

LA ACCIÓN DE WRONGFUL LIFE EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: DUDAS Y CUESTIONES ABIERTAS¹.

BIB 2011\879

ELISABETTA MAZZILLI. Personal Docente e Investigador en Formación. Departamento de Derecho Privado, Internacional y de la Empresa. Universidad de Navarra.

Publicación: Aranzadi Civil-Mercantil num. 10/2012 (Estudio).

Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012.

Resumen: El 16 de junio de 2010 el Tribunal Supremo resolvió la demanda de responsabilidad planteada por una mujer -junto con su marido- que, tras someterse a una prueba de amniocentesis, recibió una información equivocada sobre el estado de salud del niño que portaba a consecuencia de un intercambio de resultados de análisis con los de otra mujer. Doña Soledad recibió la información de que su hijo estaba sano, cuando en realidad se encontraba afectado por el síndrome de Down.

Este caso reciente, junto con algunos destacados antecedentes jurisprudenciales, enmarcados todos ellos dentro de la problemática general de las acciones de *wrongful birth*, suscita interesantes cuestiones sobre la identidad del bien jurídico protegido, el elemento del daño moral y del daño patrimonial, el problema de la legitimación activa y la admisibilidad de acciones de *wrongful abortion* y de *avoidable abortion*.

Una de las perspectivas más notables, que también constituye el hilo conductor del entero análisis, se refiere al acercamiento de muchos de estos casos a supuestos de *wrongful life actions*, por su tratamiento de la identificación del daño, del tipo de indemnización concedida, de los destinatarios de la indemnización o por otras particularidades.

También es objeto de debate la influencia de la nueva ley del aborto sobre las futuras acciones de *wrongful birth*.

Palabras clave: *wrongful birth*, *wrongful life*, *wrongful abortion*, *avoidable abortion*, daño moral, daño patrimonial, legitimación, diagnóstico prenatal.

Abstract: On the 16th of June 2010 the Spanish Supreme Court decided on a patrimonial liability claim put in by a woman -together with her husband- who, after an amniocentesis test, received a wrong information concerning the health of the baby she was expecting. Due to an exchange of results with those of another woman, Mrs. Soledad received the mistaken information that her baby was in health, despite he was actually suffering from Down syndrome. This recent case, together with some interesting jurisprudential precedents, all of them belonging to the *wrongful birth* cases, raises interesting questions concerning the identity of the protected juridical good, the moral and patrimonial damages, the active legitimation, the possibility of admitting *wrongful abortion* and *avoidable abortion* actions.

One of the most interesting issues, which is also the guideline of the entire analysis, is the possibility of considering some of these cases belonging to *wrongful life actions* due to aspects related to the

¹ El presente artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación de la Universidad de Navarra titulado "Familia, Matrimonio, Multiculturalidad y Libertad religiosa".

identification of the damage, the type of compensation granted, the recipients of the compensation or other particularities.

The influence of the new law of abortion on future *wrongful birth* actions is also discussed.

Keywords: *wrongful birth*, *wrongful life*, *wrongful abortion*, *avoidable abortion*, moral damage, patrimonial damage, legitimation, antenatal diagnosis.

SUMARIO: I. Introducción; II. La identidad del bien jurídico protegido; III. El contenido controvertido del daño moral: admisión y exclusión de las *wrongful life actions*; IV. Observaciones sobre la identidad, contenido y fundamentación jurídica del daño patrimonial; V. La modalidad de indemnización del daño patrimonial: un peligroso acercamiento al resarcimiento por *wrongful life*; VI. Una solución a la inversa: ¿Cabe responsabilidad por privación de la facultad de no abortar?; VII. La nueva regulación del aborto y su repercusión en las acciones de *wrongful birth*; VIII. El problema de la legitimación activa en las acciones de *wrongful birth*.

I. Introducción.

La reciente STS 16 junio 2010 marca el punto álgido de un proceso evolutivo iniciado por el Tribunal Supremo hace ya algunos años, en concreto, desde el año 1997 en la Sala de lo Civil² y desde 2005 en la Sala de lo Contencioso-Administrativo³. La sentencia de esta última Sala, por medio de su Sección 4ª, da solución a un caso de negligencia médica debida a un diagnóstico prenatal erróneo que impidió a la madre de un niño que sufría síndrome de Down conocer la existencia de dicha enfermedad y, consecuentemente, ejercer la facultad de decidir si abortar o llevar a término el embarazo.

² Entre ellas, destacan la STS 6 junio 1997, en la que hubo falta de notificación a una mujer del fracaso de la «amniocentesis» realizada en el plazo en que era legalmente posible la interrupción voluntaria del embarazo: el médico que no comunicó a tiempo dicha circunstancia fue condenado a indemnizar, solidariamente con el Servicio Valenciano de Salud, 300.506,05 euros en concepto de daño moral identificado en el “*nacimiento de un ser que padece el Síndrome de Down*”, “*lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo*”; y la STS 21 diciembre 2005 que concedió una indemnización a cargo del Servicio Vasco de Salud a cada uno de los padres, víctimas de negligencia médica en relación a la prueba diagnóstica prenatal (ocultación de que el feto padecía el síndrome de «Down»), en la cantidad de 162.273,27 euros en concepto de daño moral por “*haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir*” y por “*los efectos que dicha privación conlleva*”.

³ Entre ellas, destacan la STS 4 noviembre 2008, que concedió a la actora una indemnización de 300.506,05 euros en concepto de daño moral por no habersele practicado la prueba prenatal, lo que le impidió conocer la patología de su hija en un momento lo suficientemente temprano como para decidir poner fin legalmente al embarazo y en concepto de daño patrimonial por el mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down; la STS 30 junio 2006, que concedió a una mujer una indemnización de 72.000 euros en concepto de daño moral por la lesión de su facultad de autodeterminación debida a la ausencia de información sobre la existencia de malformaciones en el feto en la fase de detección prenatal; y la STSJ de C. Valenciana 23 octubre 2009, en la que se concedió a los progenitores de una niña con síndrome de Down una indemnización de 140.000 euros en concepto de daño moral por haberseles impedido decidir sobre la posibilidad legal de abortar, al no suministrarles la información preceptiva sobre las técnicas de diagnóstico prenatal, y se reconoció en favor de la misma menor una pensión vitalicia de 1.051 euros mensuales en concepto de daño patrimonial.

En particular, Doña Soledad se sometió en el Hospital General de Elda a una prueba de amniocentesis, cuyas muestras fueron remitidas por el mismo Hospital al Laboratorio de Genética adscrito al Departamento de Pediatría de la Facultad de Medicina de la Universidad Miguel Hernández de Elche. A resultas de un intercambio de resultados de análisis con los de otra mujer⁴, Doña Soledad recibió la información de que el cariotipo relativo a la muestra era normal. El 16 de mayo de 2004 dio a luz a su hijo José Pedro, afectado por síndrome de Down. Un sucesivo análisis del líquido amniótico remitido durante la gestación y almacenado a efectos de posibles verificaciones, dio efectivamente como resultado una trisomía del cromosoma 21, pese a que el cariotipo hubiese sido informado como normal en su día.

Doña Soledad y Don Porfirio interpusieron recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada con motivo de la atención médica recibida durante la gestación de su hijo José Pedro. La Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 9 de julio de 2008, estimó en parte el recurso, declarando el acto de desestimación contrario a derecho, anulándolo y dejándolo sin efecto, y reconociendo en concepto de responsabilidad patrimonial de la Generalidad Valenciana, una indemnización de 1.500 euros mensuales en favor de José Pedro y de 75.000 euros a favor de cada uno de los padres. El resarcimiento a los padres incluía el daño moral por la privación a la madre de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo y el patrimonial derivado de la lesión económica que comportan los gastos extraordinarios para la crianza de un hijo discapacitado.

Contra dicha sentencia, la Administración de la Comunidad Valenciana interpuso recurso de casación. La sentencia objeto de comentario declaró inadmisibles dicho recurso por insuficiencia de cuantía respecto de la indemnización debida a los padres, casando en cambio el pronunciamiento relativo al abono de la cantidad mensual al hijo, pero modificándolo solamente por lo que se refiere a la modalidad de pago, quedando así obligadas con carácter solidario la Administración Autonómica Valenciana y la Universidad Miguel Hernández de Elche. Dicha responsabilidad solidaria se funda en que la prueba de amniocentesis fue realizada por la Unidad de Genética perteneciente a la Facultad de Medicina de aquella Universidad, en virtud de

⁴ Como señala la sentencia, “*al parecer el error se produjo en las extensiones de la muestra, al haberse hecho de una procedente de un tubo no correspondiente a la muestra extraída de [la actora]*”.

un convenio de colaboración suscrito el 18 de junio de 2003 entre ésta y la Consejería de Sanidad.

La presente sentencia, junto con los antecedentes jurisprudenciales que protagonizan el citado proceso evolutivo, abre numerosos frentes y aborda diversas cuestiones dignas de ser analizadas. Entre otras, la identidad del bien jurídico protegido y la eventual coincidencia de éste con el bien jurídico lesionado, la individuación del daño moral y del daño patrimonial, el problema de la legitimación activa, la admisibilidad de acciones de *wrongful abortion* y de *avoidable abortion*, el futuro de las acciones de *wrongful birth* de cara a la nueva ley del aborto y, sobre todo, el acercamiento de muchos casos jurisprudenciales a supuestos de *wrongful life actions* por razones diversas que iremos analizando. Acercamiento que representa el eje sobre el que giran todas las demás cuestiones aquí examinadas.

II. La identidad del bien jurídico protegido

En la reciente STS 16 junio 2010 se definen dos tipos de daños: por un lado, la privación de la posibilidad por parte de la madre de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo y, por el otro, la lesión económica derivada de los gastos extraordinarios para la crianza del niño afectado por el síndrome de Down. De ello se deduce que el bien jurídico protegido y también lesionado en el primer caso es el derecho de autodeterminación de la mujer, que en el caso específico consiste en tener la opción de decidir libremente si continuar con el embarazo o recurrir al aborto⁵ tras recibir correcta y tempestivamente toda la información médico-diagnóstica relativa al estado del feto⁶, que es precisamente lo que falló en el caso de autos.

⁵ Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano*, en AAVV., “Daños en el derecho de familia”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, p. 33, que habla de “*perte de chance*”, apoyándose en la SAP León 15 septiembre 1998 (AC\1998\1504), en la que se condena a los demandados «por no haber dado a los padres la posibilidad de elegir entre dar a luz a un hijo con síndrome de Down o abortar, figura que la doctrina civilista conoce como “*pérdida de una oportunidad*”»; por el contrario, MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J., *Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002*, en “Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil”, núm. 60, 2002, pp. 1114-1115, excluyen la posibilidad de aplicar la doctrina francesa de la *perte d’une chance* a los supuestos de *wrongful birth* en cuanto no se cumple el requisito de la aleatoriedad de la producción del “suceso favorable” para la víctima, puesto que el ejercicio de la facultad de abortar depende exclusivamente de la voluntad de la madre; en la misma línea, NAVARRO MICHEL, M., *Comentario a la Sentencia de 21 de diciembre de 2005*, en “Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil”, núm. 72/2006, p. 1651, afirma que “*lo que se ha calificado como pérdida de la oportunidad de abortar es más bien pérdida de la oportunidad de decidir: lo que se ha perdido es la posibilidad misma de decidir*”.

⁶ Vid. ROMERO COLOMA, A. M., *Las acciones de wrongful birth y su problemática jurídica*, en “Diario La Ley”, núm. 7231, Septiembre 2009 (LA LEY 13466/2009), quien, al hablar de las acciones de *wrongful birth*, afirma que lo que provoca la lesión “*es la omisión de la información a efectos de que la madre pueda ejercer un consentimiento informado, que es un derecho que todo paciente tiene en la actualidad*”.

En el segundo caso, en cambio, podría definirse como bien jurídico protegido la integridad patrimonial de los padres, en la medida en que ésta se encuentra disminuida a causa de los gastos por cuidados excepcionales. En este caso también se podría hacer coincidir el bien jurídico protegido con el bien jurídico lesionado, aunque la entidad y el alcance de la lesión no resultan fácilmente determinables.

Siguiendo la evolución jurisprudencial sobre el tema, en la STS 6 junio 1997, que constituye el primer fallo en materia de *wrongful birth* en España, resulta de difícil individuación la naturaleza del bien jurídico protegido (y lesionado). La sentencia habla de violación del “*principio de protección de la confianza legítima*”, haciendo referencia a la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo de 6 julio 1995 (caso *Odigitria AAE contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, en un asunto totalmente ajeno al que ahora nos ocupa)⁷, en la que se afirma que “el derecho a reclamar la protección de la confianza legítima se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de la que se desprenda que la administración [comunitaria], dándole seguridades concretas, le hizo concebir esperanzas fundadas”⁸.

Además de la confianza legítima, dado que la STS 6 junio 1997 califica, a mi juicio de manera incorrecta, de daño moral el nacimiento mismo del ser discapacitado, parece posible plantear la hipótesis de definir en este caso como ulteriores bienes jurídicos lesionados: a) el derecho de la madre a tener sólo hijos sanos (no se trata de un derecho a no tener hijos en absoluto, por cuanto el embarazo fue voluntario, a diferencia de los casos de *wrongful conception*); b) el derecho de evitar el nacimiento indeseable de un hijo discapacitado recurriendo a la facultad de abortar; c) el derecho del propio hijo a no nacer, según la teoría del *wrongful life* referida por la misma sentencia (“*Desde luego, aquí surge la figura conocida en el derecho americano con el nombre de «Wrongful life» -el niño nace con taras, pero la única otra alternativa posible era que no hubiera nacido*”); o, en último término, d) el derecho de la madre a

⁷ El texto de la sentencia se puede encontrar en: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=209870:cs&lang=es&list=210071:cs.209870:cs.209869:cs.&pos=2&page=1&nbl=3&pgs=10&hwords=Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de julio de 1995~>.

⁸ Para una referencia a este principio, véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 1994, *Grynberg y Hall contra Comisión*, T-534/93, RecFP p. II-595, apartado 51, y de 19 de mayo de 1994, *Consorzio gruppo di azione locale 'Murgia Messapica' contra Comisión*, T-465/93, Rec. p. II-361, apartado 67). Nótese que en el ordenamiento italiano, este principio encuentra una calificación específica en el ámbito sanitario, recibiendo el nombre de “*contatto sociale*” (“contacto social”), que se puede definir como un acaecimiento socialmente relevante (como es el caso de la relación que se instaura entre el paciente y el médico, de “*confianza*” de aquél en la profesionalidad de éste) que genera una relación contractual de facto.

no sufrir padecimientos psicológicos (la sentencia habla de “*impacto psíquico*”, que constituye un “*perjuicio gravísimo*”)⁹.

A los anteriores, y según el tenor de la sentencia de 6 de junio de 1997, se podría añadir como bien jurídico protegido la integridad del patrimonio de la madre (en esta sentencia no se menciona al otro progenitor, que tampoco ejercita derecho alguno; de hacerlo, el bien jurídico sería el más genérico de la integridad del patrimonio de los padres). Esta afirmación se deduce del hecho de que se haga indirectamente referencia al daño patrimonial en la medida en que la persona discapacitada necesita “*una atención fija permanente y por lo común asalariada*” (no obstante su precedente expresa exclusión). En las sentencias que siguieron hasta la última objeto de este comentario, el bien jurídico protegido estuvo representado principalmente por el derecho de autodeterminación de la mujer¹⁰, que a su vez -según el Tribunal constitucional¹¹- es una manifestación de la dignidad de la persona que “*se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE) (...)*”.

Sin embargo, este planteamiento no ha sido unánime y se puede señalar la existencia de sentencias contrarias, como la STS (Sala de lo Civil) 4 febrero 1998, que, negando la responsabilidad médica en el caso concreto, afirma que “*los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento*”; o la STS (Sala de lo Civil) 7 junio 2002, igualmente excluyente de la responsabilidad del médico, en la que se manifiesta que “*el establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas*”.

En la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 4 noviembre 2008 el Tribunal habla en cambio de la “*pérdida de oportunidad de decidir poner fin legalmente al embarazo*”, así como en la STSJ de C. Valenciana (Sala de lo

⁹ La STS 21 diciembre 2005 también habla de sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo discapacitado, que llevan a definir como bien jurídico protegido, entre otros, la integridad psíquica de los padres.

¹⁰ Entre otras: SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 18 diciembre 2003 y 21 diciembre 2005; SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 30 junio 2006, 14 marzo 2007, 10 mayo 2007 y 16 octubre 2007; STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) 30 noviembre 2009.

¹¹ STC 11 abril 1985, fundamento jurídico octavo.

Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) 23 octubre 2009, en la que se habla de “*impedimento a la posibilidad legal de abortar*”. Con mayor nitidez aún, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 17 noviembre 2008 condena la violación del “*derecho a abortar por causas eugenésicas dentro de las veintidós semanas de embarazo*”.

Estas afirmaciones, que hacen referencia exclusivamente a la imposibilidad de abortar y no a la lesión del más genérico derecho de autodeterminación de la mujer, llevan a definir la mera facultad de abortar como el bien jurídico protegido y lesionado, lo que ha sido desmentido por la jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que considera indemostrable que la mujer, de haber recibido correctamente la información sanitaria, hubiera decidido abortar. Efectivamente, ya a partir de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 21 diciembre 2005, se empieza a afirmar que se trata de una prueba de imposible demostración (se habla de “*una opción que no es posible obtener con absoluta seguridad de haber dispuesto de toda la información que fue omitida, puesto que depende sólo de la voluntad de la mujer y responde a criterios de lo más variados*”)¹²; recalándose que “*la discusión procesal sobre este punto constituye en la mayoría de las ocasiones un debate estéril fundado en especulaciones que generan una innecesaria complejidad probatoria*” (STS 19 junio 2007). Así pues, se trata de una “*(...) relación [causal] 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*” (STS 24 octubre 2008). Por todo ello, resulta inadecuado configurar como bien jurídico protegido la mera posibilidad de abortar.

En algunas sentencias¹³, así como en la STS 16 junio 2010, al elemento de la autodeterminación se añade, como bien jurídico protegido, la integridad del patrimonio de los padres, en cuanto se indemnizan como daño patrimonial los gastos extra derivados de la crianza del hijo discapacitado. Este elemento se puede definir como bien jurídico protegido a todos los efectos, aunque se puede discutir sobre su fundamentación jurídica, pero no siempre se puede hablar de bien jurídico lesionado a

¹² Vid. NAVARRO MICHEL, *op. y loc. cit.*, p. 1650: “*el daño se encuentra en la pérdida de posibilidad de elegir, con independencia de cual hubiese sido el resultado de esa decisión*”.

¹³ Entre otras (además de la ya comentada STS 6 junio 1997), vid. las SSTs (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 18 diciembre 2003, 21 diciembre 2005, 24 octubre 2008 y la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 4 noviembre 2008.

todos los efectos, en cuanto la lesión efectiva depende de circunstancias extremadamente variadas y resulta difícilmente cuantificable¹⁴.

III. El contenido controvertido del daño moral: admisión y exclusión de las *wrongful life actions*

El concepto de daño moral, contrariamente a lo que sucede con el daño patrimonial, ha sido reconocido en todas las sentencias que han admitido una responsabilidad patrimonial por *wrongful birth*. Este tipo de daño, sin embargo, ha revestido un contenido diferente en los diversos pronunciamientos que se han seguido.

Por lo que se refiere específicamente a dicho contenido, debe señalarse primeramente que en el texto de la STS 6 junio 1997 éste se identifica con el nacimiento mismo del ser discapacitado, lo que resulta contrario a la exclusión de las acciones de *wrongful life* en el ordenamiento español. En apoyo a tal exclusión, además de la contribución de la doctrina mayoritaria¹⁵ y de la propia jurisprudencia sucesiva a la STS 6 junio 1997¹⁶, hay que destacar que la Convención de la ONU sobre los

¹⁴ Vid. al respecto, las reflexiones contenidas en el apartado “La modalidad de indemnización del daño patrimonial: un peligroso acercamiento al resarcimiento por *wrongful life*”.

¹⁵ Vid. entre otros: DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil médica...cit.*, p. 23, que afirma que “*En mi opinión, el nacimiento de un ser humano nunca puede constituir un daño resarcible, porque la vida es un bien constitucionalmente protegido, con independencia de la percepción que la persona pueda tener acerca del valor de su propia existencia*”; ELIZARI URTASUN, L., *El daño en las acciones de wrongful birth y wrongful life*, en “Derecho y Salud”, vol. 19, núm. extra 1, 2010, p. 140; GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 311; MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 403-438; MACÍA MORILLO, A., *Una visión general de las acciones de responsabilidad por ‘wrongful birth’ y ‘wrongful life’ y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico*, en “Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid”, nº 10, 2006, pp. 85-90; MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIÚ, J., *Comentario a la Sentencia de 18 de mayo de 2006*, en “Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil”, núm. 73, 2007, pp. 536-542; PANTALEÓN PRIETO, F., *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: ponencias y comunicaciones”, Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987, Madrid, Trivium, 1988, pp. 271-276; SALÁS DARROCHA, J.T., *Las acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life en el Derecho y jurisprudencia españoles*, en “Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales” num. 11/2005, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2005 (BIB 2005\1702), que afirma que “*En cuanto al nacido, entendemos que por el hecho de nacer malformado no se genera en su favor indemnización alguna, máxime cuanto [cuando] la alternativa era, en su caso, la muerte derivada del aborto*”.

¹⁶ Vid. entre otras: STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 30 junio 2006 en la que se afirma que “*tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad*”; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 6 julio 2007 en la que se rechaza la petición de indemnización a favor del hijo menor “*por tratarse de una situación que afecta exclusivamente a los padres*”; STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 23 noviembre 2007, en la que se afirma que “*el daño ocasionado por esta falta de información afecta en exclusiva a los padres demandantes (...)*” y que “*debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la sentencia de 5 junio 1998 (RJ 1998\4275), que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo (asimismo STS de 19 junio 2007 [RJ 2007, 5572])*”; SAP Salamanca (Sección 1ª), Sentencia núm. 485/2006 de 29 noviembre, en la que se afirma que “*no*

Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (ratificada por España por Instrumento de 23 de noviembre de 2007) reconoce en su Preámbulo que “*la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano*”, para seguidamente afirmar en su artículo 1 que el propósito de la Convención es el de “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad (...)*”. Más en concreto, y por lo que se refiere en particular al derecho a la vida, establece la Convención que “*Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás*” (artículo 10).

De estas afirmaciones se deduce efectivamente que no se puede conceptuar como daño el nacimiento de un ser discapacitado. De ellas se desprende, además, que el derecho a la vida no se reconoce solamente a todas las personas, sino a todos los “seres humanos”, dando cabida así a una extensión de tal derecho al concebido no nacido, que para el ordenamiento jurídico todavía no es persona.

Pese a la claridad de dicho planteamiento, que permitiría incluso dejar de hablar de *wrongful birth*¹⁷ y no sólo de *wrongful life*, en la STS 16 junio 2010 se vuelve

puede decirse que las acciones de "wrongful life" o vida injusta (...) encuentren fundamento en nuestro Derecho, pues, como afirma doctrina autorizada, la posibilidad de abortar se otorga a los progenitores para proteger sus propios intereses como padres con base en el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), en el que debe entenderse incluida su planificación familiar, y no para proteger los intereses del futuro ser, ya que el derecho constitucional a la vida (art. 15 CE) no contempla ningún conflicto entre el derecho a la vida del feto y un supuesto derecho a no nacer con graves malformaciones, pues de lo contrario se llegaría a situaciones rocambolescas como la de admitir eventuales demandas interpuestas por un hijo nacido con malformaciones contra la madre que, conociendo la existencia de esas malformaciones, decidió libremente no interrumpir el embarazo a pesar de tener la posibilidad de hacerlo"; a este propósito, MACÍA MORILLO, A., *Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008*, en “Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid”, nº 18, 2008-II, p. 197, afirma que “(...) 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 niño” y 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”. Para una mejor comprensión de cómo los ordenamientos estadounidenses y europeos han venido considerando inadmisibles las acciones de *wrongful life*, vid. DE LA MAZA GAZMURI, I., *Plegarias atendidas: procreación asistida y wrongful life actions*, en AAVV., “Daños en el derecho de familia”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 75 ss.

¹⁷ En efecto, la palabra *wrongful birth*, “nacimiento equivocado”, puede chocar con la exclusión de la consideración del nacimiento en sí como daño. Sería más correcto hablar de negligencia médica en fase

indirectamente a caer en el mismo error: además de la razonable indemnización en concepto de daño moral y patrimonial en favor de los padres, la Sala añade una pensión vitalicia de 1500 euros mensuales a favor del hijo discapacitado, lo que lleva a deducir que el hijo en este caso es también sujeto lesionado y por ello indemnizado. Tras una reflexión sobre cuál es el daño que sufre el hijo, se considera como tal el hecho de haber nacido con discapacidad y se entiende que, siendo imposible la opción de nacer sano¹⁸, la única alternativa hubiera sido directamente la de no nacer. Semejante planteamiento nos lleva a considerar que el Tribunal Supremo ha entendido el nacimiento del niño como un daño moral *per se* y susceptible de indemnización, con la consecuente nueva admisión de la acción de *wrongful life* en el ordenamiento español, no obstante ésta venga siendo formalmente excluida.

Ha de admitirse, sin embargo, que no es ésta la única sentencia en la que se han seguido las huellas de la STS 6 junio 1997, dando indirectamente cabida a la *wrongful life action*. En este sentido, las SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 21 diciembre 2005 y 24 octubre 2008 definen como daños morales los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo discapacitado. En la misma línea se inserta la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 4 noviembre 2005 que habla del “*daño indudable producido a la madre actora con el nacimiento de un hijo aquejado del síndrome de Down*”.

El contenido del daño moral, en cambio, viene correctamente identificado en las sentencias que individúan como bien jurídico lesionado no simplemente la facultad de abortar, sino el más amplio derecho de autodeterminación de la mujer, que al verse privada de una información fundamental acerca del estado del feto, no tuvo la posibilidad de decidir libremente sobre la continuación o no de su embarazo.

A este propósito, como ya hemos señalado, la STS 16 junio 2010 adopta también dicho concepto de bien jurídico lesionado, lo que se infiere particularmente del hecho de conceder a los padres una indemnización por “*aquel daño moral*” que se encuentra descrito en la Sentencia 4 noviembre 2008, a la que hace expresa referencia. De hecho, en esta última sentencia se afirma que “*podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder*

diagnóstica, de “*failed autodetermination*”, siendo el derecho de autodeterminación de la mujer el bien jurídico efectivamente lesionado, como reconocen la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo.

¹⁸ Vid. entre otras la STS 7 junio 2002 en la que se afirma que “*aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante*”.

de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma” aunque después se siga hablando de “*daño moral consistente en no haber conocido la patología en un momento lo suficientemente temprano como para decidir poner fin legalmente al embarazo*”, lo que parece contemplar sólo la opción del aborto.

Entre los numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo que acogen la descrita definición de daño moral, se encuentran una cuantas Sentencias de la Sala de lo Civil¹⁹ que no hablan expresamente de la lesión del derecho de la mujer a autodeterminarse, sino simplemente del daño moral derivado de la lesión del derecho a una información sanitaria adecuada. Sin embargo, se puede afirmar que el derecho de autodeterminación se configura como una directa consecuencia de éste²⁰.

Otras sentencias califican también de daño moral la imposibilidad para los padres de conocer con la debida antelación la situación de su hijo para tener el tiempo de prepararse psicológicamente a aceptar y superar el sufrimiento que tal circunstancia conlleva, lo que hubiera podido llevar a una aceptación del hijo y a la decisión de organizar los medios oportunos para su llegada, o bien a la decisión de abortar. De todos modos, a pesar de cual hubiese sido la decisión, el eje del daño moral es lo que la STS 21 diciembre 2005 define como “*privación a la madre de la información suficiente para permitirle afrontar esta situación desde el inicio del embarazo*”, situación que la STS 6 junio 1997 define de “*impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrán [sic] valerse por sí mismo y que pueden [sic] llegar a alcanzar edades medianas*”²¹.

A este propósito, hay que precisar que el impacto psíquico en sí, derivado del

¹⁹ Vid. SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 18 diciembre 2003, 6 julio 2007, 19 junio 2007, 23 noviembre 2007 y 17 noviembre 2008. Las dos últimas sentencias, a pesar de excluir en el caso concreto la existencia de un daño, plantean la posibilidad de que éste se produzca en casos particulares (embarazos de riesgo) y que consista en la falta de información.

²⁰ Cfr. STS 6 julio 2007 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en la que se afirma que el derecho de la paciente a la información sanitaria “*en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la obligación que tienen los profesionales de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas sobre la evolución del embarazo, que es lo que a la postre va a permitirle tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses, tanto de presente como de futuro*”. Sin embargo, como expresa claramente la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 4 noviembre 2005, la falta de consentimiento informado como *mala praxis* no genera responsabilidad si de ésta no se deriva un daño.

²¹ En la doctrina, vid. ROMERO COLOMA, *op. y loc. cit.* (LA LEY 13466/2009), quien afirma que “*por fin, otra teoría, que enlaza directamente con el tema del daño moral, está referida a la falta de preparación psicológica para el nacimiento del niño enfermo o discapacitado, tesis ésta que, en buena medida, puede calificarse de bastante acertada y razonable. En efecto, cuando los progenitores toman conciencia del verdadero estado de salud del hijo —al que creían sano—, se afirma que no han tenido tiempo ni oportunidad para prepararse para el nacimiento del niño en estas condiciones, por lo que, inevitablemente, sufren un daño moral importante (...)*”.

descubrimiento de la discapacidad del niño, no es un elemento evitable en la situación concreta, ni siquiera a través del comportamiento diligente del médico, puesto que de todas maneras se produciría, si bien en tiempos y modalidades diferentes. En otras palabras, lo que permite que haya un daño moral es la falta de información tempestiva, que niega la posibilidad a los padres de vivir el impacto psíquico en un momento anterior al nacimiento, ofreciéndole el tiempo para reflexionar, aceptar la situación, superar el “shock” del primer momento, decidir sobre la continuación o no del embarazo²² y prepararse psicológicamente y emotivamente a sus consecuencias.

En efecto, los padres sufren un impacto emotivo muy fuerte al ver nacer a su propio hijo en situación de discapacidad mientras lo que esperaban era un niño sano²³, lo que podría conllevar un ulterior daño moral por frustración de expectativas (el nacimiento de un niño sano) mas no *per se*, sino en cuanto tales expectativas han ido consolidándose propiamente a causa de la omisión informativa culposa del personal sanitario, que ha generado en los padres no sólo la ignorancia de la enfermedad, sino más bien la convicción del perfecto estado de salud de su hijo hasta el momento del nacimiento.

Otro tipo de daño moral que se podría plantear y que deriva del anterior es la situación de estrés en la que desembocan los padres inmediatamente después del nacimiento por no haber tenido tiempo de recibir con la debida antelación las informaciones necesarias para proveer a las exigencias del niño (v. gr. curas específicas como terapias de rehabilitación y estimulación) y para establecer contactos y adoptar medidas adecuadas para enfrentarse a la nueva situación (v. gr. centros de apoyo para

²² Sin embargo, hay que precisar que, tratándose de un concepto de daño relacionado con la lesión del derecho de información y por ende de autodeterminación, el impacto psíquico puede tener mayor o menor gravedad en relación con la decisión que hubiesen tomado los padres si hubieran sido debida y tempestivamente informados sobre el estado del feto. En efecto, en la circunstancia de que los padres hubiesen decidido abortar, el impacto psíquico de ver nacer a un niño enfermo será mayor en cuanto sufrirán una situación que ellos no estaban dispuestos a aceptar, que en su interior rechazan y que probablemente se encuentran obligados a tener que afrontar con estado de ánimo de frustración; mientras en el caso contrario, el impacto psíquico sólo se integrará con el elemento temporal, que de haber conocido tal situación por tiempo, los padres hubiesen podido psicológicamente prepararse mejor. Obviamente hay que considerar que esta diferencia de graduación en la gravedad del impacto psíquico conlleva un doble problema: de cuantificación del daño en los dos distintos supuestos a fines indemnizatorios y de prueba de la decisión que hubieran tomado los padres si hubiesen sido informados. A estos efectos hay que considerar que habrá un mayor interés por parte de los padres en que se demuestre que hubieran recurrido al aborto en cuanto de esto dependerá una mayor indemnización.

²³ A este propósito, DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil médica...cit.*, p. 33, como consecuencia de la inadmisibilidad de que el nacimiento de un niño enfermo constituya un daño resarcible, afirma que “*no son susceptibles de indemnización, los perjuicios psíquicos (hipotético impacto emocional) (...) que pueda experimentar la mujer que da a luz un hijo enfermo (...)*”; contrariamente a este planteamiento, no cabe duda que el impacto emocional al momento del nacimiento se vivirá muy diversamente si los padres son conscientes que el niño va a nacer enfermo y han tenido tiempo de prepararse psicológicamente: el evento tendrá mucho menos impacto en ellos.

los mismos padres). De esta manera se ven forzados a tener que reunir una cantidad muy amplia y variada de informaciones en muy poco tiempo, lo que puede convertirse psicológicamente en una ulterior carga, que es posible que sea susceptible de indemnización.

Por último, en la STSJ de Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) 23 octubre 2009 se conceptúa como ulterior daño moral la necesidad de cuidados extra y la repercusión de éstos sobre las expectativas de los padres, afirmándose que la “*mayor dedicación, atención y cuidado que conlleva la educación de un hijo o hija en esa situación, así como la influencia de la misma sobre las expectativas de los progenitores, (...) constituye per se un daño moral indemnizable*”.

IV. Observaciones sobre la identidad, contenido y fundamentación jurídica del daño patrimonial

En las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* se plantea una segunda tipología de daño, el daño patrimonial. Este tipo de daño se hace derivar de la lesión económica que sufren los padres debida a los gastos extraordinarios para la crianza del hijo discapacitado, gastos que consisten en aquellas cantidades en que razonablemente se estimen incrementados los deberes legales de asistencia al nacido. Entre ellos se incluyen la necesidad de tratamiento médico especializado y/o de acudir a centros especializados en estimulación precoz y/o rehabilitación, la adaptación del domicilio familiar lo más posible a las necesidades del hijo, la búsqueda y transporte en su caso a un centro escolar normal o con programa de integración o de educación especial, o el salario de la persona que eventualmente deba atender al hijo además de los gastos de asistencia médica y hospitalaria y de toda índole vinculados a la suerte de las lesiones, incluido el coste de los tratamientos y/o intervenciones quirúrgicas que fueren necesarias en un futuro²⁴.

Hay que destacar primeramente que este tipo de daño no ha sido reconocido en todas las sentencias que han admitido una responsabilidad patrimonial por *wrongful birth*. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo que lo reconocen, además de ser relativamente recientes, son bastante escasos: la Sala de lo Civil emitió cinco sentencias admitiéndolo (SSTS 18 diciembre 2003, 21 diciembre 2005, 18 mayo 2006, 24 octubre

²⁴ Vid. SALÁS DARROCHA, *op. y loc. cit.*, (BIB 2005\1702).

2008 y 4 noviembre 2010), mientras que la Sala de lo Contencioso-Administrativo dictó sólo dos (la misma STS 16 junio 2010 y la STS 4 noviembre 2008).

Por lo que se refiere al contenido del daño patrimonial, la STS 16 junio 2010, remitiéndose a la ya citada STS 4 noviembre 2008, habla de la *“lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down”*, para afirmar que *“los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización”*.

En su Sentencia 18 diciembre 2003, la Sala de lo Civil (Sección 1ª) del Tribunal Supremo afirma que para el cálculo de la indemnización por responsabilidad patrimonial sanitaria se han tenido en cuenta *“las expectativas de que se han visto privados los actores y la repercusión del hecho en sus vidas dada la entidad del evento producido, además del daño moral”*. Como se infiere del tenor de la frase, la primera parte de la proposición hace referencia a los daños patrimoniales, aunque se hable de expectativas y repercusión del hecho en la vida de los padres, lo que llevaría más bien a calificarlos como daños morales. De todas formas, dado que se ofrecen pocas pistas sobre las concretas partidas que componen el daño indemnizado²⁵, hace falta aquí una interpretación que especifique cada uno de los términos mencionados. Por lo que se refiere a las legítimas expectativas de los progenitores, que desde el punto de vista patrimonial son difíciles de encuadrar, se podría tratar de expectativas económicas de ahorro o de ganancias que se ven obstaculizadas por los gastos extra que supone el mantenimiento del hijo discapacitado; por su parte, la *“repercusión del hecho en su vida”* podría entenderse como la repercusión económica, el perjuicio económico que sufren los padres en consecuencia de la discapacidad del hijo.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 21 diciembre 2005 afirma que el daño *“resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva”*, afirmación que es recuperada y transcrita en la STS 24 octubre 2008, en la que se definen expresamente los daños patrimoniales como una *“consecuencia de la existencia de un*

²⁵ Así se manifiestan MARTÍN CASALS, M., y SOLÉ FELIU, J., *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth)*, Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003, en *“InDret: Revista para el Análisis del Derecho”*, núm. 2, 2004, p. 9, que ponen de relieve esta carencia del fallo en cuestión.

perjuicio efectivo y perfectamente evaluable que puede resultar del coste de las pruebas diagnósticas, de un innecesario embarazo y parto y de la adaptación de los padres a la nueva situación, social, familiar, económica y de atención especial surgida de un hecho imprevisto y extraordinario para ellos, como es el nacimiento de un hijo afectado por Síndrome de Down”.

La STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 18 mayo 2006 y la STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) 23 octubre 2009, a pesar de no hablar expresamente de daño patrimonial, indirectamente reconocen su existencia en cuanto ambas conceden una forma de indemnización que parece dirigida a reparar específicamente este tipo de daño: mientras la primera concede a la persona que ostente la patria potestad o tutela, en su caso, del menor discapacitado, la suma de 901,52 euros, la segunda atribuye directamente a favor de la niña con síndrome de Down una pensión mensual “ligada al desarrollo de su vida”.

En cuanto a la fundamentación jurídica de este tipo de daños, se puede abordar la cuestión desde dos puntos de vista, diferentes entre sí.

Según un primer planteamiento, hay que considerar que indemnizar los daños materiales por los gastos adicionales que tienen que soportar los padres a causa de la discapacidad del propio hijo, puede llevar indirectamente a considerar al mismo nacimiento como un daño²⁶, hipótesis, como vimos, básicamente descartada por la jurisprudencia. Lo antedicho se refleja con claridad meridiana en el propio enunciado de la Sentencia de 16 de junio de 2010, cuando afirma (citando literalmente la STS 4 noviembre 2008) que los gastos derivados de la crianza de los hijos constituyen un daño si las circunstancias se separan de lo normal, implicando una carga económica muy superior a la ordinaria. En la misma línea se sitúa la STS 21 diciembre 2005, en la que se proclama que “*el niño no representa un daño más allá del que comporta ese plus que resulta de la discapacidad*”, sosteniendo así indirectamente que el niño representa un daño limitadamente al plus de gastos derivados de su discapacidad.

Efectivamente, tales afirmaciones enfocan como daño a un elemento -los

²⁶ Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil médica... cit.*, p. 29, que afirma que “*si a la hora de cuantificar el daño se incluyen daños materiales, por los gastos adicionales que para los padres supone haber engendrado un niño deficiente (en relación con los que generan los que no lo son), de hecho, se acaba considerando como daño resarcible el nacimiento del mismo niño (...)*”. Por su parte, ELIZARI URTASUN, *op. y loc. cit.*, pp. 154-155, señala que “*el hecho que sea un hijo deseado [embarazo voluntario], unido a la dificultad de calificar como daño a la vida de un hijo, lleva a evitar de indemnizar por el nacimiento en sí, o por la vida o la manutención del hijo en general*” y recalca el peligroso acercamiento al resarcimiento de las consecuencias económicas de la vida y/o de la discapacidad del hijo.

mayores costes de crianza- intrínseco a la misma existencia del hijo, elemento que sólo se habría podido evitar a través del no nacimiento, estando la discapacidad íntimamente unida a la existencia del hijo y siendo inevitable desde un punto de vista médico, salvo el recurso al aborto.

Todo esto implica, consecuentemente, que la existencia misma del hijo conlleva un daño económico para los padres, conclusión absolutamente contraria a los principios jurisprudenciales que hemos señalado anteriormente así como a la dignidad del hombre (fundamento del orden político y de la paz social, según el artículo 10.1 de la Constitución española) y a lo previsto tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos como en la precedentemente citada Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Otra circunstancia que merece nuestra atención es que aun cuando el hijo discapacitado alcance la mayoría de edad y ejercite un oficio, profesión o industria que le permita afrontar los gastos derivados de su mantenimiento, procederá el resarcimiento de tales gastos, lo que a su vez no sólo contradice lo previsto por el artículo 152.3 CC en sede de pensión alimenticia, sino que es una manera de dar cabida a un nuevo caso de indemnización por *wrongful life* en el ordenamiento español. En efecto, se trataría de indemnizar al mismo hijo por daños económicos ligados a su mismo nacimiento, admitiendo indirectamente un inexistente derecho a no nacer.

En conclusión, según este primer planteamiento, “*los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen, en principio, un daño, ya que son inherentes a un elemental deber que pesa sobre los padres*”²⁷, por lo que se trata de gastos que tienen que soportar los progenitores, aunque con la posibilidad que este tipo de costes sean externalizados al Estado Social²⁸. En apoyo a estas conclusiones, se puede afirmar que

²⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), Sentencia 4 noviembre 2008; en nuestro razonamiento, se utiliza esta expresión de la Sala del Tribunal Supremo para incluir en los “gastos derivados de la crianza de los hijos” también a los gastos extra por hacer frente a la específica discapacidad del hijo.

²⁸ A este propósito, la STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) 23 octubre 2009 habla del “*carácter ostensiblemente insuficiente y en ocasiones irrisorio de las prestaciones o ayudas [...] que perciben los niños y niñas con Síndrome de Down, quienes merecen la adopción de medidas legislativas y ejecutivas o administrativas, sea a nivel estatal o a nivel autonómico (...), que se ajusten a los mandatos constitucionales (artículos 9.2 ó 49, entre otros, de la Carta Magna) y que respeten unas obligaciones positivas que pesan sobre los poderes públicos, sin perjuicio del compromiso y esfuerzo reivindicativo de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan por la inclusión social de la personas con discapacidad*”. El Tribunal seguidamente añade: “*la acción de otro poder público (el judicial) en casos como el presente no deja de ser una solución individualizada y, por ello mismo, insatisfactoria para hacer frente a una cuestión que concierne al conjunto de la sociedad*”.

la responsabilidad civil no tiene función asistencial, sino indemnizatoria²⁹ y que el enfoque correcto es el que prevé que el Estado social deba asumir los costes de asistencia a las personas discapacitadas, mediante su sistema de prestaciones públicas y de servicios sociales, para alcanzar objetivos de justicia distributiva para los cuales no se puede esperar que sirvan las normas reguladoras de la responsabilidad civil³⁰. En la misma línea se coloca la ley francesa núm. 2002-2003 de 4 de marzo de 2002 “*relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*” (JO du 5 mars), que siguió al famoso caso *Perruche* y que limita la reclamación por *wrongful birth* al daño moral sufrido por los padres, afirmando que “*este perjuicio no deberá incluir las cargas particulares que deriven de la anomalía del hijo a lo largo de toda su vida. La compensación de ese perjuicio corresponde a la solidaridad nacional*”.

Una segunda orientación lleva a considerar debido el resarcimiento por los gastos adicionales de crianza del hijo discapacitado, en la medida que el personal sanitario con su negligencia no dio a la madre la oportunidad de evitarlos recurriendo eventualmente al aborto. Esta segunda orientación, que admite la indemnización del daño patrimonial, se funda en que en la base de la despenalización del aborto está el objetivo de evitar imponer a los progenitores una carga económica que exceda de la que les es normalmente exigible³¹. En efecto, a causa de la negligencia médica, se ha obligado a la madre a soportar las “cargas excesivas” que la despenalización de aquel tipo de aborto (por causas eugenésicas) le ofrecía la posibilidad de evitar; por lo tanto,

²⁹ En este sentido, vid. DE VERDA Y BEAMONTE, *Responsabilidad civil... cit.*, p. 38, que afirma que “*la tesis que considera como daño resarcible el nacimiento de un niño con una deficiencia, está haciendo cumplir a la responsabilidad civil una función asistencial, que no le es propia*”. Nótese que las SSTS (Sala tercera) 27 junio 2007 y 14 marzo 2007, en el cálculo de la cuantía de la indemnización, introducen una distinción entre los gastos de competencia de la Seguridad Social (o de otras entidades, como los Servicios Sociales) -asistencia sanitaria, parafarmacia y fisioterapia- que como es lógico no deberán considerarse indemnizables, y los que en cambio, estando a exclusivo cargo de los padres del sujeto discapacitado, sí se pueden considerar indemnizables, marcando así claramente la diferencia entre función judicial indemnizatoria y función estatal asistencial. La misma distinción hace la SAP Salamanca (Sección 1ª), Sentencia núm. 485/2006 de 29 noviembre, que razonando sobre la cuantificación del daño patrimonial afirma que “*la asistencia por minusvalía en caso de malformaciones congénitas debe ser cubierta por la solidaridad nacional que supone el sistema de la Seguridad Social mediante el sistema de ayudas y pensiones por discapacidad*”.

³⁰ En este sentido se manifiestan MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ, *Comentario a la Sentencia de 18 de mayo de 2006, cit.*, p. 542.

³¹ Vid. la STC 11 abril 1985, en la que se afirma que “*el fundamento de este supuesto [de despenalización parcial del aborto], que incluye verdaderos casos límite se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia*” y se añade: “*la afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva*”.

los gastos extra motivados por las taras físicas o psíquicas del hijo, que son precisamente aquellos que, por representar una carga excesiva para la madre y la familia, fundamentan la despenalización del aborto eugenésico, son los que -según este planteamiento- deberían indemnizarse en las demandas de *wrongful birth*³².

Aquí surge el problema de la dificultad para demostrar cuál hubiera sido la posición de la madre, si ésta hubiese conocido correctamente y tempestivamente el estado del feto, a la hora de tomar la decisión de abortar o no. En efecto, si la mujer, en la hipótesis de recibir correctamente el diagnóstico prenatal, hubiese decidido abortar, no incurriría en los antedichos gastos extra.

En la jurisprudencia de la Sala de lo Civil se afirma que ha habido violación del derecho de autodeterminación de la mujer prescindiendo de su eventual decisión acerca del recurso al aborto, que no se tiene en cuenta, al ser considerada indemostrable³³. Según este planteamiento, los gastos extra no deberían poder ser objeto de indemnización (mas deberían correr a cargo del Estado); sin embargo, y de manera criticable a mi parecer, algunas Sentencias de la misma Sala los admiten en cuanto “efectos” derivados de la privación a la madre de la facultad de decidir³⁴.

En cambio, en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, aunque se siga afirmando que ha habido violación del derecho de autodeterminación de la mujer, sin embargo se supone que ésta hubiera optado por acudir al aborto, siendo la Administración la que debe demostrar lo contrario, y “esta falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial”³⁵. De este posicionamiento se debería deducir, en buena lógica, una imposición casi automática de la indemnización por los gastos extra derivados del nacimiento del hijo discapacitado. Sin embargo son muy pocas las Sentencias de esta Sala que reconocen un daño patrimonial más allá del daño moral³⁶.

En definitiva, como se puede ver, la jurisprudencia no tiene una línea clara ni coherente que ayude a orientarse en la complejidad del problema, a través de principios unívocos y comunes sobre el tema. De todas formas, en mi opinión, aunque se admita que se ha lesionado el derecho de autodeterminación de la mujer, sigue sin existir

³² MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ, *Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar...* cit., p. 10.

³³ Vid. entre otras, las ya citadas SSTs (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 21 diciembre 2005, 19 junio 2007 y 24 octubre 2008.

³⁴ Vid. las ya citadas SSTs 21 diciembre 2005 y 24 octubre 2008.

³⁵ Vid., entre otras, las SSTs (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 30 junio 2006, 14 marzo 2007, 10 mayo 2007 y 16 octubre 2007.

³⁶ Vid. la ya citada STS 4 noviembre 2008 y la misma STS 16 junio 2010.

relación entre tal violación y el surgimiento de los antedichos gastos, siendo imposible demostrar o aunque sea sólo suponer (dejando a la Administración la carga de una contraprueba más que “diabólica”) cual hubiese sido la decisión de la gestante en relación con el seguimiento de su embarazo y por ende si hubiera tenido que soportar tales gastos o no a consecuencia de tal decisión. Además, no resulta claro el nexo causal entre la privación del derecho de autodeterminación y los efectos económicos de la discapacidad del niño³⁷.

V. La modalidad de indemnización del daño patrimonial: un peligroso acercamiento al resarcimiento por *wrongful life*

Pese a que no cabe duda de que el sistema de responsabilidad civil posee una función exclusivamente resarcitoria y que en ningún caso puede asumir una finalidad asistencial³⁸, hay que destacar, sin embargo, que en el momento en que se admite la indemnización de los daños patrimoniales por los gastos extra que conllevan la crianza y el cuidado de un hijo discapacitado, habrá que tener en cuenta la naturaleza de la lesión económica que se va a reparar.

Efectivamente, me parece que no se puede hablar de una lesión circunscrita a unos gastos determinados que se generan en el momento de la cuantificación del daño, sino de una lesión que genera unos gastos caracterizados por un fuerte componente de variabilidad, cuya cuantía irá posiblemente cambiando de acuerdo con las eventuales mejorías o empeoramientos del estado de salud del sujeto discapacitado (v.gr. aumento de gastos por necesidad de una operación de cirugía cardíaca; reducción de gastos por avances considerables en el desarrollo psicomotor por lo que ya no es necesaria una atención fisioterapéutica diaria, etc.) y cuya duración se extenderá durante un plazo de tiempo indeterminado (dependiendo de las expectativas de supervivencia del hijo, en relación con el tipo de enfermedad que sufre). Por esta razón, sería oportuno adoptar una modalidad de resarcimiento adecuada, que pueda responder en la medida de lo posible a las características de variabilidad -de un lado- y de continuidad e indeterminación temporal -del otro- del daño patrimonial.

Una posible solución podría ser la de responder a la variabilidad del daño a través de la posibilidad de revisión periódica del importe concedido en concepto de reparación. Por su parte, a la continuidad temporal unida a la indeterminación de la

³⁷ A este propósito, vid. ELIZARI URTASUN, *op. y loc. cit.*, p. 155.

³⁸ De hecho el sistema de responsabilidad civil interviene sólo en situaciones “patológicas” y no “fisiológicas” y tiene función reparadora en situaciones puntuales.

duración del daño se podría responder con la concesión periódica y vitalicia de una cantidad indemnizatoria.

Por lo que se refiere a la posibilidad de revisión periódica del importe de la reparación, la Sentencia de 16 de junio de 2010 no prevé nada al respecto, limitándose a confirmar el importe de la indemnización concedida en segunda instancia³⁹, que solamente preveía una revalorización de acuerdo con el IPC. En cambio, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 27 junio 2007 ofrece un interesante precedente, al excluir de la indemnización concedida en concepto de daño patrimonial los gastos futuros, en particular a los de adecuación de la vivienda y vehículo, y al afirmar que *“de ser necesarios en el futuro, ello pueda motivar una reconsideración de la indemnización correspondiente”*. Esta solución responde adecuadamente al carácter de variabilidad del daño patrimonial, ofreciendo la posibilidad de revisión del importe concedido, por ser incierto si el niño alcanzará una edad suficiente para necesitar tales medidas específicas; sin embargo, podría resultar bastante complicada desde un punto de vista “operativo” (debido al alargamiento de los tiempos para obtener la modificación del importe respecto de lo que podría ser -y que se sugiere- una adecuación automática de la cifra en base a baremos predefinidos) .

Una solución parecida se encuentra en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) 10 mayo 2007, en la que, tras asignar una cantidad fija por daños morales a los padres de un niño afectado por adrenoleucodistrofia, se afirma que *“si como consecuencia de la afectación del menor, asintomático en la fecha de la reclamación, éste presentase una evolución que se plasmase en cualquier patología derivada de la adrenoleucodistrofia, tendrá derecho él o sus representantes legales a ser indemnizado por aquella, a cuyo fin podrán ejercitar las acciones que estimen convenientes”*. También en esta última sentencia se respeta la característica de la variabilidad del daño patrimonial, aunque en este caso se trata de una variabilidad que afecta a la existencia misma de los daños, en cuanto éstos todavía no se han manifestado (siendo el menor asintomático), pero podrían manifestarse en el futuro, dada la naturaleza de la enfermedad y su incierta evolución.

Por lo que se refiere al aspecto de la continuidad temporal del daño, en las sentencias sobre *wrongful birth* que admiten la reparación del daño patrimonial, no se encuentra con frecuencia la aplicación de una modalidad de dilación temporal de la indemnización, sino solamente la de una reparación en único concepto en la que se

³⁹ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) 9 julio 2008.

pretende incluir todos los gastos presentes y futuros que supone la discapacidad del niño.

Entre los raros pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se empieza a avistar un primer intento de adecuación a las características del daño, se encuentran la misma STS 16 junio 2010, la STS 18 mayo 2006 y la STSJ de C. Valenciana 23 octubre 2009.

Con respecto a la Sentencia de 16 de junio de 2010, me parece que el Tribunal, en su deseo de responder adecuadamente al alcance fuertemente variable e incierto - bajo el aspecto tanto cuantitativo como temporal- de la lesión, termina por actuar de una manera doblemente equivocada.

En primer lugar, atribuye a éste tipo de daño, junto con el daño moral que han sufrido los padres, una reparación por una cantidad fija de 75.000 euros *pro capite*: aquí además de faltar el elemento de la dilación temporal de la reparación, que pueda responder adecuadamente a las características del daño patrimonial, se reparan en un único concepto daño moral y daño patrimonial, dificultando la asignación al daño patrimonial de un valor bien definido y distinto respecto a lo que se indemniza en concepto de daño moral.

En segundo lugar, se concede a la misma hija discapacitada una pensión vitalicia de 1500 euros mensuales, que en éste caso sí respondería a las exigencias de obtener una reparación periódica que siga la continuidad temporal e indeterminación en la duración del daño, pero que, al configurar a la misma hija como sujeto indemnizado, la convierte consecuentemente en sujeto lesionado, lo cual tiene un fundamento jurídico muy discutible. De hecho, como hemos visto en páginas precedentes, se trata en este caso de una forma de reparación que, bajo el nombre de *wrongful birth*, da cabida en cambio en el ordenamiento español a un caso de *wrongful life*.

Un antecedente se encuentra en la citada STSJ de C. Valenciana 23 octubre 2009, en la que se concedió a los padres una suma de 140.000 euros en concepto de daño moral y se reconoció a favor de la hija una pensión de 1.051 euros mensuales en concepto de daño material (“*cantidad que se reclama para la atención a la menor*”) derivado del nexo causal entre el mal funcionamiento de la Administración sanitaria y la privación de la posibilidad de “*abortar el nacimiento de un hijo o hija a cargo cuyo cuidado implica una mayor atención y esfuerzo*”.

En relación a esta sentencia se pueden hacer tres observaciones: la primera es que en este caso la indemnización en un único concepto que se concede a los padres

sólo incluye el daño moral, evitando así que, resarcido a la vez daño moral y patrimonial, se confundan las respectivas cantidades y no se llegue a distinguir el importe asignado a cada uno de los tipos de daño; en segundo lugar, hay que destacar que nos encontramos ante un nuevo caso de indemnización por *wrongful life* introducido por la concesión a la misma hija enferma de una pensión mensual vitalicia en concepto de daño patrimonial; por último, hay que poner de manifiesto la ausencia de previsión de una revisión periódica del importe concedido.

El Tribunal afirma que encuentra “*más equitativo, en concepto de daño material, el reconocimiento de esa pensión mensual a favor del niño o niña con Síndrome de Down y ligada al desarrollo de su vida (...), que un tanto alzado a favor de los padres y/o en su caso de los hermanos, pues eso último se asentaría incluso en una inadmisibles devaluación de la dignidad personal del niño o niña con tal Síndrome y en un discutible supuesto daño al derecho a la vida familiar (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o artículo 18 en conjunción con artículo 39 de la Constitución española) de los padres y/o hermanos que no ha sido por el momento admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...)*”.

En mi opinión, es cierto que la atribución de una pensión mensual responde mejor a las exigencias de reparación del daño patrimonial en el caso específico, respecto de una cifra a tanto alzado; sin embargo, la asignación de dicha pensión a la misma hija identifica a ésta como sujeto lesionado, originando un caso de *wrongful life*. En cambio, la atribución de dicha pensión a los padres (o -como en el caso descrito en la sentencia- a los hermanos) sería la solución mejor, pues al final son ellos los que se enfrentan a los gastos extra para la crianza y el cuidado del sujeto enfermo, y quienes gestionan la misma pensión a pesar de que esté atribuida a aquél, por lo menos hasta su mayoría de edad. Además, no hay que confundir lo que se puede definir como ofensivo de la dignidad del sujeto enfermo, y que en mi opinión consiste en el hecho de resarcir un daño patrimonial derivado de su misma existencia, con la asignación de tal indemnización a los padres (o hermanos) en lugar de al mismo sujeto.

En lo concerniente a la STS 18 mayo 2006, hay que resaltar que se trata de la única sentencia que responde plenamente a las exigencias de que la indemnización siga la continuidad temporal del daño, sin caer en una inoportuna admisión del *wrongful life* en el ordenamiento español. De hecho, en este pronunciamiento se confirmó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que había condenado a los demandados a abonar, a la persona que ostentase la patria potestad o tutela, en su caso,

del sujeto discapacitado, la suma de 901,52 euros mensuales. Sin embargo, sigue faltando aquí la previsión de una revisión periódica de la cifra, lo que respondería a la ulterior característica de variabilidad del daño.

VI. Una solución a la inversa: ¿Cabe responsabilidad por privación de la facultad de no abortar?

Otra cuestión abierta es la de qué tipo de responsabilidad surge en los casos que se podrían definir como “*wrongful abortion*” (aborto equivocado) y como “*avoidable abortion*” (aborto evitable). En el primer caso, estamos ante una información o diagnóstico equivocado, si bien en sentido contrario a lo que hemos analizado hasta ahora: se informa a la gestante de unas enfermedades o anomalías del feto, que en realidad éste no tiene, lo que lleva a la paciente a decidirse por abortar, debido a su convicción de que el niño que va a nacer estará afectado por algún tipo de enfermedad.

En este caso, el aborto puede considerarse una consecuencia directa del error del médico, en el que la mujer ha puesto su completa confianza, lo que llevaría consecuentemente a la violación del principio de “confianza legítima” (recogido en la ya citada STS 6 junio 1997), además de generar un daño moral. Éste se encuentra ocasionado principalmente por la violación del derecho a una información sanitaria correcta y adecuada, que a su vez lesiona el consecuente derecho de autodeterminación de la mujer, influyendo sobre su decisión relativa al seguimiento del embarazo. A estos elementos se añaden el sufrimiento debido al aborto injustificado y la privación de la oportunidad de tener un hijo sano.

En principio, ambos progenitores tendrán derecho al resarcimiento del daño aunque con las debidas aclaraciones. Como veremos con detalle más adelante⁴⁰, el elemento de la lesión del derecho a una información sanitaria adecuada⁴¹ y del derecho de autodeterminación afectan -y aún más después de la nueva ley reguladora del aborto- exclusivamente a la mujer. A estos dos elementos se añade el de la violación del principio de “confianza legítima”, que se podría afirmar que también toca

⁴⁰ A este propósito véase en concreto el apartado “El problema de la legitimación activa en las acciones de *wrongful birth*”.

⁴¹ Vid. art. 5.1 Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que afirma que “*el titular del derecho a la información es el paciente*” lo que excluye cualquier derecho del cónyuge a ser informado, a no ser que el paciente mismo lo permita expresamente o tácitamente. En este último caso, de todos modos, el cónyuge no parece adquirir un verdadero derecho según la letra de la ley (que habla expresamente del paciente como “titular del derecho a la información” y cuando se refiere a las personas vinculadas a él afirma simplemente que “también serán informados...”), sino más bien una facultad.

exclusivamente a la mujer, siendo la relación con el médico extremadamente personal. Sin embargo, en situaciones familiares normales, el padre del niño participa activamente en el seguimiento del embarazo, de modo que se crea también en él una actitud de confianza en el médico que atiende a su mujer, confianza que se verá traicionada por la negligencia de aquél.

Se podría por lo tanto admitir que también el padre tiene derecho a invocar el mismo tipo de daño, aunque habrá que evaluar el riesgo de una excesiva extensión de la legitimación a la hora de reclamar esta clase de responsabilidad.

Prescindiendo de esta última categoría de daño, bastante controvertida, el derecho del padre a ser indemnizado se circunscribe, por lo tanto, a los restantes tipos de daño moral: sufrimiento por un aborto evitable y pérdida de oportunidad de tener un hijo sano, lo cual repercutirá en la cuantía indemnizatoria, supuestamente menor de la que le corresponda a la mujer.

Por lo que se refiere a la responsabilidad del médico, el hecho de que éste en ningún momento imponga o sugiera el aborto no le exime de su responsabilidad, aunque sí permite discutir sobre el grado de ésta. A tal propósito, cabe distinguir una responsabilidad “básica” por error médico (de información o de diagnóstico), a la que puede eventualmente añadirse una responsabilidad por inducción directa o indirecta al aborto, entendiendo por directa la realizada a través de consejos dirigidos expresamente al aborto, y por indirecta la derivada de la falta de la información adecuada que pudiese disuadir a la mujer de la idea de abortar (v.gr. información sobre asociaciones de apoyo; sobre ayudas sociales y económicas existentes, etc.).

Cabe precisar que si el médico, tras proporcionar una información equivocada sobre el estado de salud del niño, aconseja a la paciente abortar, entonces la decisión de la mujer estaría doblemente afectada por la conducta del médico, y esta vez de manera decisiva en relación al aborto, sobre todo por el nivel de confianza que normalmente se tiene en el personal sanitario, por la profesionalidad que se espera de él, y por la debilidad psicológica en la que se encuentra la mujer gestante a la que se le informa de una enfermedad del feto. Por eso creo que en este caso el grado de responsabilidad del médico en relación al aborto cometido crecería exponencialmente.

En el “*avoidable abortion*” (aborto evitable) partimos de que la mujer decide abortar por una razón cualquiera (que no ha de ser necesariamente la de una enfermedad del feto, real o erróneamente supuesta) y lo que se plantea es si el médico que la atendió le ofreció toda la información necesaria acerca de las consecuencias

físicas y psíquicas del aborto, de la posibilidad de evitarlo recurriendo a otras soluciones alternativas -incluido el acogimiento o la adopción del niño-, de lo que significa convivir con una persona discapacitada y de las ayudas existentes en estos casos (en la hipótesis de aborto por causas eugenésicas); o si, en cambio, la información fue sesgada y orientada al aborto⁴². En definitiva, se trata de ver si le proporcionó la ayuda necesaria para tomar autónomamente una decisión responsable y ponderada o si, por el contrario, hubo lo que anteriormente calificamos como una “inducción indirecta” al aborto.

En este caso habría que plantearse:

- a) qué tipo de responsabilidad se le puede imputar al médico;
- b) si puede haber omisión de consentimiento informado en el sentido de “privación de la facultad de no abortar”;
- c) si el “arrepentimiento de la mujer” que abortó es indemnizable.

Estas cuestiones permanecen en gran medida abiertas, no existiendo una regulación clara de la responsabilidad del médico en tales casos.

El artículo 17 de la nueva Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, titulado “Información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo”, establece en su apartado segundo que *“en los casos en que las mujeres opten por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 recibirán, además, un sobre cerrado que contendrá la siguiente información: a) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; b) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento (...)”*.

Hay que observar que la información contenida en el art. 17.2 sólo se da en los casos de aborto regulados al artículo 14 de la Ley, es decir, en los casos de “Interrupción del embarazo a petición de la mujer”, y no en los demás casos de aborto eugenésico. El art. 17.3 prevé que en el supuesto del art. 15 b/ (y sólo en ese supuesto, sin incluir los casos de aborto eugenésico ex art. 15 c/) se proporcionará por escrito

⁴² Como señala la vicepresidenta de la Fundación Síndrome de Down, Sol Ortiz, *“hay una discriminación clara, porque se da una información parcial. Cuando se detecta un síndrome de Down no se da una idea global sobre cómo es convivir con una persona con esa discapacidad. En este momento no se da una información amplia y veraz; se da una información sesgada y orientada al aborto”*, artículo de Elena Hidalgo, *“Una paga por el que vive por error”*, en “El País”, 7-09-2010.

información sobre ayudas a personas con discapacidad, sin incluir la información sobre ayudas a la maternidad previstas en el art. 17.2.

Por lo tanto, hay que preguntarse:

- 1) Si existe por el ginecólogo el deber de suplir estas lagunas de la ley, proporcionando información sobre:
 - a) ayudas a personas con discapacidad en el supuesto del art. 15 c) que, entiendo, incluye hipótesis de anomalías graves (“enfermedades extremadamente graves e incurables”) y
 - b) ayudas a la maternidad previstas en el art. 17.2 en los supuestos de los arts. 15 b) y 15 c);
- 2) Cuales son las consecuencias para el médico en caso de omisión de las informaciones sobre ayudas a la maternidad y a personas con discapacidad respectivamente en los casos previstos y no previstos por la Ley.

El art. 17.4 ofrece una posible solución a la primera de las cuestiones, afirmando que en todo caso se habrá de informar a la mujer sobre “*las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo*”: incluir en las consecuencias “sociales” de la prosecución del embarazo las ayudas a la maternidad y a las personas con discapacidad en los casos no previstos por la ley, aunque pueda parecer una interpretación bastante forzada, sería oportuno para evitar el riesgo de un recurso al aborto por desinformación.

Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones, el apartado segundo de la disposición final primera de la Ley añade un nuevo artículo 145 bis al Código penal, previendo una sanción específica para el caso de practicar un aborto “sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad”.

La formulación tan genérica de esta disposición, que no distingue entre los diversos casos recogidos en el art. 15 de la Ley, parecería penar todos los casos de aborto practicado con falta de información previa sobre ayudas a la maternidad, incluyendo hasta los casos objeto de laguna de la misma Ley (en particular, los de información sobre ayudas a la maternidad en los supuestos de aborto recogidos en los arts. 15 b/ y 15 c/). Obviamente, a una mayor tutela de la mujer, se contrapondría un problema de interpretación de la norma: en efecto, habrá que tener presente un posible riesgo de violación del principio de legalidad de las normas penales.

Además de la responsabilidad penal, seguimos preguntándonos si cabe responsabilidad civil por vulneración del consentimiento informado.

A este propósito puede venir en ayuda la lectura conjunta del artículo 4 y de la disposición final sexta de la Ley 41/2002, de 14 noviembre de Autonomía del Paciente. En particular, el art. 4 establece que “*los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma*” (apartado 1) y que tal información “*le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad*” (apartado 2).

Por su parte, la disposición final sexta prevé sanciones administrativas para los casos de infracciones de lo dispuesto por la Ley, sin perjuicio de la responsabilidad civil procedente en derecho. Esta última previsión deja abierta la posibilidad de que proceda efectivamente responsabilidad civil por el caso de omisión de la información contenida en el art. 17 de la Ley (incluyendo las lagunas que antes describimos), aunque en concreto no ha habido todavía pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema.

Además, el desarrollo legislativo que hasta ahora ha tenido la nueva Ley del aborto no abarca el tema de la responsabilidad civil por omisión de la información contenida en su art. 17.

En conclusión, a pesar de la ausencia de detalle legislativo y de antecedentes jurisprudenciales específicos, me parece que en los casos de falta de información contenida en el art. 17 de la Ley (incluyendo las lagunas evidenciadas) habrá que aplicar la regla general de la responsabilidad civil por vulneración del consentimiento informado.

Una consecuencia incuestionable de tal vulneración será el daño moral consistente en la lesión del derecho de autodeterminación de la mujer, que podría a su vez llevar a la indemnización de la antedicha “privación de la facultad de no abortar”, en caso de que la mujer se haya decidido por interrumpir el embarazo principalmente por desinformación.

El problema de reconocer la posibilidad de indemnización de este último tipo de daño reside en la dificultad de demostrar que la mujer, de recibir correctamente toda la información contenida en el art. 17 de la Ley (lagunas incluidas), hubiera renunciado a abortar. Se trata efectivamente de una “*probatio diabólica*” de difícil solución, análoga a la que se enfrenta en el caso contrario de *wrongful birth*. En todo caso, si se llegase a reconocer una responsabilidad del médico por falta de consentimiento informado en el

sentido de la “privación de la facultad de no abortar”, se podría plantear una consecuente indirecta lesión del derecho fundamental a la integridad física y moral de la mujer que se vería infringida en ambos aspectos tras un aborto evitable.

Por último, por lo que se refiere a la posibilidad de indemnización del “arrepentimiento de la mujer”, me parece que se podría tratar de un ulterior tipo de daño moral que deriva de la vulneración del consentimiento informado, que a su vez ha llevado a un aborto como consecuencia *ex post* indeseada. Dicho tipo de daño abarcaría el sufrimiento por una acción motivada por una defectuosa formación del propio consentimiento, que no iría en contra del principio general del derecho de "*venire contra factum proprium nulli conceditur*" (doctrina de los actos propios)⁴³, no siendo la mujer plenamente consciente de su decisión, al no tener un conocimiento adecuado de las alternativas al aborto.

En conclusión, de momento parece que en el ordenamiento español, el ejercicio negativo del derecho al aborto no está tan garantizado como su contrario, como demuestran, entre otras, las lagunas legales, la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales al respecto y la consecuente necesidad de recurrir a una labor de exégesis para obtener una tutela que debería constituir una certeza y una garantía para las mujeres gestantes.

VII. La nueva regulación del aborto y su repercusión en las acciones de *wrongful birth*

Con la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la configuración del daño moral y patrimonial podría ir cambiando y aunque todavía no haya habido pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto, se puede adivinar cual va a ser la línea de evolución de éstos en el próximo futuro.

Primeramente, hay que evidenciar que, en relación con el recurso al aborto, si antes nos encontrábamos ante un supuesto de delito despenalizado en determinadas circunstancias⁴⁴, tras la aprobación de la citada Ley orgánica estamos frente a un

⁴³ Vid. LÓPEZ MESA, M. J. y ROGEL VIDE, C. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Reus (Madrid) y B de F (Montevideo), 2005, pp. 89 y ss. Este principio general del derecho fundado en la buena fe “*se basa en la inadmisibilidad de que un litigante fundamente su postura invocando hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior*” (CNTrab., Sala II, 31/8/93, “Díaz, Ricardo A. c. Transporte Sur-Nor C.I.S.A.”, DT, 1994-A, 40).

⁴⁴ Vid. el derogado artículo 417 bis Cód. Pen.: grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, violación, presunción de graves taras físicas o psíquicas en el feto.

derecho de la mujer⁴⁵, lo que refleja un interés social difuso y que puede llegar a modular la responsabilidad por *wrongful birth*, agravándola⁴⁶. Este cambio legislativo podría repercutir, sobre todo en el área indemnizatoria, en los futuros pronunciamientos jurisprudenciales sobre *wrongful birth*, siempre que se trate de casos de reclamación por imposibilidad de abortar por causas médicas⁴⁷, y de decisiones que sigan la orientación adoptada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acerca de la posibilidad de demostrar que la mujer -de haber recibido tempestivamente un diagnóstico prenatal correcto- hubiera abortado.

Efectivamente, como ya hemos visto, según esta Sala es posible demostrar que la mujer habría decidido abortar, recurriendo a la táctica de la presunción relativa con inversión de la carga de la prueba a costa de la Administración. En cambio, en los pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, se considera una cuestión irresoluble o, mejor dicho, irrelevante de cara al requisito de la relación de causalidad⁴⁸. De esto se puede deducir que probablemente para la Sala de lo Civil la nueva Ley del aborto resultará irrelevante en relación al contenido del daño, mientras que para la Sala de lo Contencioso-Administrativo la Ley afectará a dicho contenido, llevando a considerar lesionado el derecho a abortar, en cuanto se considera demostrable que la mujer habría hecho un uso activo del mismo.

Dadas estas premisas, por lo que se refiere al contenido del daño patrimonial, en

⁴⁵ Nótese que algunos autores afirmaban la existencia de un “derecho al aborto” ya antes de la aprobación de la Ley del aborto: vid. COSSÍO DÍAZ, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 179, que define el aborto eugenésico como una prestación que se puede demandar con fundamento constitucional; SALÁS DARROCHA, *op. y loc. cit.* (BIB 2005\1702), que afirma que “*debe reconocerse en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de un derecho al aborto terapéutico, ético y especialmente (...) embriopático, que además (...) reviste la categoría de derecho subjetivo público*”; el mismo autor en *Derecho a la reproducción humana*, en “Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional”, núm. 7/2002, (BIB 2002\811), afirma que “*debe reconocerse la existencia de un Derecho al Aborto como parte integrante del Derecho a la Reproducción*”; vid. también la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 19 junio 2007, que habla de “*derecho a abortar por causas eugenésicas dentro de las veintidós semanas de embarazo*”.

⁴⁶ TOMILLO URBINA, J. L. en su intervención en el *III Encuentro Interautonómico Sobre Protección Jurídica Del Paciente Como Consumidor* de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, afirma que “*antes, el aborto era algo despenalizado en determinados supuestos. Ahora es un derecho, y eso hace que el hecho de privar a una madre de su capacidad de decidir sea más grave*”, artículo de Elena Hidalgo, *Una paga por el que vive por error*, en “El País”, *cit.*

⁴⁷ En particular por las causas contenidas en el artículo 15 b) y c) de la nueva Ley. En cuanto a este último apartado, se consideran sólo los casos en que el médico no haya informado a la paciente del estado del feto hasta el término del embarazo, faltando en este supuesto el requisito del límite de tiempo dentro del cual se puede recurrir al aborto.

⁴⁸ En este sentido cfr. MACÍA MORILLO, *Negligencia médica... cit.*, p. 205, que afirma que “*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*” y que “*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*”.

la actualidad la mujer podría alegar como daño la imposibilidad de ejercer su derecho de abortar -y ya no simplemente de autodeterminarse- lo que hubiera llevado a evitar el nacimiento del hijo, con la consiguiente ausencia de todos los gastos relacionados con su existencia. En consecuencia, podría plantearse que el resarcimiento del daño patrimonial tenga que incluir, además de los gastos extraordinarios requeridos por la propia situación de discapacidad del hijo, también los mismos gastos básicos de mantenimiento. Aunque el embarazo fue voluntario -lo que significa también que la madre *a priori* aceptó abonar los gastos de mantenimiento de un futuro hijo (supuestamente sano)- sin embargo se podría plantear que la mujer no aceptó *a priori* la posibilidad de tener un hijo con discapacidad (hijo no deseado, no en cuanto hijo, sino en razón de su discapacidad) y consecuentemente de enfrentarse a los relativos gastos (de todo tipo: de mantenimiento y extraordinarios) que su existencia conlleva.

Efectivamente, estando el resarcimiento orientado a reparar la situación que se ha creado por negligencia médica y a restablecer -en la medida de lo posible- la situación tal y como era antes de la producción del daño, hay que considerar que en caso de haber podido abortar, no se habría verificado el nacimiento (nacimiento evitable: “*wrongful birth*”) y no habrían surgido costes de ningún tipo, ni de mantenimiento, ni extra para cuidados específicos.

Además, ya no se puede afirmar, como se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, que el objetivo de la regulación del aborto sea el de evitar cargas excesivas a la madre y a la familia derivadas de la discapacidad del hijo, lo que llevaba a incluir en el daño patrimonial sólo los gastos extraordinarios.

En efecto, actualmente se permite el recurso al aborto también a sola petición de la mujer (art. 14 Ley), fuera de los casos de malformación o otras enfermedades del feto, lo que lleva a excluir que el fin de la Ley sea el antedicho⁴⁹ y en cambio manifiesta que el legislador quiso defender específicamente el derecho en sí de la mujer a abortar.

Por lo que se refiere al daño moral, resultaría en primer lugar indemnizable la imposibilidad de ejercer propiamente el “derecho al aborto”, con consecuente privación de la posibilidad de evitar un nacimiento no deseado; consecuentemente, cabría hablar principalmente de daño moral por el impacto psíquico generado por el nacimiento de un

⁴⁹ Efectivamente, estamos lejos de lo que predicaba el Tribunal Constitucional cuando afirmaba que “*en la medida en que avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social (...) se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización*”.

hijo con discapacidad⁵⁰, además de daño moral por la imposibilidad de enfrentarse con la debida antelación al inevitable shock emotivo derivado del conocimiento de la enfermedad del feto, por la frustración de expectativas y por la situación de estrés de las que ya hablamos anteriormente.

En relación a este tipo de daño, se podría plantear una modulación de la indemnización en relación con la decisión de la mujer: en otras palabras, sería más coherente una indemnización más alta en el caso en que la mujer hubiese optado por abortar -en cuanto se tendría que reparar la imposibilidad de ejercer un derecho y sus consecuencias- y una más baja en el caso en que la mujer hubiese decidido no abortar, en cuanto el daño sólo sería el impacto psíquico sufrido por la imposibilidad de prepararse psicológicamente al nacimiento de un hijo enfermo.

A este propósito, parece conveniente profundizar en el tema de la prueba de la decisión de la mujer sobre el aborto.

Con la nueva ley del aborto, podría plantearse que, respetando la orientación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sigue estando a cargo del médico la contraprueba de que la mujer no habría abortado, en base a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria⁵¹. A este propósito, para obtener la prueba contraria, el médico podría recurrir al principio de la probabilidad⁵²: en particular, pueden resultar útiles en este sentido la actitud de la madre en el proceso diagnóstico - interés y/o exigencia mostrada en la práctica de las pruebas, contenido y alcance de la información exigida- o las manifestaciones espontáneamente realizadas sobre creencias

⁵⁰ Hay que destacar que este tipo de daño ya se había empezado a plantear con la STS 21 diciembre 2005 que habla de daño moral constituido por “*los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo discapacitado*”. En la misma línea, vid. ROMERO COLOMA, *op. y loc. cit.* (LA LEY 13466/2009), que habla de daño moral consistente en “*la angustia, la depresión, la ansiedad, por haber dado a luz a un hijo discapacitado*”. Aunque el nacimiento siga sin poder ser considerado un daño (principio que me parece puesto en discusión a la vista de la letra de la nueva Ley), se podría plantear que, si efectivamente fuera posible demostrar que la mujer habría abortado y que como consecuencia del aborto no habría tenido que soportar estos sufrimientos, cabría admitir su indemnización.

⁵¹ Estos principios están recogidos en el art. 217.6 LEC, que dispone “*para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores [las reglas sobre carga probatoria] de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*”. Según estos principios “*se hacen recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que con mayor facilidad podía aportarla al proceso o se hallaba en una mejor posición probatoria por la disponibilidad o proximidad a la fuente de prueba*” (LUNA YERGA, A., *Parálisis cerebral de recién nacida como consecuencia de la duración excesiva del parto*, *Comentario a la STS, 1ª*, 23.12.2002, en “*InDret: Revista para el Análisis del Derecho*”, núm. 2, 2003, p. 2).

⁵² Este principio prevé la posibilidad de acreditar, a partir de un hecho probado, un hecho que no se ha llegado a producir y por lo tanto “hipotético”. Vid. MACÍA MORILLO, *Negligencia médica... cit.*, p. 203, que afirma que “*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*”.

o actitudes en uno y otro sentido⁵³.

Además, la STS 30 noviembre 2001 tras afirmar que la determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, admite que “*no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente (en casos singulares) un juicio de probabilidad cualificada*” y que “*este juicio corresponde sentarlo al juzgador de instancia, cuya apreciación sólo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a un criterio de logicidad o buen sentido*”. Sin embargo, se podría plantear que la afirmación -aunque *ex post*- de la madre de que hubiere recurrido al aborto de haber recibido un diagnóstico correcto, no tendría que ser puesta en entredicho por el “principio de dignidad”, constitucionalmente consagrado, que obliga a considerar que las personas dicen la verdad en sus manifestaciones salvo si de alguna manera, siquiera indiciaria, se prueba dicha falta de verdad, que pueda poner en duda la certeza de las declaraciones⁵⁴.

En contra de todo este debate, se podría afirmar que el aborto como cualquier otro derecho puede ejercerse sea en su vertiente positiva que negativa, con lo cual la indemnización derivada de la imposibilidad de ejercer el derecho al aborto miraría a resarcir ambas posibilidades y no tendría que variar conforme a si la mujer hubiera decidido abortar o no, análogamente a lo que pasaba con la violación del derecho de autodeterminación. Este planteamiento llevaría a la conclusión que ese derecho ha sido en todo caso lesionado por el comportamiento negligente del médico. Además, en mi opinión, sigue siendo extremadamente difícil y hasta imposible demostrar cual hubiese sido la decisión de la madre, siendo también la contraprueba puesta a cargo del médico una “*probatio diabólica*” muy difícil de proporcionar, al tratarse de una decisión extremadamente personal sobre la cual influye una cantidad innumerable de factores.

VIII. El problema de la legitimación activa en las acciones de *wrongful birth*

Por lo que se refiere a los sujetos legitimados a entablar una acción de responsabilidad por *wrongful birth*, hay que señalar que tanto antes de la entrada en vigor de la nueva ley del aborto como después de ésta, la madre ha sido y sigue siendo el único sujeto legitimado a la acción. Antes, la razón estaba en que sólo la voluntad de la madre se había tenido en cuenta al establecer el supuesto de despenalización del

⁵³ SALÁS DARROCHA, *op. y loc. cit.* (BIB 2005\1702).

⁵⁴ *Ibidem.*

aborto⁵⁵, siendo ella la única titular de la facultad de decidir sobre la interrupción del embarazo⁵⁶ (dentro de los casos permitidos por la ley); actualmente, se sigue manteniendo que la decisión acerca del aborto permanezca exclusivamente dentro de la esfera jurídica de la madre, sin que el padre revista ningún tipo de papel ni pueda legítimamente ejercer ninguna intervención en este ámbito.

Sin embargo, los pronunciamientos jurisprudenciales que han intervenido hasta ahora en tema de *wrongful birth* suelen conceder la indemnización a ambos progenitores⁵⁷, sin oponer nunca la falta de legitimación del padre, aunque en el único caso en el que se ha instado una reclamación no por parte de ambos, como suele suceder, sino por parte únicamente del padre, el Tribunal Supremo (STS 5 diciembre 2007) ha desestimado el recurso afirmando que la facultad de optar por la interrupción del embarazo, en situaciones normales, constituye “*un derecho personal e intransferible de la madre (...)*”⁵⁸, circunstancia esta que constituye un obstáculo a la reclamación exclusiva del padre con dicho fundamento que es, precisamente, lo que aquí acontece sin que exista constancia alguna del consentimiento, expreso o tácito, de la madre a tal ejercicio”.

Según este pronunciamiento, la madre es la única persona que quedaría legitimada activamente para reclamar por *wrongful birth*, al ser ella la titular exclusiva de la facultad de decidir sobre el aborto. Esta situación no va a cambiar con la nueva Ley del aborto, sino que se va a reforzar, en cuanto que ahora ya estamos en presencia de un derecho exclusivo de la mujer, que excluye completamente al padre de ser titular de cualquier derecho de decisión sobre la vida de su propio hijo.

De todas maneras, hay que considerar que el padre ha contribuido genéticamente a la concepción del hijo y que también él se va a ver afectado por gastos que, indudablemente, van a mermar su patrimonio, por lo que, al menos por extensión, cabría que el padre también pudiera reclamar la correspondiente indemnización por *wrongful birth*⁵⁹. Efectivamente, aunque la lesión se verifique en un interés jurídico

⁵⁵ De esta opinión es ELIZARI URTASUN, L., *op. y loc. cit.*, p. 152.

⁵⁶ Vid. RUBIO TORRANO, E., *Responsabilidad patrimonial por diagnóstico prenatal*, en “*Aranzadi Civil*” n. 19/2007, Pamplona 2007, (BIB 2007\2564).

⁵⁷ De la misma sentencia de 16 de junio de 2010, en la que se concede una indemnización por *wrongful birth* de 75.000 euros a cada uno de los padres, se infiere la existencia de un bien jurídico lesionado en la esfera de ambos progenitores, no obstante el legislador no reconozca expresamente el derecho del padre a recibir información sanitaria sobre su hijo concebido o a participar en la decisión de la mujer sobre el aborto.

⁵⁸ Con base en el art. 5 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, art. 417-bis del Cód. Pen., art. 9 del Real Decreto 2409/1986 y Fundamento Decimotercero de la STC 11 abril 1985.

⁵⁹ ROMERO COLOMA, *op. y loc. cit.* (LA LEY 13466/2009).

protegido de la madre, se produce un daño cuanto menos colateral al padre en su esfera moral y patrimonial⁶⁰. Es más, si se considera que el daño moral que nace de la negligencia médica puede incluir la falta de preparación psicológica y el sufrimiento por la discapacidad del hijo, entonces no cabe duda de que se produce un daño también con respecto al padre⁶¹.

Al mismo tiempo, si se llega a considerar que en los supuestos de *wrongful birth* ambos progenitores pueden legítimamente reclamar los daños, siendo ambos titulares del derecho a recibir información sanitaria adecuada, habrá que reflexionar sobre la oportunidad de que el derecho específico del padre no dependa de la voluntad de la mujer, y no se vea sujeto a extinción por la simple oposición de ésta (vid. art. 5.1 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre).

En efecto, el padre del niño debería tener su propio derecho a ser informado, y el hecho que la voluntad de la madre prevalezca sobre su propia voluntad puede configurar una discriminación dado que, en situaciones normales, la calidad de madre no tendría que otorgar mayores derechos sobre los hijos que la de padre.

Además, el derecho del padre no debería extinguirse en el caso en que la relación entre los progenitores sea inestable, o cuando esté en vías de disolverse por divorcio⁶². A este propósito, no hay que confundir los derechos que derivan de la paternidad con la relación entre los padres, puesto que el divorcio -que es un acontecimiento sucesivo e independiente respecto a la concepción del hijo- no puede cancelar la paternidad, que sigue subsistiendo: si se afirma que existe un derecho del padre a recibir esta información, que depende de su relación de paternidad con el hijo, entonces hay que prescindir totalmente de la relación de aquél con la madre del niño, para que su derecho de paternidad no esté totalmente supeditado a la relación con su mujer.

A tal fin, entiendo que el legislador tendría que revisar y disciplinar detalladamente los derechos que la paternidad conlleva, en particular el derecho a recibir información sanitaria adecuada y tempestiva sobre el estado de salud del hijo

⁶⁰ Así MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ, “Comentario a la Sentencia de 18 de mayo de 2006”, *cit.*, p. 534.

⁶¹ En este sentido, vid. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, *cit.*, p. 309, que individúa un daño moral directo por la falta de preparación psicológica en relación con el nacimiento del hijo enfermo, por la privación de la facultad de abortar y por el sufrimiento ante la discapacidad del hijo y GARRIGA, M., *Negligencia en el diagnóstico prenatal*, *Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002*, en “InDret: Revista para el Análisis del Derecho”, núm. 3, 2003, p. 8, que identifica el daño moral en el impacto emocional derivado del nacimiento con discapacidad del propio hijo y en el sufrimiento que la incerteza de su futuro provoca en los padres.

⁶² Contrariamente a lo que opina ROMERO COLOMA, *op. y loc. cit.* (LA LEY 13466/2009).

concebido, el derecho a participar en la decisión de la mujer sobre una eventual interrupción del embarazo y la legitimación para instar acciones de *wrongful birth*. Derechos que deberían quedar excluidos en los casos recogidos en el artículo 111 del Código Civil, esto es, si concurriera violación de la mujer o filiación judicialmente determinada contra la oposición del padre (si bien en este último supuesto, por hipótesis, la exclusión sólo afectaría a la legitimación activa para el ejercicio de las acciones citadas).

La doctrina sobre el tema es discordante, oscilando desde posiciones que consideran que en las acciones de *wrongful birth* sólo la madre tiene legitimación activa, por ser la exclusiva titular de la facultad (ahora derecho) de interrumpir el embarazo⁶³, hasta algunas otras que admiten la legitimación de ambos progenitores sólo en el caso de *wrongful conception*⁶⁴, existiendo también posiciones favorables a conceder tal legitimación a ambos progenitores⁶⁵ e incluso a los hermanos y abuelos que convivan con el sujeto discapacitado⁶⁶.

Con referencia precisamente a la legitimación de otros sujetos diversos del padre, en particular de los hermanos y abuelos convivientes con el niño enfermo, hay que destacar en primer lugar que, en situaciones normales, el tipo de daño que eventualmente puedan sufrir será exclusivamente de tipo moral, por cuanto no tendrán que soportar los gastos extraordinarios que el nieto (o en su caso el hermano)

⁶³ Entre otros, MACÍA MORILLO, en *Negligencia médica... cit.*, p. 198 afirma que “*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 (...) con la privación de la facultad de interrupción voluntaria del embarazo. (...) la titular de esta facultad es únicamente la gestante. 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*”; RUBIO TORRANO, *op. y loc. cit.* (BIB 2007\2564), destaca que la STS 6 junio de 1997 parece caer en una contradicción cuando concede a ambos progenitores la legitimación para la interposición de la acción de *wrongful birth*, “*siendo así que en relación a la decisión sobre la interrupción del embarazo únicamente la gestante parece legitimada para reclamar mediante esta acción, dado que ella es la titular de la facultad de decidir sobre el aborto*”.

⁶⁴ Así MACÍA MORILLO, en *Negligencia médica... cit.*, p. 199, que afirma que “*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 progenitores–, en este caso no habrá obstáculo alguno a que la demanda sea ejercitada, efectivamente por los dos*”.

⁶⁵ Entre otros DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (II)*, en “*Revista de Derecho y Genoma Humano*” núm. 4 y 5, 1996, p. 154; MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica...*, *cit.*, p. 383 y ss.; MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIÚ, *Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002*, *cit.*, p. 1118; PANTALEÓN, *op. cit.*, p. 270.

⁶⁶ Así SALÁS DARROCHA, J. T., *Las acciones de Wrongful birth y Wrongful life ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en “*Actualidad Administrativa*”, núm. 22/2005, Ed. Actualidad, p. 2700, que sin embargo fundamenta criticablemente dicha legitimación en la consideración del nacimiento del hijo como daño en sí.

discapacitado requiere para sus cuidados particulares, a menos que por causas particulares tengan que sustituir a los padres en esta tarea, en cuyo caso sufrirán también un potencial daño patrimonial. Dentro del daño moral, hay que distinguir entre daño por imposibilidad de abortar, que los hermanos y abuelos no sufren ni siquiera indirectamente, y daño por falta de preparación psicológica y sufrimiento por la discapacidad del hermano/nieto, que en cambio puede justificar una reparación también en relación con estos sujetos, aunque con serias dificultades⁶⁷.

Los pronunciamientos jurisprudenciales sobre este tema son muy escasos y en general los tribunales son remisos en la concesión de una indemnización a estos sujetos: ejemplo de esto son la STS 7 junio 2002, en la que no se llegó a resolver la cuestión de la reclamación de los hermanos, siendo ésta desestimada en apelación y no recurrida en casación, y la STSJ de C. Valenciana 23 octubre 2009, en la que no se estimó procedente la reclamación de daños a favor de José Carlos, cuya hermana Carmela sufría de Síndrome de Down. En cambio, la STS 18 mayo 2006 concedió a Doña Yolanda, cuyo hermano Adolfo estaba afectado por el síndrome de Down, la suma de 30.050,61 euros⁶⁸, que junto a la indemnización concedida a los padres se consideraba dirigida a la reparación de los “*daños materiales y morales, presentes y futuros, que se deriven de la concreta situación que les afecta consecuencia del nacimiento de Don Adolfo*”⁶⁹.

Aquí la sentencia no ofrece criterios claros para distinguir e individualar el concreto tipo de daño que afecta respectivamente a los padres y a la hermana. Además parece que el daño que sufre Doña Yolanda asume -criticablemente- las características de un daño indirecto derivado del mismo nacimiento del hermano, lo que ofende gravemente la dignidad personal de éste, en lugar de representar un daño por falta de preparación psicológica o sufrimiento por la discapacidad del hermano, como antes sugerimos.

⁶⁷ MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, *Comentario a la sentencia de 18 de mayo de 2006, cit.*, p. 535 afirman que los hermanos “*carecen de intereses propios protegidos en relación con los supuestos de despenalización del aborto*” y critican la eventual admisión de la indemnización por los hermanos mientras se niegue al propio hijo enfermo, divisando también un peligro en la consecuente posibilidad de que los hermanos reclamen a la madre por no haber abortado.

⁶⁸ Más precisamente, la Sala declaró no haber lugar al recurso de casación contra la sentencia de 9 de abril de 1999 de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona que había concedido a Doña Yolanda dicha indemnización.

⁶⁹ Así se expresó el Juez del Juzgado de Primera Instancia número 49 de Barcelona, en la sentencia de 10 de marzo de 1998, finalidad que el Juez de la Audiencia Provincial no contesta.

TABLA DE SENTENCIAS CITADAS:**Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil**

<u>Fecha</u>	<u>Número</u>	<u>Referencia Aranzadi</u>
6 junio 1997	495/1997	RJ\1997\4610
4 febrero 1998	1242/1998	RJ\1999\748
30 noviembre 2001	1123/2001	RJ\2001\9919
7 junio 2002	581/2002	RJ\2002\5216
18 diciembre 2003	1184/2003	RJ\2003\9302
21 diciembre 2005	1002/2005	RJ\2005\10149
18 mayo 2006	481/2006	RJ\2006\4724
19 junio 2007	667/2007	RJ\2007\5572
6 julio 2007	837/2007	RJ\2007\3658
23 noviembre 2007	1197/2007	RJ\2008\24
24 octubre 2008	969/2008	RJ\2008\5793
17 noviembre 2008	1094/2008	RJ\2008\6049
4 noviembre 2010	669/2010	RJ\2010\7988

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo

<u>Sección</u>	<u>Fecha</u>	<u>Referencia Aranzadi</u>
6ª	4 noviembre 2005	RJ\2006\1544
6ª	30 junio 2006	RJ\2006\6580
6ª	16 octubre 2007	RJ\2007\7620
6ª	5 diciembre 2007	RJ\2007\9142
6ª	14 marzo 2007	RJ\2007\1750
6ª	10 mayo 2007	RJ\2007\3403
6ª	27 junio 2007	RJ\2007\3935
6ª	4 noviembre 2008	RJ\2008\5860
4ª	16 junio 2010	RJ\2010\5716

Sentencias del Tribunal Constitucional

Fecha	Número	Referencia Aranzadi
11 abril 1985	53/1985	RTC\1985\53

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana

Fecha	Número	Referencia Aranzadi
9 julio 2008	716/2008	JUR\2008\300451
23 octubre 2009	1390/2009	JUR\2010\64166
30 noviembre 2009	1567/2009	JUR\2010\118325