” (SAP Alicante 9.7.1999, Colex Data 99PC1796).

Altres vegades, en canvi, el TS ha rebutjat la indemnització del dany moral, com en el cas de les SSTS, 1ª, 25.4.1994 (Ar. 3073) i 5.6.1998 (Ar 4275). En aquesta darrera

sentència, el Tribunal fonamenta la negativa en la consideració que “la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada”, i per això, “no puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores”. En la recent STS, 3ª, 3.10.2000 (Ar. 7799) el Tribunal rebutja indemnitzar el dany moral entès com a “mera situación de malestar o incertidumbre”, però reconeix que s’hauria d’indemnitzar en la mesura que constitueix una lesió al poder de la persona d’autodeterminar-se.

¿Quid iuris davant tanta vacil·lació jurisprudencial?

- ***La lesió de la llibertat de procrear com a dany: una via adequada***

Creiem que el punt de partida de tota solució dels supòsits d’anticoncepcions fallides passa per evitar el risc de considerar l’existència mateixa del fill com un dany. Per això, els autors d’aquest treball considerem correcta la solució apuntada per algunes sentències recents del Tribunal Suprem que, seguint la línia marcada per algunes sentències d’audiències, vinculen el dany indemnitzable a la lesió de la llibertat de procrear com a manifestació del principi del lliure desenvolupament de la personalitat de l’art. 10.1 CE.

Així, el 1997 una sentència de l’Audiència Provincial de Balears sobre vasectomia fallida en la qual el metge va ometre el deure d’informar sobre la probabilitat d’una recanalització espontània (SAP 21.1.1997, AC 1997\136), relacionava el dany indemnitzable amb la frustració d’una “decisión de no tener hijos adoptada en ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad del art. 10.1 de la Constitución Española”. Dos anys més tard, la SAP Barcelona 20.9.1999 (AC 1999\1973) emprava una expressió diferent, més semblant a la que utilitza la doctrina alemanya (“*Familienplanungsschäden*”), i afirmava que l’anticoncepció fallida “había quebrado la planificación familiar” dissenyada per la demandant.

El Tribunal Suprem va acollir aquesta idea en la STS, 1ª, 24.9.1999 (Ar. 7272), on parlava ja d’un “daño al frustrar las expectativas de no desear el embarazo la interesada, con atentado efectivo a su decisión de gestación” i, més endavant, de “imponer situaciones contrarias al don de la libertad, como uno de los más anhelados por el hombre”. Aquesta idea ha estat reiterada recentment per la STS, 3ª, 3.10.2000 (Ar. 7799), en la que, per bé que al final no es va condemnar als demandats per considerar que mancava un dels pressupòsits de la responsabilitat patrimonial de l’Administració, el Tribunal reconeixia que en els casos d’esterilitzacions fallides, el dany moral podia resultar de la lesió del “poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma”. En concret, afirmava que en frustrar la decisió sobre la pròpia paternitat o maternitat, es restringia “la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen

también ciertas decisiones personalísimas en cuanto afecten al mínimo ético constitucionalmente establecido”.

Fou el Tribunal Constitucional en la sentència STC 215/1994, de 14 de julio (BOE 18.8.1994), sobre despenalització de l'esterilització d'incapaços, qui va reconèixer que la llibertat de procrear és un dels aspectes que integren el lliure desenvolupament de la personalitat previst a l'art. 10.1 de la Constitució.

En la sentència, el Tribunal va considerar que la despenalització de l'esterilització no consentida d'incapaços amb greus deficiències psíquiques introduïda en l'art. 428 del Codi Penal de 1973 no contravenia el lliure desenvolupament de la personalitat dels incapaços quan l'esterilització es practicava per a protegir altres drets i llibertats com el lliure exercici de la sexualitat, el principi de dignitat personal (art. 10.1 CE) o el dret fonamental a la integritat moral de l'art. 15 CE. Aquests drets podrien ésser lesionats si, pel fet que els incapaços no poden complir les obligacions paterno-filials establertes a l'art. 29.3 CE, es rebutgés l'esterilització i fos necessari adoptar altres mesures alternatives, com sotmetre'ls a vigilància constant per a impedir exercitar la seva sexualitat, o obligar-los a avortar.

El Tribunal Constitucional afirmava, no obstant, que la falta de consentiment dels incapaços s'havia de substituir en aquests casos per altres mesures destinades a protegir els seus drets (com la prèvia petició dels representants legals de l'incapaç, l'exploració de l'incapaç i l'emissió de dos dictàmens emesos per especialistes, la intervenció del Ministeri Fiscal i l'autorització judicial; mesures, totes elles previstes per l'actual art. 156.2 CP 1995), i sempre que la intervenció es justificués per raons de proporcionalitat.

Si el lliure desenvolupament de la personalitat de l'art. 10.1 CE atribueix a tota persona la possibilitat de decidir lliurement entorn de la seva procreació, una vegada exercitada aquesta llibertat en sentit negatiu i adoptades les mesures adequades per a no tenir més fills (o no tenir cap fill), tota conducta que negligentment frustri la decisió presa lesiona aquella llibertat constitucionalment reconeguda. Així succeeix en els casos d'anticoncepcions fallides després les quals el pacient concep o engendra un fill. Conseqüentment, danys indemnitzables en aquestes situacions han d'ésser aquells que resulten de la lesió de la lliure determinació personal de l'art. 10.1 CE. Des d'aquest punt de vista, seran indemnitzables:

1. Els danys morals derivats de la lesió de la llibertat de procrear, que havia estat exercida en un determinat sentit i que ara s'ha frustrat com a conseqüència de la inesperada concepció d'un fill.
2. Quant als danys patrimonials, no hi ha inconvenient en indemnitzar els directament

relacionats amb l'embaràs i part, tant si es tracta de despeses com de guanys deixats d'obtenir durant aquest període (per exemple, com a conseqüència de la suspensió o abandonament de les activitats professionals durant la gestació, part i, tal vegada, postpart).

3. En relació amb els aliments, en canvi, sembla més raonable excloure'ls de la indemnització. La naturalesa jurídico familiar del deure d'aliments dificulta que el cost que comporta aquest deure pugui considerar-se com un dany susceptible d'ésser indemnitzat.

En primer lloc, les característiques pròpies del deure legal d'aliments (caràcter personalíssim, recíproc, indisponible, irrenunciable, etc.) impedeixen que pugui ser objecte del tràfic jurídico. Fins i tot en el cas que es faci la precisió que no es tracta de transferir l'obligació legal a un tercer, sinó de prendre la quantia dels aliments com a paràmetre indemnitzatori (García Rubio, 1998, p. 1219), el resultat pràctic no s'allunya massa d'una transacció en matèria d'aliments prohibida expressament per l'art. 1814 CC.

En segon lloc, i amb caràcter més general, cal tenir present que l'aplicació de normes de responsabilitat civil no pot conculcar la coherència interna dels principis bàsics sobre les que es fonamenten les regles del Dret de família. Dins d'aquest àmbit, les múltiples solucions que l'ordenament proposa per als diversos problemes plantejats es coordinen entre sí i operen segons una lògica pròpia, que no pot ésser alterada per la ingerència del conjunt de regles de la responsabilitat civil, de naturalesa molt diferent i fonamentat en uns principis també diferents.

És ben sabut que el deure d'aliments entre pares i fills, o fins i tot entre parents, s'explica perfectament dins d'un sistema de regles basades en el principi de solidaritat familiar, dins del qual s'interrelacionen un conjunt de diversos drets i deures que funcionen recíprocament i que opera mitjançant un sistema propi de pesos i contrapesos. Així, per exemple, els pares tenen el deure d'alimentar als fills subjectes a la seva pàtria potestat (arts. 154 i ss CC), però aquest deure pot operar, en el seu cas, també en sentit invers quan els pares es troben en situació de necessitat i el fill té recursos suficients per a prestar els aliments (ex arts. 142 i ss CC). Cóm podria explicar-se raonablement que quan els pares hagueren de prestar els aliments al fill menor fruit d'un embaràs no desitjat obtinguessin la quantia d'un tercer (per tant, sense cap cost econòmic per a ells), mentre que ara sí s'exigirà al fill que suporti ell mateix la càrrega econòmica d'alimentar a uns pares que en el seu moment no hagueren de suportar tal cost?

També pot afirmar-se que la condició d'hereus abintestat o de llegítimaris entre pares i fills respon a la mateixa idea de solidaritat familiar. Aleshores, cómo explicar

raonablement que els pares que en el seu moment no hagueren de suportar la càrrega econòmica d'alimentar al seu fill en transferir-la a un tercer, puguin ara beneficiar-se de la seva condició de legitimària o hereus abintestat en la successió del fill?

La jurisprudència espanyola ha negat que l'incompliment dels deures conjugals per part d'un cònjuge permeti a l'altre exercitar amb èxit una acció de responsabilitat civil per danys i perjudicis ex art. 1902 CC. Com amb encert ha assenyalat la STS 30.7.1999 (Ar. 5726), en la que el marit reclamava a la seva esposa una indemnització per danys patrimonials i morals per la violació del deure de fidelitat conjugal, "la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en el art. 82 pero si asignarle, en contra del infractor, efectos económicos". I si la demanda s'exercités, no enfront de l'altre cònjuge, sinó front d'un tercer l'actuació il·lícita del qual causa un perjudici a una relació regulada pel Dret de família? El Dret nord-americà, fonamentat en una concepció patriarcal de subjecció de la dona i dels fills al cap de família que els assimilava als servants va conèixer nombrosos torts (criminal conversation, alienation of affections, enticement, etc.) que permetien indemnitzar la ingerència de tercers en les relacions familiars. En l'actualitat la majoria d'Estats no només ha suprimit aquests torts sinó que ha evitat que reflloreixin sota el vel protector d'altres més generals com els d'intentional or negligent infliction of mental distress o de interference with the contract (cfr. Dobbs, p. 1245 i ss). El Dret espanyol, amb bon criteri, no s'ha plantejat aquests il·lícits civils. Tanmateix, un tema de tanta profunditat no es pot desenvolupar aquí i serà tractat a InDret de forma més extensa i més brillant per altres autors.

- **Sentències del Tribunal Suprem sobre vasectomies**

<i>Sala i Data</i>	<i>Repertori</i>	<i>Magistrat Ponent</i>	<i>Parts</i>
1ª, 25.4.1994	Aran. 3073	José Luis Albacar López	Antolín N. T. i María Teresa D. S. c. José María V. L., Elías Oscar L. C. i Ramón E. I.
1ª, 31.1.1996	Aran. 546	Antonio Gullón Ballesteros	Felipe P. M. contra Angel G. V. i Miguel G. C.
1ª, 11.2.1997	Aran. 940	José Almagro Nosete	Miguel P. G. i Delia M. V. contra Doctor V. B. i los analistas José Luis V. i Ana María G.
3ª, 3.10.2000	Aran. 7799	Juan Antonio Xiol Ríos	Angel G. A. contra. Insalud, INSS i TGSS
1ª, 2.11.2000	Diario Jur. Ar. 1.02.01	Xavier O'Callaghan Muñoz	

1ª, 11.5.2001	La Ley n. 5323, de 5.06.2001	Luis Martínez Calcerrada	Mª José R. R. i Marcial H. G. contra Begoña R. H.
---------------	------------------------------	--------------------------	---------------------------------------------------

- **Sentències del Tribunal Suprem sobre lligaments de trompes i DIU**

<i>Sala i Data</i>	<i>Repertori</i>	<i>Magistrat Ponent</i>	<i>Parts</i>
1ª, 10.10.1995	Aran. 7403	Antonio Gullón Ballesteros	Ángela B. C. c. Rafael O. M. i Insalud
1ª, 27.6.1997	Aran. 5758	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Yolanda A. F. C. Doctor V. F. i Insalud
1ª, 5.6.1998	Aran. 4275	Antonio Gullón Ballesteros	Petra P. V. c. Médicos del Servicio de Ginecología del Hospital de Zamora.
1ª, 24.9.1999	Aran. 72725	Alfonso Villagómez Rodil	Mª Ángeles E. M. c. DIU S.A. i Diputación Provincial de Valencia

- **Sentències de la República Federal d'Alemanya**

<i>Tribunal</i>	<i>Sentència</i>	<i>Referència</i>
Bundesverfassungsgericht (BVerfG)	28.5.1993	NJW 1993, 1751
Bundesverfassungsgericht (BVerfG)	12.11.1997	NJW 1998, 519

- **Sentències del Regne Unit de la Gran Bretanya**

<i>Sentència</i>	<i>Data</i>	<i>Referència</i>
<i>Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority</i>	1985	QB 1012 [1984] All ER 1044 (CA)
<i>McFarlane and Another v. Tayside Health Board</i>	1999	http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd991125/macfar-1.htm

- **Sentència dels Estats Units d'Amèrica**

<i>Sentència</i>	<i>Data</i>	<i>Referència</i>
------------------	-------------	-------------------

<i>Smith v. Gore</i>	1987	728 S.W.2d 738 (Tenn. 1987)
----------------------	------	-----------------------------

- **Bibliografia**

Ricardo de ÁNGEL YÁGÜEZ, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad” (Parte I), *Rev. Der. Gen. H.* 4/1996, 105-117, p. 107; (Parte II), *Rev. Der. Gen. H.* 5/1996, pp. 141-156.

Christian von BAR, *The Common European Law of Torts*, Vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1998.

Dann W. DOBBS, *The Law of Torts*, West, St. Paul Minn., 2000.

Ian KENNEDY / Andrew GRUBB, *Medical Law*, Butterworths, London-Dublin-Edinburgh, 2000

Erwin DEUTSCH, “Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden”, *VersR* 1995, 609-616.

Erwin DEUTSCH, *Medizinrecht*, 4. Aufl., Springer, Berlin, 1999.

Trevor P. DUTT / Margaret MATTHEWS, *Gynaecology*, Cavendish, London, 1999.

María Paz GARCÍA RUBIO, CCJC nº 48, 1998, pp. 1207-1222.

Eugenio LLAMAS POMBO, CCJC nº 36, 1994, pp. 1005-1019.

Miquel MARTÍN CASALS, *Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right*, in Ulrich MAGNUS / Jaap SPIER, *European Tort Law. Liber Amicorum for Helmut Koziol*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2000, 179-208.

Miquel MARTÍN CASALS / Josep SOLÉ FELIU, *Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (wrongful conception)*, La Ley n. 5249, viernes 16 de febrero de 2001, p. 1-6.

Fernando PANTALEÓN, *Procreación artificial y responsabilidad civil*, en II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Trivium, Madrid, 1988, 251.

Eduard PICKER, “Schadensersatz für das unerwünschte Kind”, *AcP* 195(1995), 483-547.

Eduard PICKER, *Schadenshaftung für unerwünschte Nachkommenschaft («Wrongful Birth»)*, Beck, München, 1997.

John SEYMOUR, *Childbirth and the Law*, OUP, Oxford, 2000.

Geneviève VINEY / Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 1998, n. 249-2/249-3, 13-18.