

## 1.6. Responsabilidad civil

# Las acciones por *wrongful birth* en el Derecho español: un supuesto problemático de responsabilidad médica

## *Wrongful birth actions in Spanish Law: a problematic case of medical liability*

por

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN

*Profesor de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid*

**RESUMEN:** La responsabilidad civil médica por *wrongful birth* es un caso paradigmático de evolución doctrinal y jurisprudencial de un ámbito de responsabilidad civil, desde su negación en los últimos años del siglo XX, hasta su total admisión y perfilamiento en la actualidad. Con todo, plantea problemas jurídicos muy complejos, que merecen revisión crítica. Esos problemas se corresponden con los distintos epígrafes en que se estructura el presente trabajo.

El objeto de este trabajo es analizar críticamente el actual estado jurisprudencial, tanto de la jurisdicción civil como de la contencioso administrativa, de este ámbito de la responsabilidad civil médica, y a la vez ofrecer un análisis crítico de cada uno de sus puntos problemáticos.

**ABSTRACT:** *The medical liability in wrongful birth actions, is a paradigmatic case of doctrinal and jurisprudencial evolution, from its denial in the end of S. XX to its admission nowadays. However, wrongful births actions involve hard legal questions, which should be analyzed critically. These questions are the basis of the structure of this paper.*

*The purpose of this paper is to study the current state of this matter in the legal practice and at the same time offer a critical analysis of each of its problematic points.*

**PALABRAS CLAVE:** *Wrongful birth. Responsabilidad médica. Lex artis ad hoc. Interrupción voluntaria del embarazo. Daño moral. Daño patrimonial.*

**KEY WORDS:** *Wrongful birth actions. Medical liability. Lex artis ad hoc. Voluntary termination of pregnancy. Non-pecuniary damages. Pecuniary damages.*

**SUMARIO:** I. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD POR *WRONGFUL BIRTH*. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y PRESUPUESTOS LÓGICOS DE SU ADMISIBILIDAD EN DERECHO ESPAÑOL: 1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y ADVERTENCIA PREVIA. 2. LA POSIBILIDAD DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO POR RAZONES EUGENÉSICAS.

CAS COMO PRESUPUESTO LÓGICO DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD POR *WRONGFUL BIRTH*.—II. CONCEPTOS INDEMNIZATORIOS Y *QUANTUM RESPONDATUR*: 1. DAÑO MORAL: A) *Estado de la cuestión*. B) *Análisis crítico*. 2. DAÑO PATRIMONIAL: A) *Estado actual de la cuestión*. B) *Análisis crítico*.—III. RELACIÓN DE CAUSALIDAD: 1. EL HECHO DE QUE LA ACTIVIDAD MÉDICA NO HAYA CAUSADO LOS CONDICIONAMIENTOS FÍSICOS O PSÍQUICOS CON LOS QUE NACE EL NIÑO, NO PUEDE NEGAR LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LAS ACCIONES POR *WRONGFUL BIRTH*. 2. LA CUESTIÓN EN TORNO A LA HIPOTÉTICA DECISIÓN DE LA MADRE, DE HABER SIDO CORRECTAMENTE INFORMADA.—IV. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD POR *WRONGFUL BIRTH*, EN PARTICULAR LA INOBSERVANCIA DE LA *LEX ARTIS AD HOC* COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DEL DAÑO (¿SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD POR *CULPA*?).—V. LEGITIMACIÓN ACTIVA: 1. LA MALA PRAXIS MÉDICA QUE IMPIDE LA INTERRUPCIÓN LEGAL Y VOLUNTARIA DEL EMBARAZO OCASIONA UN DAÑO RESARCIBLE, TANTO MORAL COMO PATRIMONIAL, AL PADRE. 2. MEDICINA PRIVADA Y RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS.—VI. LEGITIMACIÓN PASIVA: 1. SUPUESTOS ADMITIDOS SIN DIFICULTAD. 2. SUPUESTOS QUE PUEDEN PLANTEAR ALGUNOS PROBLEMAS: A) *Las aseguradoras médicas*. B) *Genetistas y laboratorios*.—VII. JURISPRUDENCIA ANALIZADA Y CITADA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD POR *WRONGFUL BIRTH*. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y PRESUPUESTOS LÓGICOS DE SU ADMISIBILIDAD EN DERECHO ESPAÑOL

### 1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y ADVERTENCIA PREVIA

La actividad médica de seguimiento de los embarazos, determina un ámbito específico de posible responsabilidad civil que en la práctica jurídica española se conoce con la forma anglosajona *wrongful birth actions*, y cuya traducción —que también se maneja, pero en muchísima menor medida—, a falta de una mejor, es «acciones de responsabilidad por nacimiento injusto».

El grupo de supuestos que se abarca con este concepto, es el siguiente: nacimientos de niños con discapacidades o condicionamientos físicos o intelectuales, las cuales debieron haber sido advertidas durante el proceso de gestación por el médico responsable del seguimiento del embarazo en los oportunos controles prenatales, pero que de hecho no fueron advertidas, ni por tanto informadas, a la madre con el fin de que esta pudiera optar entre interrumpir el embarazo por razones eugenésicas o continuar con dicho embarazo. En todos estos casos, se plantea la posibilidad de que los *padres*<sup>1</sup> se dirijan frente al médico responsable del control del embarazo, por el daño que les supone el haber sido privados de la posibilidad de decidir interrumpir o continuar el embarazo, y los perjuicios económicos que las especiales atenciones del hijo así nacido suponen para ellos.

Se trata, como es fácil advertir, de un grupo de supuestos de responsabilidad a los que, a la dificultad propia del análisis estrictamente jurídico, se le une un evidente componente moral<sup>2</sup>; y por eso su tratamiento resulta especialmente difícil, empezando por la propia terminología a emplear por el que se enfrenta a su explicación.

Sobra decir —aunque conviene decirlo— que en este trabajo se presenta un análisis *estrictamente jurídico*; y en el que los términos utilizados se pretende que tengan el sentido más objetivo posible, desprendido de cualquier valoración ética. En este sentido, nos referiremos en lo sucesivo al «niño nacido con condicionan-

tes físicos o intelectuales», como terminología que, creemos, es lo más aséptica posible, en lugar de hablar de incapacidades o discapacidades.

2. LA POSIBILIDAD DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO POR RAZONES EUGENÉSICAS COMO PRESUPUESTO LÓGICO DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD POR *WRONGFUL BIRTH*

Una vez delimitado el ámbito de la realidad en el que nos vamos a mover, conviene tener clara una idea de partida: las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* solo tiene sentido plantearlas en el marco de un sistema jurídico en el que es posible el aborto o interrupción del embarazo por razones eugenésicas<sup>3</sup>. A la inversa, en aquellos sistemas en que la interrupción del embarazo no es posible ni siquiera por tales razones, no hay espacio lógico para este tipo de acciones de responsabilidad civil.

Esto supone un doble orden de ideas que no podemos dejar de lado:

a) En primer lugar, que el médico responsable del seguimiento del embarazo y de la realización de los controles prenatales que imponga en cada caso la *lex artis ad hoc*<sup>4</sup>, se erige en un *garante* del derecho de la madre a optar por interrumpir el embarazo por razones eugenésicas, o continuarlo; por lo cual, se erige en el garante de que la madre sea *correcta y conveniente informada del desarrollo de su feto* y de la *conurrencia concreta* de razones eugenésicas para interrumpir su embarazo. Este deber de información que recae sobre el médico, supuestos específico del deber general de información previsto en el artículo 2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre<sup>5</sup>, supone para aquel un deber *esencial*, integrante de la *lex artis*<sup>6</sup>.

Que afirmemos que el médico se erige en *garante* de proporcionar la información adecuada para permitir realmente a la madre gestante la posibilidad de decidir, no significa que aquel responderá *siempre* que ofrezca una información errónea a la madre. Es posible que el médico, aunque ofrezca una información *objetivamente errónea* (falsos negativos), no haya de ser declarado responsable, y ello *por haber seguido* la *lex artis*, a pesar de que ello haya conducido a un resultado indeseado. En este sentido, resultan de gran interés, entre otras, la lectura de las SSAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002 y de Gerona de 6 de mayo de 2013: en ambas se desestimó la acción por *wrongful birth*, porque a pesar de que el niño nació con condicionantes que no fueron advertidos durante el seguimiento del embarazo, se entendió que el médico había actuado *correctamente*, esto es, conforme impone la *lex artis*. Y la *lex artis* no impone agotar toda posibilidad de control, sino realizar las pruebas *acordes* con el caso concreto, y en especial, con arreglo a una adecuada *calificación del riesgo embarazo*.

b) Y en segundo lugar, que el límite de la responsabilidad médica por *wrongful birth* viene dado por la finalidad de ese deber de información, esto es, presentar a la madre gestante la posibilidad concreta y real de poder optar entre interrumpir su embarazo *por razones eugenésicas* o continuarlo. Esto significa que el médico responsable del seguimiento prenatal no podrá ser responsable por *wrongful birth* en aquellos casos en que, aun cuando no haya informado debidamente a la madre del estado del feto (y que hubieran sido detectados de haber actuado conforme a la *lex artis*), los condicionantes con los que finalmente nació el hijo no hubieran motivado un aborto por razones eugenésicas. En este sentido, resulta de interés el caso analizado en la SAP de Vizcaya de 7 de marzo de 2018. En ella, se trató de una acción de responsabilidad por *wrongful birth*, al haber nacido el niño con «hipoplasia de tibia derecha con aplasia de peroné y tenotomía de Aquiles».

En este caso, la Audiencia concluyó que «[c]iertamente el niño nació con una malformación seria, que no fue detectada en su momento, pero la malformación es la que es, y desde el punto de vista racional, aunque tenga una evidente trascendencia para el menor a lo largo de toda su vida, porque se verá obligado a servirse de prótesis u otros adminículos que en el futuro se vayan descubriendo o inventando, la realidad también es que no compromete de forma radical o acusada su calidad de vida, no pudiendo sostenerse válidamente que la afección que padece el menor sea incompatible con una vida digna, como obstinadamente mantiene la representación de la parte recurrente, aunque lógicamente se vaya a encontrar con una serie de dificultades que otras personas no afectadas por tal malformación, no van a tener, pero a los efectos de que aquí interesa, en relación con la acción ejercitada, la Sala coincide plenamente con la Juzgadora a quo en que no estamos en presencia de una anomalía grave que hubiera posibilitado la interrupción voluntaria del embarazo por razones médicas». Esto motivó la ausencia de responsabilidad del médico demandado.

En este sentido, son los tres apartados del artículo 15 <sup>7</sup>, de la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, los que nos resultan útiles para construir el criterio de imputación objetiva consistente en el *fin protector de la norma* — *fin protector del contrato*, que permitirá la imputación de los daños sufridos a la mala praxis médica.

## II. CONCEPTOS INDEMNIZATORIOS Y *QUANTUM RESPONDATUR*

Qué conceptos resultan indemnizables en los casos de responsabilidad por *wrongful birth*, y cuál es la extensión con que cada uno de ellos ha de ser indemnizado, es una cuestión compleja, en relación con la cual solo puede decirse que existen posiciones más o menos mayoritarias, pero ni mucho menos unánimes, ni tampoco exentas de problemas, como vamos a ver a continuación.

La explicación que se ofrece a continuación se estructura tomando como referentes las ideas de daño moral y daño patrimonial. Detengámonos por separado en cada una de ellas.

### 1. DAÑO MORAL

#### A) *Estado de la cuestión*

Quizá la identificación de un daño moral indemnizable en las acciones por *wrongful birth* sea la cuestión menos problemática. No existe ningún autor que haya afirmado, ni ninguna sentencia en que se haya sostenido, que este no sea un concepto indemnizable. De existir alguna cuestión problemática en esta sede, ésta consiste en qué debe entenderse como daño moral en este ámbito, y junto con ello, los elementos a considerar para su cálculo concreto, siempre complejo.

En este sentido, el análisis doctrinal y jurisprudencial impone detenerse en dos posibles orígenes de ese daño moral indemnizable, que conviene aclarar:

a) El daño moral derivado de la simple privación de la madre de elegir interrumpir o continuar su embarazo

Cuando la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo ha abordado la responsabilidad por *wrongful birth*, y ante la cuestión de construir la fundamentación para reconocer la indemnización por el daño moral reclamado por los actores, ha llegado a la conclusión de que la sola privación a la madre de la posibilidad de decidir, constituye un daño moral. En este sentido, resultan muy ilustrativas las SSTS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 4 de noviembre de 2008<sup>8</sup> y de 16 de mayo de 2012<sup>9</sup>.

En alguna ocasión, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha llegado a la misma concreción del daño moral. Así la STS de 6 de julio de 2007, en la que puede leerse que «nexo de causalidad directo e indiscutible que resulta de la falta de información sobre la realización de determinadas pruebas, en el que el daño viene representado por esta omisión informativa (...) constituye *en sí misma* un daño moral grave» (la cursiva es añadida).

b) Daño moral originado por las consecuencias que conlleva la privación de la posibilidad de elección de la madre. El daño moral no derivaría en sí mismo de la privación de la facultad de elección, sino de las consecuencias que ello conlleva, sin perjuicio de la responsabilidad *administrativa* en que incurriría el médico por no haber suministrado a la madre la información que le hubiera permitido tomar su decisión.

Esta *parece* ser la explicación que en alguna ocasión nos ha ofrecido la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo al abordar el daño moral indemnizable en la responsabilidad por *wrongful birth*. En este sentido, resulta paradigmática la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 21 de diciembre de 2005, la cual, después de indicar que «el daño (...) resulta no solo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir (...) y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino [¿también?] de los efectos que dicha privación conlleva», concluye que el daño moral viene constituido por «los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo discapacitado que nunca presumiblemente podrá valerse por sí mismo (...)».

Esta tesis jurisprudencial, que recogen también las posteriores SSTS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 24 de octubre de 2008, 31 de mayo de 2011 y de 14 de marzo de 2013, resulta equívoca en su formulación y plantea dudas interpretativas, pues aunque parece afirmar que el daño moral viene provocado por la privación de elección y por la angustia que de ello se deriva, en realidad, cuando concreta en el caso tal afirmación, el Alto Tribunal lo concreta *solo* en lo segundo. Esto, en todo caso, no ha impedido que algunas Audiencias Provinciales hayan interpretado que el concepto de daño moral comprende, como si de una suma se tratara *ambos* conceptos (como fue el caso de la SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006<sup>10</sup>).

## B) Análisis crítico

Creemos que acierta la jurisprudencia que ubica el daño moral *exclusivamente* en la imposición del nacimiento, como consecuencia de la falta de información o de su carácter erróneo *por* infracción de la *lex artis ad hoc*; más exactamente: esa privación implica por sí sola el daño moral indemnizable<sup>11</sup>.

El daño moral como concepto indemnizatorio, debe emplearse con especial cautela con el fin de evitar que a través de él pueda producirse una sobrecompensación de la víctima. En este sentido, conviene mantener una concepción «estricta» del daño moral, reservándolo exclusivamente para los supuestos en que

el hecho dañoso provoca el menoscabo o lesión especialmente importante de la personalidad, o dicho de otro modo, el daño moral presupone, cuanto menos, una lesión de bienes y derechos de la personalidad que, además, afecte a la esfera psicofísica del sujeto pasivo<sup>12</sup>.

El padecimiento y sufrimiento que supone para los padres traer al mundo y ver crecer a un hijo con los condicionantes con que nace, no puede ser un daño indemnizable como daño *moral*. Su admisión conduciría a una sobrecompensación, pues no puede identificarse un daño *moral* indemnizable referido al padecimiento de un daño *patrimonial* que va a ser íntegramente indemnizado (sobre el carácter indemnizable, y extensión, del daño patrimonial, *vid. infra*).

Por otro lado, tampoco puede olvidarse que la lectura de la STC 53/1985 pone de manifiesto, primero, que el aborto por motivos eugenésicos no es contrario a la Constitución porque perseguirlo penalmente supone imponer una situación familiar excesivamente gravosa; y segundo, la interrupción del embarazo por causas eugenésicas iría perdiendo justificación conforme el propio Estado, en cumplimiento de sus funciones asistenciales, fuera cubriendo mediante prestaciones adecuadas el sobreesfuerzo que supone el cuidado del niño. En consecuencia: si, en hipótesis, el sobreesfuerzo de cuidado del niño estuviese perfectamente cubierto, y por tanto se eliminase patrimonialmente el sobreesfuerzo que justifica, como señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia citada, el aborto por motivos eugenésicos, ya no quedaría espacio para un daño moral derivado del padecimiento que supone ver crecer al hijo, porque ya no quedaría espacio para el aborto por razones eugenésicas. De aquí se deriva una conclusión: localizar el daño moral indemnizable en el padecimiento que supone ver crecer al hijo, una vez se tiene derecho a ver indemnizado el daño patrimonial padecido (y que viene significado por las cargas que hubieran justificado el aborto, ahora eliminadas por la indemnización) lleva necesariamente a una sobrecompensación.

El único daño moral indemnizable en la responsabilidad por *wrongful birth* debe localizarse en la privación, en sí misma, de la facultad de optar por interrumpir o continuar el embarazo, porque ello, esa privación, es la que lesiona el derecho a la autodeterminación, derivación de la dignidad personal (art. 10 de la Constitución)<sup>13</sup>.

A lo sumo, y con dudas, cabría añadir dentro del daño moral indemnizable, el impacto psicológico que puede suponer a los padres el descubrimiento en el momento mismo del nacimiento, de los condicionantes que no fueron advertidos en el seguimiento del embarazo, y que solo ahora se constatan. Así lo han defendido MARTÍN-CASALS y SOLÉ FELIU<sup>14</sup>, y en alguna ocasión se ha admitido (como en el caso SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002 —fundamento de derecho décimo—), aunque expresamente fue negado en la STSJ de Andalucía de 6 de octubre de 2006.

## 2. DAÑO PATRIMONIAL

### A) *Estado actual de la cuestión*

Así como el carácter indemnizable del daño moral nunca ha planteado problemas en cuanto a su reconocimiento desde el momento en que se admiten las acciones de responsabilidad por *wrongful birth*, no cabe decir lo mismo en relación con el daño patrimonial, al menos en los primeros pasos que nuestra

doctrina y jurisprudencia dieron para perfilar los contornos de este ámbito de la responsabilidad médica.

En efecto, no faltaron autores que proponían la negación de, ni resoluciones que efectivamente negaron, la indemnización en concepto de daño patrimonial en las acciones por *wrongful birth*. Por todos, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, aunque expresando dudas al respecto, concluyó que solo habría de indemnizarse el daño moral consistente en la pérdida de oportunidad de decidir entre continuar o interrumpir su embarazo, oportunidad que hubiera tenido la madre de haberse sometido a una prueba que hubiese dado un resultado correcto (oportunidad que se le impide, bien por el *falso negativo*, bien por la ausencia total de pruebas prenatales)<sup>15</sup>, añadiendo que, «en cualquier caso, no creo que se deba indemnizar ni el mayor coste producido por el nacimiento de un hijo con Síndrome de Down [tal fue el caso de la sentencia que comentaba en este trabajo], ni tampoco todos los gastos producidos por el nacimiento de un hijo, porque no estamos en presencia de uno de aquellos casos en que la conducta negligente del responsable haya causado el nacimiento, ha causado, repito, la imposibilidad de decidir»<sup>16</sup>. En la jurisprudencia, véase la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 6 de junio de 1997, primera de las sentencias en que el Tribunal Supremo se enfrentó a la responsabilidad por *wrongful birth*; y más tarde, negando expresamente que en este ámbito de la responsabilidad resulte indemnizable algo más que el daño moral, puede verse, en la jurisdicción civil, la SAP de Madrid de 28 de julio de 2008, y en la contencioso-administrativa, la STSJ de las Islas Baleares, de 29 de abril de 2010.

Hoy día, el debate ha sido superado y se admite con total naturalidad en la práctica de nuestros tribunales, y de forma unánime, que junto con el daño moral, resulta indemnizable un daño patrimonial, el cual viene referido al sobresfuerzo que supone a los padres la crianza y cuidado del niño con los condicionantes con que ha nacido, en comparación con los gastos de crianza y cuidado de un niño nacido sin tales condicionantes<sup>17</sup>. Es ésta, por otro lado, una conclusión ampliamente defendida por la doctrina.

Detrás de la concreción de los daños patrimoniales indemnizables a solo el sobresfuerzo que conlleva el cuidado del hijo con los condicionantes con que ha nacido, parece estar la idea, lógicamente a descartar, conforme a la cual pueda considerarse a la vida misma como un daño. Al limitar la indemnización solo a ese sobresfuerzo o plus de cuidado y atenciones, el «resto» de gastos a afrontar por los padres no serían indemnizables, puesto que estos estarían ligados a la vida misma del niño, sin considerar los condicionantes con que ha nacido; así, parece que, si estos gastos últimamente citados *también* se indemnizaran, se consideraría el nacimiento mismo, o su vida misma, un «daño», lo que no solo éticamente resulta repugnante, sino jurídicamente insostenible.

## B) Análisis crítico

Sin embargo, creemos que la cuestión admite otro enfoque, que nos parece más apropiado, aun cuando no cuenta con apoyo jurisprudencial.

Por supuesto, la vida misma no puede ser *nunca* considerada como un daño. Pero esto no conduce *necesariamente* a concluir que en las acciones por *wrongful birth*, la indemnización por daño patrimonial deba quedar limitada solo al sobresfuerzo que supondría la crianza si ese niño no hubiese nacido con los condicionantes con que nació. La razón de esta conclusión es la finalidad misma de cualquier sistema de responsabilidad civil: eliminar, patrimonialmente hablando,



el daño que no se tiene la carga de ser soportado por el que, de primeras, lo ha recibido; expresado de otra forma: dejar al perjudicado en la misma situación que hubiera tenido, si el hecho dañoso no se hubiera producido. En este cálculo siempre hay un margen de incertidumbre, y en ocasiones es especialmente complejo y delicado; pero incluso desplazándonos al margen de mayor incertidumbre, existe un límite: la indemnización nunca debe poner al perjudicado en una situación a la que nunca se hubiese llegado si el hecho dañoso imputable al demandado no se hubiese producido. Naturalmente, este juicio también cuenta con márgenes de incertidumbre; pero en el supuesto que ahora analizamos (responsabilidad por *wrongful birth*), hay algo *absolutamente seguro*, y que *forzosamente* ha de marcar el límite de la indemnización: nunca se habría producido el nacimiento de un hijo sin los condicionantes con los que nació. De no haberse producido el hecho dañoso, se nos presentan dos hipotéticos cursos causales: 1) el no nacimiento (interrupción del embarazo por razones eugenésicas), o 2) el nacimiento del hijo con los condicionantes vitales de que debidamente se informó a la madre. En otras palabras: la indemnización en concepto de daño patrimonial por los gastos de cuidado y crianza, limitados al plus o sobresfuerzo que implican los condicionantes con los que nace el niño, ponen a los perjudicados, patrimonialmente hablando, en una situación imposible de no haberse producido el hecho dañoso.

Puede entenderse que la limitación a ese plus o sobresfuerzo reiterada por nuestros Tribunales, se haga con la intención de alejar cualquier sospecha de consideración a la vida misma como un daño. Pero lo que también debe quedar claro es que defender que el *quantum* indemnizatorio por daño patrimonial en estos casos no debe reducirse solo a ese sobresfuerzo económico, no se hace dando por hecho que la vida pueda ser un daño, por condicionada que física o intelectualmente pudiera encontrarse.

En este sentido, resultan muy interesantes las reflexiones de PANTALEÓN PRIETO<sup>18</sup>, cuando propuso que el *quantum* indemnizatorio debiera extenderse en estos casos a *todos* los gastos de crianza del niño, y no solo al *plus* que implican las atenciones especiales derivadas de sus condicionamientos. Y en la misma línea, de forma más reciente, también CECCHINI ROSELL<sup>19</sup>.

### III. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Uno de los aspectos de la responsabilidad por *wrongful birth* cuya comprensión ha marcado profundamente su evolución doctrinal y jurisprudencial, ha sido este de la relación de causalidad.

El debate en torno a este elemento de la responsabilidad civil ha venido condicionado por dos circunstancias particulares, que son las que originariamente hicieron dudar de la admisibilidad de la responsabilidad por *wrongful birth*: 1) el hecho de que la actividad médica no ha causado los condicionamientos físicos o psíquicos con los que nace el niño<sup>20</sup>; 2) el hecho de que la madre hubiese decidido interrumpir su embarazo de haber recibido una adecuada información en cuanto a los condicionantes con que nacerá el futuro hijo, es algo cuya certeza es imposible y, por lo tanto, tampoco puede descartarse que la madre, aun habiendo sido correctamente informada, hubiese interrumpido su embarazo.

Plantear el problema de causalidad en los términos apuntados, o desde cualquiera de las dos ideas recién enumeradas, no solo supone un error de óptica —como veremos después—, sino que introduce en el debate aspectos difíciles de sostener en sentido riguroso, y que parecen, en el peor de los casos, aspectos



ya preconcebidos con el fin, prejuicioso aunque no necesariamente injusto en el resultado final, de estimar, aunque sea parcialmente, la pretensión indemnizatoria ejercitada por los padres.

Hoy día, la virtualidad práctica de ambos tipos de argumentos ha sido superada, y conviene detenerse en las razones de tal superación.

1. EL HECHO DE QUE LA ACTIVIDAD MÉDICA NO HAYA CAUSADO LOS CONDICIONAMIENTOS FÍSICOS O PSÍQUICOS CON LOS QUE NACE EL NIÑO, NO PUEDE NEGAR LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LAS ACCIONES POR *WRONGFUL BIRTH*

Por supuesto, nadie puede sostener que un mal seguimiento prenatal sea el origen inmediato, causa, de los condicionamientos físicos / psíquicos con los que nace el niño: el actuar del médico no los ha provocado. Pero esto no significa que el médico encargado de ese seguimiento prenatal no se haya erigido en garante —ya se verá más abajo con qué límites— de ofrecer a la madre una información adecuada para que esta haga efectiva una posibilidad de elección íntimamente relacionada con su dignidad y libre desarrollo de la personalidad en el sentido del artículo 10 de la Constitución: interrumpir el embarazo por, y *precisamente por*, razones eugenésicas. Esto justifica que hoy día, el aborto por razones eugenésicas no sea, como lo fue desde 1985 hasta 2010, una *posibilidad* (penalmente atípica), sino un verdadero *derecho* que encuentra positiva plasmación en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo<sup>21</sup>.

En nuestra jurisprudencia, la conexión entre la obligación del médico de informar convenientemente a la madre de la evolución del feto, para garantizar a la madre una verdadera elección entre continuar el embarazo o interrumpirlo por razones eugenésicas; y la conexión de todo ello con el respeto a la dignidad personal (art. 10 de la Constitución), se ha hecho explícita de forma reiterada, tanto a nivel jurisprudencial (en este sentido puede verse la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 17 de octubre de 2001, y las SSTS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 10 de mayo de 2007, 16 de junio de 2010 o de 16 de mayo de 2012. También, véase la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de octubre de 2015; y en las Audiencias Provinciales, véase la SAP de Las Palmas, de 25 de enero de 2005, o la SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006), como a nivel legislativo (cfr. art. 2 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).

2. LA CUESTIÓN EN TORNO A LA HIPOTÉTICA DECISIÓN DE LA MADRE, DE HABER SIDO CORRECTAMENTE INFORMADA

Mayores problemas ha supuesto, tanto en nuestros tribunales como entre la doctrina científica, el papel, en la construcción del nexo de causalidad, de la hipotética (no) voluntad de la madre de interrumpir el embarazo de haber conocido los condicionantes con que nacería su hijo. La inicial virtualidad estimatoria o desestimatoria de la pretensión que se le dio a la (falta de) prueba de esta hipótesis, puso de manifiesto, casi desde las primeras resoluciones que tuvieron que enfrentarse a reclamaciones de responsabilidad por *wrongful birth*, lo inadecuado del debate y la necesidad de su superación.

El lógico punto de arranque es *actori incumbit probatio*, lo que significa que sobre los demandantes habría de recaer la prueba de que, de haber sido la madre debidamente informada, hubiese interrumpido su embarazo. Esto llevó en ocasiones, ante la imposibilidad (lógica, por otra parte) de la prueba directa de esta circunstancia, intentar deducirla de otros hechos o comportamientos de la madre. En este sentido, se ha afirmado que el solo hecho de que la madre decidiera someterse a pruebas de diagnóstico prenatal (algunas de ellas con ciertos riesgos, como es el caso de la amniocentesis) revela por sí solo que la madre hubiese abortado de haber sido correctamente informada —STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 21 de diciembre de 2005; SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006—.

El problema de conceder virtualidad probatoria al comportamiento de la madre, para deducir de ahí la hipotética decisión de la madre y afirmar o negar de ahí la relación de causalidad, ha llevado en ocasiones a deducciones que, en nuestra opinión resultan, en el mejor de los casos, bastante cuestionables, como sucedió en el caso resuelto en la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002. En esta sentencia puede leerse el siguiente fragmento, que se extrae de su fundamento de derecho decimotercero:

*«Es curioso que en la demanda, simplemente, se parta de la mención abstracta o literal del derecho legal a abortar como constitutivo de la pretensión actora. Y más significativa es la ausencia de la mención a tal derecho legal de la madre, como efectivamente impedido de ejercitar, en el acto de conciliación previo a la demanda, pues el folio 164 y sigs. solo habla de responsabilidad negligente del médico y del intento conciliatorio de indemnizar a los solicitantes por tal responsabilidad, pero en ningún momento se cita que se ha privado del derecho a abortar (o a pensar, aunque sea mínimamente, sobre tal posibilidad), sino, lisa y llanamente, de «indemnizar los daños y perjuicios del recién nacido, que precisará numerosas intervenciones quirúrgicas, a fin de mejorar en la medida de lo posible el estado definitivo que pueda alcanzar» —hecho cuarto del escrito de conciliación presentado ante el Juzgado—.*

*O sea, la madre siempre ha optado por la vida, frente a la no vida del producto de su concepción, como lo demuestra su posicionamiento al inicio del proceso y durante los años previos al mismo, con intervenciones quirúrgicas —ya descritas— para mejorar significativamente y con éxito las malformaciones del hijo.*

*Y, por derivación, es una simple hipótesis decir que, en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo, con lo cual el segundo extremo de la relación de causalidad —necesario para dar viabilidad, con mayor o menor extensión, a la pretensión instada en la demanda— quedaría en entredicho en el actual proceso».*

Posiblemente los problemas a que conduce lo anterior fue lo que impulsó a nuestros Tribunales, en un momento en que aún consideraban necesario construir este nexo causal en la hipotética voluntad de la madre, a una curiosa situación: exigir *formalmente* la existencia y prueba de dicho nexo causal a efectos puramente argumentativos, pero *materialmente* vaciándolo de contenido. Ello se produjo de forma paralela mediante dos vías:

— Por un lado, afirmando una «inversión de la carga de la prueba», de modo que ya no es la madre la que ha de probar que habría abortado, sino el médico habría de probar lo contrario.

En este sentido, resulta de interés la STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 10 de mayo de 2007, que fundamenta su fallo condenatorio a la Administración en que esta no logró

probar que la madre hubiera optado por la continuación del embarazo de haber sido correctamente informada (ver especialmente sus fundamentos de derecho sexto y décimo). En la llamada jurisprudencia *menor*, resulta de gran interés la argumentación ofrecida por la SAP de Madrid de 28 de julio de 2008, en la que puede leerse lo siguiente: «entendemos que debería ser el médico quien debería demostrar que la madre no habría abortado, pues se ha de tener presente siempre que para la madre sería diabólico, más bien imposible, demostrar su intención de abortar si no es mediante su propia palabra» (fundamento de derecho tercero).

Como adelantamos, esto supone un mero mantenimiento formal, a efectos de una pretendida necesidad argumentativa de construir el nexo causal apoyándose en la hipotética voluntad de la madre, pues no se entiende por qué descargar al demandante de una prueba diabólica *para* pasársela al demandado, como si para este ya dejara de ser diabólica, o al menos posible. Esta forma de proceder supone dar por probada, sin más, la relación causal con el contenido apuntado. La inversión de la carga de la prueba solo tiene sentido lógico si —y además, lanza a los interesados el mensaje de que— tal prueba es posible y útil. Esto seguramente es lo que permite comprender la argumentación empleada por los demandados en el caso del que conoció el Juzgado de Primera Instancia de Salamanca, en sentencia de 19 de mayo de 2006, en el que los demandados en un acción por *wrongful birth* pretendieron negar la relación de causalidad sobre la base de que la madre era católica y había bautizado a la hija cuyo nacimiento motivó la pretensión indemnizatoria<sup>22</sup>.

— Por otro lado, afirmando que, al menos, es necesario que la madre demandante *alegue*, esto es, *sencillamente exprese*, que de haber sido correctamente informada, hubiese abortado.

En este sentido, resulta de interés la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002 (aunque este punto no fue *ratio decidendi*) o la SAP de Las Palmas de 25 de enero de 2005, en la que puede leerse que «resulta oportuno requerir, como condición necesaria (...) que la gestante (...) lo habría hecho» (en referencia a que hubiera interrumpido su embarazo). El vaciamiento material de este elemento sobre el que apoyar el nexo causal resulta, aquí, aún más evidente que el caso anterior.

En la actualidad, se ha abandonado cualquier relevancia de la hipotética decisión de la madre para construir el nexo de causalidad que permita la estimación de una acción de responsabilidad por *wrongful birth*. Ello es consecuencia de adoptar un enfoque que creemos mucho más adecuado del problema: no se trata de qué hubiese decidido la madre de haber sido correctamente informada, sino de que la actuación médica *ha impuesto* un nacimiento que no es resultado de una decisión *libre* —vale decir, *informada*— de la única persona que podía decidir, esto es, de la madre. Esto explica que hoy, ni el Tribunal Supremo ni las Audiencias Provinciales se detengan a analizar la hipotética decisión de la madre: *es absolutamente irrelevante* (como irrelevante la califican de forma expresa, por todas, la STS (Sala 1.ª) de 21 de diciembre de 2005, y la SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006). Lo único que interesa desde el punto de vista causal es que la mala actuación ha supuesto para los demandantes la privación de elección entre interrumpir el embarazo o continuar con él (véanse la STS [Sala 3.ª] de 16 de mayo de 2012; las SSTSSJJ [Contencioso-Administrativo] de Islas Baleares de 29 de abril de 2010, País Vasco de 13 de abril de 2011, Castilla y León de 5 de abril de 2013, y de Madrid de 28 de octubre de 2015. También, la SAP de Madrid de 28 de junio de 2019).

IV. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD POR *WRONGFUL BIRTH*, EN PARTICULAR LA INOBSERVANCIA DE LA *LEX ARTIS AD HOC* COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN DEL DAÑO (¿SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD POR *CULPA*?)

A efectos expositivos, tomemos como punto de partida el contexto de la sanidad privada. En este contexto, el médico o la empresa con quien la futura madre *celebra el contrato* que tiene por objeto el seguimiento de su embarazo a cambio de la remuneración acordada, se convierte en deudor de dicho seguimiento. Este seguimiento es la prestación característica de un contrato *de servicios* (no de obra), lo que significa que el deudor no asume más obligación que la de poner los medios y el esfuerzo adecuados para realizar un seguimiento del embarazo *correctamente*, pero sin garantizar un resultado o un particular estado de las cosas. De aquí, a afirmar que en estos contratos la responsabilidad del deudor del servicio médico es subjetiva o por culpa solo hay un paso. De forma más específica, la *lex artis ad hoc* vendría a ser el canon o medida de esa diligencia, más intensa que la diligencia media del «buen padre de familia»<sup>23</sup> cuyo seguimiento impediría la imputación de responsabilidad, aunque se llegara a un estado no deseado de las cosas.

Sin embargo, cuando nos trasladamos al ámbito de la medicina pública, el punto de arranque de la responsabilidad por la prestación del servicio médico parece desplazarse hacia un sistema de responsabilidad *objetiva*, sin necesidad de culpa. Este desplazamiento vendría facilitado por lo dispuesto en el artículo 106.2 de la Constitución, y su desarrollo legislativo en el actual artículo 32 de la Ley 40/2015 —antes, artículo 139.1 de la Ley 30/1992—.

Llegados a este punto, y centrándonos en la responsabilidad por *wrongful birth*, cabe preguntarse si resulta razonable que ambos sistemas, el público y el privado, de prestación de la medicina partan de criterios de imputación de responsabilidad tan distintos —objetivo el primero, por culpa el segundo—; y ello, cuando en ambos casos está comprometida la protección de los mismos derechos y valores (protegidos al más alto nivel normativo) en exactamente la misma medida, o lo que es igual: en ambos casos el médico prestador del servicio se erige en garante, en exactamente la misma medida, de los valores y derechos implicados (fundamentalmente, la decisión de interrumpir el embarazo por razones eugenésicas, como concreción del más amplio derecho a la autodeterminación y a la libertad e intimidad personal y familiar). A pesar de la en apariencia (y solo en apariencia) clara distinción de los puntos de partida de la medicina privada (contrato de servicios → obligación de medios → responsabilidad por culpa) y la medicina pública (actuación de la Administración → proclamación normativa de su responsabilidad por los daños causados incluso por su funcionamiento «normal» → responsabilidad objetiva con exoneración solo en caso de fuerza mayor), no parece razonable establecer dos raseros de imputación de responsabilidad tan distintos, por el solo hecho de la titularidad pública o privada del servicio.

Cabe entonces preguntarse si de hecho existe una verdadera diferencia práctica en la distinción entre la medicina pública y la privada en el punto que estamos analizando. Y la verdad es que un análisis jurisprudencial sobre el estado de esta cuestión demuestra que tal diferencia, en la práctica, *no existe*. No se ha condenado en la jurisdicción civil, por hechos que no hubiesen sido condenados en la jurisdicción contencioso-administrativa; ni a la inversa. De hecho, el canon de la *lex artis* es recurrentemente empleado también en la jurisdicción contencioso-administrativa como criterio de imputación de la responsabilidad

por *wrongful birth* (cfr. SSTs [Sala 3.ª] de 10 de mayo de 2007 y de 16 de mayo de 2012; SSTSJ, de la Comunidad Valenciana de 27 de octubre de 2015, y de Madrid de 28 de octubre de 2015), lo que debe considerarse apropiado; y por su parte, en algunas ocasiones en la jurisdicción civil se ha querido encontrar en el artículo 28 LGDCU de 1984 (actual art. 148 TRLGDCU de 2007) un argumento para afirmar la responsabilidad *objetiva* de la aseguradora médica encargada de la prestación sanitaria (cfr. SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006 —en todo caso, sobre el acierto de este argumento, *vid. infra*—). Esto, de hecho, ha supuesto una aproximación de soluciones, independientemente de la jurisdicción que tuviera que conocer del caso.

La *lex artis* no funciona en la práctica como canon o medida de la diligencia exigible, sino como canon o medida del *comportamiento solutorio* (en la sanidad privada) o del *comportamiento debido* (en la sanidad pública). Si comprendemos de esta forma el papel que la *lex artis* cumple, comprenderemos también con facilidad cómo la jurisprudencia ha llegado a la «inversión de la carga de la prueba» en cuanto a su (in)observancia como elemento constitutivo de la pretensión resarcitoria: al demandante (los padres) le basta con probar la producción del daño a cuyo impedimento están orientadas las reglas de comportamiento impuestas por la *lex artis*, de modo que al médico le corresponde probar que el daño se ha producido *a pesar* del seguimiento de la *lex artis ad hoc*. Los Tribunales, para explicar este particular reparto de la carga probatoria, se refieren a una verdadera *inversión* de la misma, permisible al amparo del artículo 217 LECiv: si se habla de inversión de la carga de la prueba, implícitamente se acepta la *lex artis ad hoc* como canon de diligencia, y por tanto y a la inversa, de culpabilidad si no se observa, y ahí radica la inversión: el demandante no vendría cargado con la prueba de uno de los elementos constitutivos de su pretensión (la culpa del demandado), sino que es el demandado el que tendría que probar su diligencia (véanse en este sentido las SSAP de León de 15 de septiembre de 1998 y de Málaga de 31 de marzo de 2000); de ahí también que cuando los tribunales se refieren a este efecto inversor de la carga de la prueba, tengan que apoyar dialécticamente tal inversión, reforzando su exigencia, en la idea *res ipsa loquitur* en cuanto al daño padecido por los demandantes (en este sentido, por todas, véanse las SSAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006, de Girona de 6 de mayo de 2013 y de Madrid de 28 de junio de 2019).

Pero como hemos adelantado, en realidad no es necesario acudir a la idea de inversión de la carga de la prueba para explicar que el médico ha de probar la sujeción de su actuación a la *lex artis*, entendida esta como delimitación de su prestación solutoria o debida, de modo que no se le carga con la prueba de la no concurrencia de un elemento constitutivo de la pretensión del demandante, sino con la prueba de la concurrencia de un *hecho impeditivo* de su propia responsabilidad, cuya prueba naturalmente es carga suya<sup>24</sup>.

Como se ha apuntado, uno de los argumentos que en alguna ocasión se ha empleado para facilitar la imputación de responsabilidad a la aseguradora médica en la medicina privada, ha sido la aplicación del artículo 28 LGDCU de 1984 / artículo 148 TRLGDCU de 2007. Este artículo 148 (equivalente, en lo sustancial, a lo que preveía el anterior artículo 28 de la Ley de 1984) dispone, a lo que ahora interesa, lo siguiente:

«Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad,

en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

*En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios (...).*».

De esta disposición se ha querido derivar una responsabilidad *objetiva* de la aseguradora, como sucedió en la SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006 (cfr. especialmente fundamentos de derecho vigésimo quinto y vigésimo sexto).

Aunque, por las razones antes explicadas, se llega así al resultado correcto (condenatorio de la aseguradora), el camino seguido no puede compartirse. Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo (últimamente, véase la STS [Sala 1.ª] de 18 de julio de 2019), «la doctrina jurisprudencial ha circunscrito la referencia a «servicios sanitarios» a los aspectos funcionales de los mismos, es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos-actividad médica propiamente dicha sometida a la infracción de la *lex artis ad hoc*» (fundamento de derecho segundo). En este sentido, consideramos más acertado el enfoque que sobre este mismo particular ofrece la SAP de Gerona de 6 de mayo de 2013.

## V. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La lectura de las sentencias que han tenido por objeto acciones de responsabilidad civil por *wrongful birth*, pone de manifiesto que no se plantean dudas para reconocer la legitimación activa de ambos progenitores cuando demandan conjuntamente, ni tampoco cuando es la madre la que demanda de forma individual.

Lo que sí ha planteado problemas es la pretendida legitimación activa *individual* del padre.

Dos son los principales escollos con los que podría encontrarse la afirmación de la legitimación activa del padre:

1. El hecho de que sea la madre a quien corresponde, por ser la gestante, la decisión de continuar o interrumpir *su* embarazo, la mala praxis médica que impide la interrupción legal y voluntaria del embarazo no afecta a una eventual decisión del padre. Este argumento fue el empleado por la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de diciembre de 2007, para negar la legitimación individual del padre en una acción por *wrongful birth*. En dicha resolución puede leerse:

*«[E]l Tribunal de instancia ha tomado también en consideración la circunstancia de que la facultad de optar por la interrupción del embarazo constituye, en circunstancias normales, un derecho personal e intransferible de la madre, conforme resulta del artículo 5 de la Ley Ordinaria de Sanidad, artículo 417 bis CP, y 9 del RD 2409/86 y fundamento decimotercero de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, lo que se convierte en obstáculo para la reclamación formulada con carácter exclusivo por el padre con dicho fundamento, que es lo que ocurre en el supuesto considerado por el Tribunal de instancia, sin tener en cuenta, además, que no hay constancia alguna del consentimiento, expreso o tácito de la madre para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil fundado en la privación de ese derecho personal e intransferible que a ella le corresponde».*



2. En los casos en que el defectuoso seguimiento del embarazo se ha desarrollado en el marco de la medicina privada, y solo es parte del contrato de servicios médicos la madre, el padre parece que no podría accionar frente al médico por incumplimiento contractual, pues no es parte del mismo (principio de relatividad de los contratos).

Sin embargo, ninguna de las dos ideas anteriores nos parece determinante para negar la legitimación activa del padre, aunque hay que hacer importantes distinciones.

Antes de entrar en el análisis más detenido de las anteriores dos ideas, conviene ya adelantar una previa. La legitimación procesal, en tanto que presupone la vinculación del actor con el objeto litigioso<sup>25</sup>, y por tanto un interés protegible, no tiene mucho sentido afirmarla *solo* cuando el padre demanda juntamente con la madre, y negarla en el resto de los casos. En los supuestos en que se niega la legitimación individual del padre y se admite solo cuando la demanda es conjunta, parece que el padre recibe así, a través de la madre, participación en el interés jurídico protegido a reparar, lo que es insostenible.

#### 1. LA MALA PRAXIS MÉDICA QUE IMPIDE LA INTERRUPCIÓN LEGAL Y VOLUNTARIA DEL EMBARAZO OCASIONA UN DAÑO RESARCIBLE, TANTO MORAL COMO PATRIMONIAL, AL PADRE

El que la madre sea, indudablemente, la titular del derecho a interrumpir voluntariamente su embarazo por causa eugenésicas; y que el mal control prenatal le imponga la continuación del embarazo; son elementos que facilitan la explicación de la legitimación activa de la madre para el ejercicio de las acciones por *wrongful birth*. Pero esto no significa que justifique, por sí solas, la negación de la legitimación activa individual del padre.

Si consideramos el fundamento que, primero, estuvo presente en la despenalización del aborto por motivos eugenésicos, y luego en el derecho positivamente reconocido a la interrupción del embarazo por tales motivos, veremos que indudablemente el padre es partícipe de los valores que la mala praxis médica daña, imponiendo la continuación del embarazo; valores de los que el médico responsable del control prenatal se erige *forzosamente* en garante.

Cuestión distinta es que quepa hacer alguna distinción entre el daño que sufre la madre, que en parte son coincidentes, pero en otra parte creemos que no. En este sentido, creemos que es precisa la siguiente distinción:

a) En cuando al daño *patrimonial* (independientemente de que este daño lo limitemos al plus o sobreesfuerzo que conllevan los cuidados y atenciones especiales que el niño precisará —como la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina sostiene—, o se afirme que debe cubrir *todos* los gastos de crianza y no solo los extraordinarios imputables a sus necesidades específicas —como defendemos aquí—), creemos que es coincidente, y *conjunto*, tanto para el padre como para la madre.

En este punto, además, creemos que el artículo 156 del Código Civil, impone un litisconsorcio activo necesario, derivado del crédito mancomunado que, para ambos padres, supone la indemnización por el daño patrimonial reclamado. En el bien entendido que no es un crédito *del hijo* (pues ello nos llevaría a una acción por *wrongful life*, acción unánimemente rechazada en nuestra jurisprudencia), sino que es un crédito *de los padres para el hijo*. Por eso este crédito ha de entrar en el ámbito del artículo 156 del Código Civil,



cuya regla de partida (aplicable a nuestro supuesto) es el ejercicio *conjunto* (vale decir, *mancomunado*) de la patria potestad.

No puede resultar de aplicación aquí lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 156, que no está pensado para facilitar la constitución de relaciones jurídicas procesales, sino para proteger el tráfico. Si creemos en cambio que debe admitirse el ejercicio de la acción por solo uno de los padres si consta la autorización del otro, pero en el bien entendido que de este modo se consuma el ejercicio procesal de la pretensión *para ambos progenitores*.

b) En cuanto al daño *moral*, sí es posible afirmar que cada progenitor *padece su propio daño*:

— El padre sufre un daño moral, puesto que la imposición del embarazo supone para él la sustracción de haber participado en una decisión tan íntima y privada con el otro progenitor como es la de continuar o interrumpir el embarazo; en este sentido, se produce un daño a su derecho a la dignidad personal y a la intimidad personal y familiar (concreción del derecho al respeto de la vida privada y familiar, protegida por el artículo 8 CEDH<sup>26</sup>; cfr. también artículo 10 de la Constitución). Esto, *con independencia de que solo la madre sea la única que finalmente decidiría continuar o interrumpir el embarazo*.

— La madre también sufre un daño moral, pero de mayor extensión, pues además de todo lo que acaba de señalarse con relación al padre, sufre *también* un proceso biológico *impuesto* (esto es, que no es fruto de su decisión) como es la continuación del embarazo, lo que afecta de forma inmediata a su dignidad personal en un plano que, obviamente, no puede alcanzar el padre, lo que justifica que la madre haya de tener en este concepto una indemnización *excluyente y exclusiva* con respecto al padre. En este sentido, resulta muy ilustrativo lo apuntado en la STS (Sala 3.ª) de 16 de mayo de 2012: «el derecho del paciente a conocer y entender los riesgos que asume y las alternativas que tiene a la intervención o tratamiento se configura en el actual orden normativo —constituido por la 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— como una faceta integrante del derecho fundamental a la vida, en su vertiente de autodisposición sobre el propio cuerpo, reconocido como tal incluso en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, conforme a la cual el Derecho fundamental a la integridad de la persona comprende, en el marco de la medicina, el consentimiento libre e informado, de manera que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma una infracción de la “*lex artis ad hoc*”, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, y que como tal causa un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente» (fundamento de derecho segundo).

Este daño moral que cada progenitor sufre en los términos descritos, a diferencia de lo que creemos que ha de suceder con el daño patrimonial, procesalmente ha de traducirse en la posibilidad de su ejercicio individual. En este sentido, resulta acertada la tesis sostenida en la SAP de Gerona de 6 de mayo de 2013, en la que se aceptó la legitimación activa exclusiva del padre para pedir

indemnización por daño moral (aunque, finalmente, la pretensión fue desestimada por otras razones).

## 2. MEDICINA PRIVADA Y RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS

Aun sin negar que, en los términos del artículo 1257 del Código Civil, los contratos solo producen «efectos» entre los contratantes, no creemos que ello sea un impedimento para afirmar la legitimación activa del padre en los casos de *wrongful birth*, cuando el contrato de servicios médicos por el que surge la deuda de seguimiento y control del embarazo ha sido celebrado sin intervención del padre. La idea de *contacto social* resulta en este momento muy relevante, y útil: aunque entre el padre y el médico no exista una vinculación contractual directa, el segundo no puede negar seriamente que su actuación tenga repercusión inmediata en unos valores e intereses (expresados y protegidos al más alto valor normativo) que corresponden a la madre y *al padre*, y que con su actuar, no solo los está gestionando, sino que se erige implícita, pero también *clara y necesariamente*, en garante de su protección. Ni siquiera sería preciso acudir al sistema de *responsabilidad extracontractual* para justificar en estos casos una acción directa del padre frente al médico responsable del seguimiento prenatal: no parece adecuado afirmar la remisión a las reglas de la responsabilidad extracontractual por el solo hecho de que no exista un contrato otorgado entre demandante y demandado en cuyo marco el primero ha sufrido un *incumplimiento (lesión de su derecho de crédito)* por el segundo, cuando, a pesar de que formalmente no existe ese contrato, el demandado ha asumido *voluntaria* y conscientemente la gestión de un ámbito de interés ajeno preexistente, en unos términos libremente asumidos y delimitados, y el riesgo que ello conlleva puede reflejarlo en la contraprestación a percibir en el contrato de prestación del servicio médico. El fundamento de la pretensión del padre frente al médico puede basarse, pues, en las reglas de la responsabilidad *contractual*.

En este sentido, debe considerarse acertada la tesis sostenida en las SSAP de Girona de 6 de mayo de 2013, y de Madrid de 28 de junio de 2019, ambas decisoras de una acción de responsabilidad por *wrongful birth* en el ámbito de la medicina privada, en la que se reconoció legitimación pasiva al padre<sup>27</sup>.

## VI. LEGITIMACIÓN PASIVA

### 1. SUPUESTOS ADMITIDOS SIN DIFICULTAD

En el ámbito de la medicina pública, nunca ha planteado problema la legitimación pasiva del médico responsable del seguimiento del embarazo, ni de la Administración pública de la que aquel dependía.

En la medicina privada, tampoco ha planteado dudas la responsabilidad del médico responsable del seguimiento del embarazo, ni de la empresa en la cual trabajaba como tal profesional. Curiosamente, en algunas sentencias se utiliza como argumento para hacer responsable a la empresa solidariamente junto al médico, lo dispuesto en el artículo 1903 del Código Civil. Resulta innecesaria, y seguramente errónea, la argumentación en torno a dicho precepto en un contexto de prestación solutoria en un marco contractual, en el que el médico es un *auxiliar* del deudor (empresa), y en el que indudablemente hay responsabilidad

contractual, no la responsabilidad extracontractual a que se refiere el artículo 1903 citado.

## 2. SUPUESTOS QUE PUEDEN PLANTEAR ALGUNOS PROBLEMAS

### A) *Las aseguradoras médicas*

En el marco de la sanidad privada, sí ha planteado problemas la legitimación pasiva de las aseguradoras médicas, en los casos en que el seguimiento del embarazo ha sido llevado por un médico elegido por un asegurado *porque* este médico formaba parte del cuadro de médicos ofrecidos por la aseguradora médica, *aunque* ciertamente el médico no es un *trabajador* de la aseguradora, ni forma parte de su plantilla de trabajadores propios. Esta circunstancia es la que habitualmente emplean las aseguradoras médicas cuando son demandas (por lo general, exigiendo su responsabilidad solidariamente con la del médico), con el fin de evitar una sentencia condenatoria (como sucedió en el caso del que conoció la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 28 de julio de 2008, o más recientemente, en el caso resuelto por la misma Audiencia de Madrid en sentencia de 28 de junio de 2019).

La clave de la cuestión radica en una adecuada interpretación de lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley del Contrato de Seguro, que diferencia por un lado el seguro de enfermedad, y por otro lado, el seguro de asistencia sanitaria. Literalmente, este artículo 105 LCS dispone:

*«Cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica. Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan».*

Por tanto, el seguro de enfermedad consiste para el asegurador en una deuda pecuniaria (obligación de *dar*), para el caso en que se dé el siniestro (enfermedad del asegurado); pero no asume ninguna prestación de *hacer*. En cambio, el seguro de asistencia sanitaria obliga al asegurador a la *prestación* de los servicios médicos y quirúrgicos acordados, esto es, se trata de una prestación de *hacer*.

La distinción resulta esencial, pues como ha afirmado LOIS CABALLÉ, «[p]or el seguro de asistencia sanitaria, contemplado en el artículo 105 LCS in fine, el asegurador se compromete frente al asegurado a prestarle servicios de asistencia sanitaria, y no indemnizaciones en metálico como sucede en el seguro de enfermedad»; y añade: «[L]a prestación de asistencia sanitaria del asegurador se realiza a través de un cuadro médico del que el asegurado debe elegir, ya que el coste es abonado directamente por el asegurador al médico en función de las cantidades pactadas de antemano»<sup>28</sup>. Por tanto, en el seguro de asistencia médica, aunque los médicos que realizan finalmente la prestación no sean en sentido estricto trabajadores o dependientes (laboralmente hablando) de la aseguradora, actúan como *auxiliares de la prestación solutoria debida por dicha aseguradora*, y por lo tanto han de responder por lo hecho por aquellos. En este sentido, pueden verse las SSTs (Sala 1.ª) de 4 de junio de 2009 y de 4 de noviembre de 2010. En concreto esta última resulta muy ilustrativa y clarificadora; en ella, después

de presentar de forma resumida los argumentos que la jurisprudencia ha venido utilizando para fundamentar la condena de las aseguradoras médicas por los daños causados por los facultativos que forman parte de su «cuadro médico», concluye: «*por medio del contrato de seguro de asistencia sanitaria celebrado entre la entidad codemandada, (aseguradora, y la codemandante «el asegurador se obliga no solo a prestar la asistencia correspondiente al padecimiento (enfermedad o lesión) del asegurado, sino también la más segura y eficaz, alcanzando así a la elección del facultativo adecuado que se pone al servicio del cliente; prestación sanitaria que resultará defraudada si la asistencia recibida resulta incorrecta y conlleva graves consecuencias dañosas morales y materiales para el paciente, derivadas de una actuación negligente del facultativo elegido por el asegurado, dando lugar a una responsabilidad contractual por parte del asegurador por incorrecto cumplimiento de las prestaciones del contrato».* Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios, como ocurre en este caso entre los codemandados estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, establecida con carácter general en el artículo 1903.4.º del Código Civil, caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo». Salvo por la referencia al artículo 1903 del Código Civil —que creemos improcedente, pues la aseguradora habrá de responder ante el asegurado por los daños causados por el médico conforme a las reglas de la responsabilidad *contractual*—, las conclusiones deben compartirse.

En la misma línea, en la llamada jurisprudencia *menor* pueden verse por ilustrativas, y entre otras, las SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006 (que analiza la naturaleza del contrato de seguro de asistencia médica, diferenciándolo del seguro de enfermedad en el mismo sentido en que hemos hecho *supra*)<sup>29</sup>, la SAP de Madrid de 28 de julio de 2008<sup>30</sup> y la SAP de Madrid de 28 de junio de 2019<sup>31</sup>. En todas ellas se trataba de una acción de responsabilidad por *wrongful birth*.

## B) Genetistas y laboratorios

Cuando el control prenatal implica la realización de análisis genéticos, o de otro tipo, que exigen la intervención de facultativos especialistas, surge naturalmente la cuestión de su eventual responsabilidad *directa* frente a los padres en los casos en que el análisis por ellos realizado arroje un *falso negativo*. Este problema se plantea en general en los casos de sanidad privada<sup>32</sup>, y en concreto, cuando no existe una vinculación contractual directa entre el genetista o el laboratorio demandado, y los padres, sino que es el mismo médico responsable del seguimiento del embarazo el que hace el encargo del análisis sin que en este encargo intervengan los padres. En tales casos, parece natural como estrategia de defensa del genetista o del laboratorio demandado, esgrimir su falta de legitimación pasiva cuando la acción ejercitada por los padres tiene su fundamento en las reglas de la responsabilidad *contractual*.

Sin embargo, así como vimos *supra* que el consabido principio de relatividad de los contratos no era suficiente para negar legitimación activa del padre en las acciones por *wrongful birth*, en la práctica tampoco ese principio

debiera servir, y de hecho no ha servido, para negar la legitimación pasiva de los genetistas y laboratorios en este mismo tipo de acciones. En este sentido, puede verse la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 19 de julio de 2007, en la que se condenó con fundamento en las reglas de la responsabilidad contractual, tanto al médico que realizó el seguimiento del embarazo *como al genetista* que realizó los estudios cromosómicos encargados por el primero, *sin que a ello obstara el que no existía relación contractual directa alguna entre el genetista y los padres*. En la llamada jurisprudencia *menor*, resulta muy ilustrativa la SAP de Málaga de 31 de marzo de 2000. En el caso tratado en esta sentencia, los padres demandaron tanto al médico responsable del seguimiento del embarazo como al genetista que emitió un informe claramente erróneo (pues según este informe, el nasciturus era un varón sin alteración cromosómica alguna, y sin embargo la madre dio a luz a una niña con síndrome de Down). Entre genetista y padres no se celebró contrato alguno, lo que fue alegado por el primero. Ello sin embargo no impidió que fuese condenado *solidariamente* con el médico encargado del seguimiento prenatal: «La consecuencia jurídica de que ninguno de los demandados haya demostrado un hecho concreto impeditivo de la normal responsabilidad civil, ni hayan aportado prueba suficiente para establecer una exoneración específica y atribuible a uno de ellos en concreto de la responsabilidad contractual expresada, tratándose de una responsabilidad contractual civil que atañe a quienes conjuntamente efectuaban una sola prestación, procede declarar la responsabilidad solidaria de ambos codemandados» (fundamento de derecho sexto).

## VII. JURISPRUDENCIA ANALIZADA Y CITADA

### 1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH (sección segunda) de 28 de agosto de 2012

### 2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 53/1985, de 11 de abril

### 3. TRIBUNAL SUPREMO

- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 6 de junio de 1997
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 17 de octubre de 2001
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 21 de diciembre de 2005
- STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 10 de mayo de 2007
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 6 de julio de 2007
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 19 de julio de 2007
- STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 5 de diciembre de 2007
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 24 de octubre de 2008
- STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 4 de noviembre de 2008
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 4 de junio de 2009
- STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 16 de junio de 2010
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 4 de noviembre de 2010

- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 31 de mayo de 2011
- STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 16 de mayo de 2012
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 14 de marzo de 2013
- STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 18 de julio de 2019

4. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO)

- STSJ de Andalucía de 6 de octubre de 2006
- STSJ de Islas Baleares de 29 de abril de 2010
- STSJ del País Vasco de 13 de abril de 2011
- STSJ de Castilla y León de 5 de abril de 2013
- STSJ de Comunidad Valenciana de 27 de octubre de 2015
- STSJ de Madrid de 28 de octubre de 2015

5. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de León de 15 de septiembre de 1998
- SAP de Vizcaya de 18 de enero de 1999
- SAP de Málaga de 31 de marzo de 2000
- SAP de Las Palmas, de 25 de enero de 2005
- SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006
- SAP de Madrid de 28 de julio de 2008
- SAP de Gerona de 6 de mayo de 2013
- SAP de Vizcaya de 7 de marzo de 2018
- SAP de Madrid de 28 de junio de 2019

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO PERERA, Á (2021). *Derecho de contratos*. Cizur Menor, Aranzadi.
- CECCHINI ROSELL, X. (2003). El deber de información del médico. Nacimiento de un niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS núm. 581/2002 (Sala de lo civil), de 7 de junio. Recurso de Casación núm. 3834/1996, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 10.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Cizur Menor, Civitas.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (1998). La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil, en *Diario la Ley*, núm. 3.
- DUGUET, A.M. (2002). Wrongful life: the recent French Cour de Cassation decisions, en *European Journal of Health Law*, núm. 9, 139-149.
- ELIZARI URTASUN, L. (2010). El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, en *Derecho y salud*, vol. 19, extraordinario, núm. 1.
- LOIS CABALLÉ, A.I. (2002). Comentario a los artículos 105 y 106 de la Ley del Contrato de Seguro, en Boquera Matarredona, J.; Bataller Grau, J.; Olavarría Iglesia, J. (coords.). *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- MACÍA MORILLO, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos pre-conceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Valencia, Tirant lo Blanch.

- MARTÍN-CASALS, M.; SOLÉ FELIU, J. (2004). Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1.<sup>a</sup>, 18 de diciembre de 2003, en *Indret*, 217.
- MORENO CATENA, V. (2015). Lección 3. Las partes procesales, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Civil. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1988). Procreación artificial y responsabilidad civil, en VV.AA. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida. II Congreso Mundial Vasco - Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. Ponencias y comunicaciones*. Madrid, Trivium.

## NOTAS

<sup>1</sup> En esto se diferencia las acciones de *wrongful birth* y las acciones de responsabilidad por *wrongful life*: en estas últimas, es el propio hijo (de ordinario, los padres en nombre suyo) el que se dirige frente al médico, por no haberle dado a sus progenitores la posibilidad de impedir su propio nacimiento, imponiéndole así una vida que supondrá, para él, padecimientos de distinto orden que, en opinión del demandante (el hijo) debieran ser indemnizados.

Estas acciones de responsabilidad por *wrongful life* son absolutamente rechazadas en el Derecho español. Pero han provocado un debate en torno a su admisibilidad, y en algunos ordenamientos, verdaderos problemas que han tenido que ser atajados por el Derecho positivo, negando frontalmente su posibilidad. Tal fue el caso del Derecho francés, y el conocido «Caso Perruche», decidido por la Corte de Casación francesa en sentencia de 17 de noviembre de 2000, en el que se reconoció que el niño puede reclamar directamente frente a los médicos por los daños resultantes de su discapacidad, en un caso en que la madre no fue debidamente informada durante el proceso de gestación y, por tanto, no tuvo la posibilidad real de poder interrumpir su embarazo. Esta decisión tuvo un rechazo general, hasta el punto que motivó que el Legislador interviniera, poniendo fin definitivamente a la posibilidad de las acciones por *wrongful life* en el Derecho francés a través de la ley 2002-3003 (marzo de 2002). Para una visión general de esta cuestión en el Derecho francés, véase DUGUET, A.M. (2002), *Wrongful life: the recent French Cour de Cassation decisions*, en *European Journal of Health Law*, núm. 9, 139-149.

<sup>2</sup> A decir de la SAP de Las Palmas de 25 de enero de 2005, [n]os hallamos (...) ante un arduo y complejo dilema, en el que, excediendo del ámbito estrictamente jurídico, convergen junto a la legalidad, la ética, lo deontológico y lo ontológico de un modo particularmente intrincado, y donde se entremezclan al propio drama humano subyacente a esta realidad las dificultades conceptuales concomitantes al respecto y ello, en virtud de la disyuntiva moral vinculada al planteamiento de la opción entre, por un lado, el nacimiento sometido a una vida pesadosa y lamentable y, por otro, el no haber nacido, (fundamento de derecho cuarto).

<sup>3</sup> Con mayores razones, también en aquellos sistemas en que la interrupción del embarazo quepa de forma libre, esto es, aun sin necesidad de estar apoyado en una razón eugenésica.

<sup>4</sup> Sobre el papel de la *lex artis* como criterio de imputación, véase más abajo el epígrafe correspondiente.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> No se trata, por tanto, de un deber *accesorio* o *secundario*, como lo calificó la SAP de Vizcaya de 18 de enero de 1999 (fundamento de derecho quinto).

<sup>7</sup> [P]odrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.



b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

<sup>8</sup> Fundamento de derecho tercero: «Esta Sala ha considerado que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre —ciertamente presumible cuando de una operación de vasectomía con resultado inesperado de embarazo se trata—, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad». Y continúa: «Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 abril, F. 8, «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) [...]». En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...]». Concluye a continuación: «No cabe duda de que el embarazo habido ha supuesto haberse sometido a una siempre delicada intervención quirúrgica que ha venido en definitiva a demostrarse como inútil y, por otra parte, la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello, ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al *minimum* ético constitucionalmente establecido, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (art. 16 de la Constitución)».

<sup>9</sup> En esta sentencia se explica que con la actuación médica se «lesiona su derecho [el de la madre] de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo a sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, y que como tal causa un daño moral» (fundamento de derecho segundo).

<sup>10</sup> En esta resolución se identifican dos tipos de daño moral por *wrongful birth*: por un lado, un daño moral que procede de la «privación de la facultad de interrumpir el embarazo dentro del plazo legalmente establecido»; y por otro lado, un daño moral que tiene su origen en «el impacto o trauma psicológico inmediatamente ligado al conocimiento de las malformaciones en el momento del alumbramiento y en el padecimiento por la contemplación y angustia diaria por la condición gravemente discapacitada del hijo» (fundamento de derecho decimotercero). Más adelante, se añade que para valorar concretamente el primero de los daños morales indemnizables, «pueden tenerse en cuenta como parámetros orientativos (...) los gastos patrimoniales especiales contrastados en Autos para la asistencia y educación del niño» (fundamento de derecho decimonoveno).

<sup>11</sup> En la doctrina, sigue teniendo mucho interés el trabajo de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (1998). La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil, en *Diario La Ley*, núm. 3, 1700 y siguientes.

<sup>12</sup> En este sentido, es de gran interés la monografía de DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Cizur Menor, Civitas, especialmente páginas 88 a 93, con cita a SCOGNAMIGLIO y a MARTÍN-CASALS.

<sup>13</sup> En este sentido, por todos, ELIZARI URTASUN, L. (2010). El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, en *Derecho y salud*, vol. 19, extraordinario, núm. 1.

<sup>14</sup> MARTÍN-CASALS, M.; SOLÉ FELIU, J. (2004). Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1.ª, 18 de diciembre de 2003, en *InDret*, 217, 7.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, 1707.

<sup>16</sup> *Loc. cit.*

<sup>17</sup> En este sentido, con claridad, véanse las SSTs (Sala 1.ª) de 21 de diciembre de 2005, 31 de mayo de 2011 y 14 de marzo de 2013.

En la llamada jurisprudencia menor, véanse las SSAAPP de Cádiz (17 de septiembre de 2002), Salamanca (29 de noviembre de 2006) y de Madrid (28 de junio de 2019).

En las resoluciones dictadas en los Tribunales Superiores de Justicia (jurisdicción contencioso-administrativa), véanse las sentencias de los Tribunales de Islas Baleares (29 de abril de 2010), País Vasco (13 de abril de 2011), Comunidad Valenciana (27 de octubre de 2015) y Madrid (28 de octubre de 2015).

<sup>18</sup> PANTALEÓN PRIETO, F. (1988). Procreación artificial y responsabilidad civil, en VV.AA. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción asistida. II Congreso Mundial Vasco - Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. Ponencias y comunicaciones*. Madrid, Trivium, 245 y sigs.

<sup>19</sup> CECCHINI ROSELL, X. (2003). El deber de información del médico. Nacimiento de un niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS núm. 581/2002 (Sala de lo civil), de 7 de junio. Recurso de Casación núm. 3834/1996, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 10, 181 y sigs.

<sup>20</sup> Este argumento fue el empleado en la SAP de Madrid de 28 de julio de 2008 precisamente para negar que los padres tuvieran derecho a ser indemnizados en concepto de daño patrimonial: únicamente se valorará el daño causado a los padres por la pérdida de la oportunidad de decidir, ya que el resto reclamado por los actores no puede estimarse por cuanto, evidentemente, el error del médico no es la causa de la enfermedad que afectaba al feto (fundamento de derecho sexto).

<sup>21</sup> La importante STC 53/1985 ya ofrecía herramientas conceptuales suficientes para construir argumentos en el sentido apuntado.

<sup>22</sup> Ciertamente el Juzgado acabó condenando al médico. Pero lo que interesa resaltar aquí es que la forma descrita de construir el nexo de causalidad, abre la puerta a que este tipo de debates, y esta clase de argumentos, puedan darse en serio.

<sup>23</sup> En este sentido, véase la STS (Sala 1.ª) de 6 de junio de 1997, primera de las sentencias de nuestro Tribunal Supremo que se enfrenta a una reclamación de responsabilidad por *wrongful birth*.

<sup>24</sup> Como ha explicado CARRASCO PERERA en sede de obligaciones de hacer, «[u]na vez producido y acreditado [el incumplimiento], ya no se pregunta supletoriamente por la culpa. No se trata con ello de expulsar de estas obligaciones el significado del deber de diligencia profesional, sino de reconducirlo a su lugar adecuado. El estándar de diligencia profesional que describa el servicio contratado determina el contenido mismo de la obligación, no el presupuesto de la culpa. El estándar de diligencia integra el contenido de la obligación en sentido objetivo, y no es un criterio de imputación subjetiva de la ilicitud material. El médico, el abogado, el arquitecto que no ponen en el cumplimiento de su deber la diligencia profesional exigible conforme a la *ex artis* incurrir en un incumplimiento material. Incurrir en contravención de la obligación, y cumplimiento defectuoso. Una vez que el hecho de este incumplimiento material se halla acreditado, una vez que se prueba que la prestación profesional no es conforme a la *lex artis*, ya no se pregunta si además de ello ese un incumplimiento culpable. Al haberse «retirado» la diligencia a cumplir funciones de integración del deber contractual, ya no puede, no tiene sentido, reduplicarla en funciones de culpa-negligencia» (CARRASCO PERERA, Á. (2021). *Derecho de contratos*. Cizur Menor, Aranzadi, § 19/15, 1023).

<sup>25</sup> Por todos, MORENO CATENA, V. (2015). Lección 3. Las partes procesales, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Civil. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch, 90-91.

<sup>26</sup> Véase la interpretación que de este derecho se hace en la STEDH (sección segunda) de 28 de agosto de 2012.

<sup>27</sup> En la sentencia de la Audiencia de Girona se conecta el reconocimiento de la legitimación activa del padre con el fundamento que el Tribunal Constitucional, en su sentencia

53/1985, empleó para justificar la constitucionalidad del aborto por razones eugenésicas: la imposición a la madre y a la familia de una situación (el nacimiento del hijo) que excede de lo que normalmente es exigible.

Por su parte, en la sentencia citada de la Audiencia de Madrid, puede leerse: «al tratarse de un caso en que lo que hubiera podido practicarse hubiese sido un aborto eugenésico o embriopático, el impacto psicológico y la obligación de cuidado más intenso del hijo, sin olvidar la inquietud, angustia y lógica preocupación por su futuro, pertenecen por igual a ambos progenitores (...)». Y se añade: «En situaciones familiares normales, el padre del niño participa activamente en el seguimiento del embarazo, de modo que se crea también una actitud de confianza en el médico que atiende a su mujer; confianza que se verá traicionada por la negligencia de aquel» (fundamento de derecho quinto).

<sup>28</sup> LOIS CABALLÉ, A.I. (2002). Comentario a los artículos 105 y 106 de la Ley del Contrato de Seguro, en Boquera Matarredona, Josefina; Bataller Grau, Juan; Olavarria Iglesia, Jesús (coords.). *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1177 y sigs.

<sup>29</sup> En su fundamento de derecho vigesimoprimer o puede leerse, a lo que ahora interesa, lo siguiente: Aunque resulta habitual la calificación del seguro de asistencia sanitaria como un seguro de enfermedad (al ser el riesgo asegurado la enfermedad de una persona), debe distinguirse claramente el seguro de asistencia sanitaria, en cuanto seguro asistencial o de prestación de servicios, del seguro de enfermedad en sentido estricto, por el cual el asegurador se obliga, dentro de los límites de la póliza, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica, y que se sitúa así en la órbita de los seguros de indemnización efectiva, aunque también comparte elementos de los seguros de sumas por cuanto el asegurador puede comprometerse en la póliza a entregar unas cantidades predeterminadas en la misma. Contribuye a la confusión el hecho relativamente frecuente en la práctica del ramo de que en una misma póliza se recojan conjuntamente ambos tipos de seguros (pólizas mixtas de enfermedad y asistencia sanitaria). Pero la diferencia es evidente, pues mientras en el seguro de enfermedad el asegurador se compromete a abonar ciertas cantidades y el precio de los gastos médicos y farmacéuticos derivados de la asistencia prestada al asegurado por terceros (ajenos a la aseguradora), en el seguro de asistencia sanitaria el asegurador se obliga a prestar «directamente» los servicios de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria, ya sea en su caso a través de sus propios centros médicos y personal facultativo adscrito a los mismos, o ya por medio de terceros profesionales concertados con la aseguradora a través de un contrato de arrendamiento de servicios.

<sup>30</sup> La entidad aseguradora (...) debe responder solidariamente por el error en el diagnóstico cometido por el facultativo que se encuentra dentro de su cuadro médico, ya que concurre responsabilidad por hecho ajeno derivada del contrato de arrendamiento de servicios con retribución por acto médico, que obliga a la aseguradora a prestar la asistencia no solo correspondiente al padecimiento de cada enfermo, sino también a la más segura y eficaz que alcanza a la elección del facultativo adecuado que se pone al servicio del cliente (fundamento de derecho quinto).

<sup>31</sup> Esta sentencia se remite, y transcribe en la parte que ahora nos interesa, la doctrina sostenida en la ya citada STS (Sala 1.ª) de 4 de noviembre de 2010.

<sup>32</sup> En la sanidad pública, la cuestión se ventila haciendo responsable a la propia Administración, como sucedió en el caso tratado en la STS (Sala 3.ª) de 10 de mayo de 2007.