

# EL CONCEPTO DE WRONGFUL BIRTH Y SU INHERENTE PROBLEMÁTICA.

Una polémica del pasado y del presente.

D<sup>a</sup>. Arantzazu Vicandi Martínez  
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 11 de noviembre de 2013

Fecha de aceptación: 25 de noviembre de 2013

**SUMARIO:** I. CONCEPTO Y ORIGEN DE WRONGFUL BIRTH. 1. CONCEPTO. 2. ORIGEN. II. CONCEPTOS AFINES A LA FIGURA DE WRONGFUL BIRTH. 1. WRONGFUL LIFE. 2. WRONGFUL CONCEPTION O WRONGFUL PREGNANCY. 3. LESIONES AL FETO. 4. PROCREACIÓN IRRESPONSABLE. 5. DISADVANTAGED O DISSATISFIED LIFE. III. LA LEGITIMACIÓN EN LA FIGURA. IV. EL DAÑO INDEMNIZABLE. 1. EL NACIMIENTO DE UN HIJO COMO DAÑO. 2. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN. 3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. 4. EL PERJUICIO ECONÓMICO. 5. EL IMPACTO O SHOCK PSICOLÓGICO. 6. EL DAÑO MORAL. V. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LOS CURSOS CAUSALES NO VERIFICABLES. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** En este artículo se estudia el concepto de wrongful birth y la problemática que gira en torno a esta figura, que dada su complejidad abarca la práctica totalidad de sus vertientes, desde el daño hasta la propia causalidad. Con un análisis doctrinal, acompañado de breves notas jurisprudenciales, se pretenderá dar respuesta a una noción de tal complejidad como la presente, que a pesar de que cuenta con una breve pero intensa tradición jurídica y doctrinal en nuestro país, a día de hoy se encuentra en entredicho.

**ABSTRACT:** In this article the idea of wrongful birth together with the difficulties around it are studied. Furthermore, due to the concept's complexity almost all related topics are covered, ranging from the damage to the causality. By using a theoretical analysis with the help of brief notes from case law, this paper is aimed at shedding light on this difficult issue which, despite of having a short but intense tradition in our country, nowadays is still questioned.

**PALABRAS CLAVE:** Wrongful birth, pruebas prenatales, causalidad.

**KEYWORDS:** Wrongful birth, prenatal tests, causality.

## I. CONCEPTO Y ORIGEN DE *WRONGFUL BIRTH*.

### 1. *CONCEPTO*.

I. La construcción doctrinal de *wrongful birth* es una noción de corte jurisprudencial, joven y polémica, que ha seguido una trayectoria errante tanto en la dogmática como en la jurisprudencia; no en vano, la primera idea que nos suscita es la de “nacimiento injusto”, un concepto con una importante carga ética y moral.

Esta figura parte de una acción judicial que ejercitan los padres de un menor contra un centro sanitario o profesional médico en concreto, por haberse visto imposibilitados para acudir a la interrupción voluntaria del embarazo, con motivo de taras físicas o psíquicas en el feto; pudiendo éstas ser detectadas en pruebas prenatales. Esta definición engloba el escenario básico de la idea, al que pueden incorporarse múltiples variantes, desde la práctica defectuosa de una actividad diagnóstica, hasta la omisión de un dato que apunta a una posible anomalía genética; pasando por la simple negligencia en la custodia de las muestras obtenidas.

Una máxima que debe estar presente en esta noción es que la enfermedad que padece la criatura es inherente a la concepción misma, esto es, la actuación sanitaria no la ha provocado, sino que se ha limitado a no diagnosticarla.

II. Macía Morillo define este concepto como “... la reclamación de responsabilidad que interponen uno o ambos progenitores, en la que solicitan la reparación de un daño consistente en la privación de la facultad de decisión, así como en los gastos unidos al nacimiento del niño”<sup>1</sup>.

Galán Cortés estructura de forma clara y ordenada esta construcción doctrinal, por lo que su exposición es una de la más idóneas a los efectos comprender esta noción “En la acción de *wrongful birth* los progenitores, actuando en su propio nombre y derecho, alegan que, al no haberse detectado (bien por error en el diagnóstico o por no aconsejar sobre la conveniencia de llevarlo a cabo) o no haberseles informado en momento oportuno (aun sin haber error de diagnóstico, no se comunica éste en tiempo y debida forma) sobre la posibilidad de que la madre concibiese un niño con malformaciones, se les privó de la oportunidad de adoptar una decisión informada sobre el procrear o no, o sobre si dar lugar o no al nacimiento”<sup>2</sup>.

Emaldi Cirión acude a una descripción más concisa de esta idea “...se trata de una demanda que entablan los padres del niño contra el médico que no detectó en un diagnóstico prenatal la afección fetal o que, incluso, no les propuso someterse a las pruebas diagnósticas oportunas...”<sup>3</sup>.

Conviene aludir a la interpretación que Roth hace de la figura de *wrongful birth*. Éste se pronuncia en la misma línea que los anteriores autores y resulta igualmente clarificador cuando señala “The claim of “*wrongful birth*” is advanced by the parents of a child born with genetic defects wherein a physician or technician, for example, failed to

---

<sup>1</sup> Añade esta autora que todas las acciones de *wrongful birth* encierran una importante repercusión moral y ética, dado que sobrevuelan sobre la idea de que los padres hubiesen preferido no tener un hijo, a que éste se encuentre enfermo. La coyuntura que subyace bajo esta figura es que “es mejor no vivir que vivir en condiciones enfermas”. A. MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant monografías, Valencia, 2005, páginas 80 y 86.

<sup>2</sup> J. C. GALÁN CORTÉS, “Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 76, 2008, pp. 279 - 290, página 286.

<sup>3</sup> A. EMALDI CIRIÓN, “La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos”, *Diario La Ley*, núm. 5, 2001, pp. 1602 - 1612, página 1605.

order, carry out, or interpret appropriate tests during the pregnancy that would have disclosed the presence of the defect, allowing the physician or technician to inform the parents of its presence”<sup>4</sup>.

III. De las tesis destacadas se desprenden aspectos clave que precisan el concepto de esta categoría jurídica y matizan sus diversas vertientes. La acción de wrongful birth parte del nacimiento de un niño con graves malformaciones, no habiendo sido ninguna de ellas descubierta durante la gestación, a pesar de que era posible. Esta omisión se traduce en una falta de información que impide a los padres decidir libremente entre continuar o interrumpir el embarazo. En relación a esta última afirmación, conviene aclarar que el litigio promovido por los progenitores recibe el nombre de wrongful birth, mientras que si el recurrente es el propio hijo afectado, la acción pasa a denominarse wrongful life<sup>5</sup>.

Destacamos que el elemento clave de la construcción doctrinal de wrongful birth no reside tanto en el desconocimiento del estado de salud del nasciturus (por una razón u otra), como en la limitación de opciones que sufren sus padres, al ignorar la dolencia que afecta a su futuro hijo<sup>6</sup>.

## **2. ORIGEN.**

I. El origen de este concepto de wrongful birth se encuentra en la jurisprudencia de Estados Unidos, en el caso *Gleitman vs. Cosgrove*, de la Corte de Nueva Jersey (1967). Una mujer se contagió de rubéola el segundo mes de su gestación y como consecuencia de ello dio a luz a un niño con graves problemas de salud. Dado que en ningún momento se le informó sobre el efecto que la rubéola podía tener en el feto, promovió la primera acción judicial en esta materia, al considerar que no se le había dado la oportunidad de interrumpir el embarazo. Sin embargo, el asunto no fue indemnizado, porque el Tribunal estimó que el daño invocado era abstracto y no cuantificable, y por ende no indemnizable. Asimismo, otro de los motivos esgrimidos fue la imposible valoración de este tipo de litigios, por ser contrarios a “la santidad de la vida”<sup>7</sup>.

Fue necesario aguardar hasta la década de los años setenta a fin de ver admitida una controversia de wrongful birth. Esto ocurrió también en Estados Unidos, en el caso *Becker vs. Schwartz*, de la corte de New York (1978). Se trataba de una mujer con alto riesgo de concebir un hijo aquejado de síndrome de Down por su avanzada edad, aspecto sobre el que no fue informada. El triste desenlace se tradujo en el nacimiento de un niño

---

<sup>4</sup> R. ROTH, “Congenital disabilities and the Law”, *Clinics in perinatology*, núm. 34, 2007, pp. 263 - 273, páginas 264 y 265.

<sup>5</sup> La variante de *wrongful birth*, conocida como *wrongful life*, es una construcción doctrinal muy controvertida, en gran medida porque se esgrime como daño “el derecho a no haber nacido”. Tomando como base el mencionado hecho indemnizable, su aceptación no sólo es difícil, sino prácticamente inconcebible. Ahora bien, a pesar de la polémica ante la que nos encontramos, esta figura ha sido estimada por algunos Tribunales, bien intencionadamente, bien por descuido; al llegar a admitirse demandas conjuntas de *wrongful birth* y *wrongful life*, precisamente por no diferenciarse las partidas indemnizatorias. Aunque no procede que nos detengamos excesivamente en esta cuestión, sí que cabe incidir en la frase clave “derecho a no haber nacido”, pues puede no ser el único daño de este concepto. De esta misma opinión se muestra DE ÁNGEL YÁGÜEZ cuando señala “Si lo que se invoca es que *habría sido mejor para él no haber nacido que vivir en las condiciones en que lo hace*, me parecen fundados los argumentos por los que la demanda se desestima. Cuestión distinta es que el hijo demandante reclame la reparación de los daños económicos que acarrea su vida enferma. Si es esto lo que ocurre, no veo razones de peso por las que la demanda haya de ser desestimada”. R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de “*wrongful birth*”. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”, *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 17, 2002, pp. 179 - 202, página 191.

<sup>6</sup> ALISTE SANTOS se hace eco de esta situación al aseverar “El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia. No obstante, debido tanto a la escasez de los fallos como a los pronunciamientos diametralmente distintos, no podemos hablar de una jurisprudencia francamente favorable a la consolidación de estas demandas, ni tan siquiera de una línea jurisprudencial clara, reinando sobre el asunto la contradicción de sentencias, que no aporta sino incertidumbre y dudas”. T. ALISTE SANTOS, “El *favor nascituri* y su aplicación por el Juez ante las demandas de *wrongful life* y *wrongful birth*”, *Práctica de daños: Revista de responsabilidad civil y seguros*, núm. 49, 2007, pp. 5 - 17, página 7.

<sup>7</sup> Conviene añadir sobre este asunto, que no sólo fue pionero en materia de *wrongful birth*, sino que también lo fue en *wrongful life*, al ser demandantes de la acción tanto la madre como el hijo.

enfermo de la trisomía del cromosoma 21, que llevó a la madre a iniciar una acción judicial para ser indemnizada por el daño sufrido, traducido en el desconocimiento de la posibilidad de tener un hijo enfermo. El Tribunal dictaminó a su favor, pero sin aludir a gastos especiales, más allá de los propios del daño moral y los específicos del embarazo (lucro cesante).

II. En nuestro caso hubo que esperar al año 1997 para que se enjuiciara el primer litigio de wrongful birth, concretamente a la sentencia de 6 de junio de 1997<sup>8</sup>. Se trataba de una mujer, cuyo embarazo fue calificado de alto riesgo porque ya había dado a luz a otro hijo con síndrome de Down, por lo que se le aconsejó que se sometiese a una amniocentesis, dadas sus circunstancias. Se le practicaron no una, sino dos de estas pruebas, por ser la primera defectuosa. A pesar de su predisposición, la segunda de ellas también fue infructuosa, pero en esta ocasión la paciente no fue informada. Para cuando ésta tuvo conocimiento de las circunstancias de la segunda actividad diagnóstica, se había sobrepasado el plazo legal para el aborto por motivos terapéuticos.

## II. CONCEPTOS AFINES A LA FIGURA DE WRONGFUL BIRTH.

Existe un pequeño número de construcciones jurídicas muy similares a la de wrongful birth que pueden dar lugar a equívoco, por lo que conviene analizarlas brevemente para evitar confusiones.

### Wrongful life.

El ya mencionado concepto de wrongful life es tan similar al de wrongful birth, que es habitual que ambos sean estudiados de manera conjunta.

De Ángel Yáguez define esta noción como “En la acción de wrongful life, en cambio, el hijo demandante argumenta que, <<de no haber sido por>> el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad”<sup>9</sup>.

Las semejanzas entre ambas ideas son manifiestas, hasta el punto de que sólo existe un aspecto que las diferencia: el actor. En los supuestos de wrongful life es el propio hijo, quien una vez alcanzada su mayoría de edad, inicia un proceso judicial contra el médico que no le diagnosticó del padecimiento que le aquejaba en el útero materno, alegando su “derecho a no haber nacido”<sup>10</sup>. Huelga destacar que si la figura de wrongful birth es polémica, el grado de controversia se incrementa cuando se pretende hacer valer el derecho de alguien a no haber nacido.

Toda esta polémica tiene como resultado el rotundo rechazo hacia este concepto por la práctica totalidad de ordenamientos jurídicos, desde la primera ocasión en la que fue invocado ante un Tribunal, en el ya mencionado asunto *Gleitman vs. Cosgrove*; en el que se inició tanto una acción de wrongful birth como de wrongful life.

---

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997, Sala Primera, recurso 165/1993, ponente Gil de la Cuesta. Dado que se trata de la primera resolución dictada en esta materia, conviene mencionar que la primera vez que un órgano judicial se pronunció sobre esta cuestión, que fue sobre este mismo asunto, fue el 10 de junio de 1991, en el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valencia.

<sup>9</sup> R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos”, en L. MARTÍNEZ – CALCERRADA y R. DE LORENZO (Directores), *Derecho Médico*, Colex, Madrid, 2001, pp. 93 - 195, página 117.

<sup>10</sup> PACHECO JIMÉNEZ define esta construcción doctrinal como “La acción de wrongful life es aquella demanda judicial que interpone en su propio nombre el hijo – o sus representantes legales – que ha nacido con algunas enfermedad o anomalía congénita contra el médico solicitando una reparación por el daño que experimenta: su propia vida”. M. N. PACHECO JIMÉNEZ, “El abogado y las reclamaciones de responsabilidad por diagnóstico prenatal: acciones de <<wrongful birth y wrongful life>>”, en C. CARRETERO GONZÁLEZ y F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, (Directores), *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 1801 - 1812, página 1809.

No obstante lo señalado, existen grietas en ese muro de contención creado por la jurisprudencia y la doctrina, entre las que se han colado litigios, que no sin repercusión, han sido estimados. Un ejemplo emblemático es el del caso Perruche, un supuesto de wrongful life que llegó a la Cour de Cassation francesa, dando lugar a una extraordinaria polémica. Una mujer se contagió de rubéola durante su embarazo, porque su hija la padeció en esa época. Conociendo el riesgo que esta enfermedad podía tener para el feto, se sometió a las pruebas pertinentes a fin de conocer si ella también se había infectado, ya que de ser así, procedería a la interrupción del embarazo. Aunque la paciente estaba contagiada, se le notificó lo contrario, así como que el feto estaba sano. Dados los alentadores resultados obtenidos, ésta continuó con su embarazo, dando a luz a un niño gravemente enfermo. Años después los padres del menor, Nicolás, demandaron a los responsables del diagnóstico erróneo, viendo sus pretensiones admitidas e indemnizadas. Pasado un tiempo de esta resolución, y con la finalidad de asegurar que Nicolás estuviese atendido durante toda su vida, sus padres iniciaron una nueva acción judicial, pero en esta ocasión en nombre de su hijo (es decir, se pretendía indemnizar al menor por el hecho de haber nacido), que corrió la misma suerte que la anterior, estimándose el día 17 de noviembre del año 2000 por la Cour de Cassation francesa. La trascendencia del caso fue inmediata y los colectivos médicos se hicieron eco de ello, hasta tal punto, que la Asamblea francesa vio la necesidad de reunirse y poner fin a la doctrina Perruche el día 10 de enero de 2002. Se estableció la premisa por la cual nadie puede beneficiarse de un perjuicio que tenga origen en su propio nacimiento, es decir, nadie puede ser indemnizado por nacer, independientemente de sus circunstancias<sup>11</sup>.

#### Wrongful conception o wrongful pregnancy.

En segundo lugar está el concepto de wrongful conception o wrongful pregnancy. A pesar de la semejanza léxica que comparten ambas figuras, lo cierto es que éstas son muy dispares entre sí, ya que la problemática del supuesto de hecho no gira en torno al nacimiento de un niño con graves afecciones físicas o psíquicas, sino sobre la concepción y posterior alumbramiento de un hijo sano pero no deseado; previa práctica de una esterilización quirúrgica (vasectomía o ligadura de trompas). Es decir, se trata de un embarazo no deseado tras una esterilización, que tenía precisamente esa finalidad, evitar una concepción.

Esta figura, aunque pueda parecer controvertida, goza de una amplia aceptación en nuestros Tribunales, requiriendo para su admisión únicamente la diligencia del paciente en sus actuaciones (proceder de acuerdo a las prescripciones médicas, etc.) y que en la actividad sanitaria haya mediado algún tipo de omisión negligente, bien en materia informativa, bien en la práctica de la intervención.

#### Lesiones al feto.

---

<sup>11</sup> Nótese además la incorrecta decisión de acudir a ambas ideas, ya que una excluye a la otra. No en vano, es una condición *sine qua non* para el ejercicio de la figura de *wrongful life*, que los padres de esta persona no hayan acudido en su momento a la acción de *wrongful birth*, algo que sí ocurrió en este asunto. El continente europeo, en su práctica totalidad, sigue esta misma línea de repulsa hacia cualquier intento de admisión de supuestos de *wrongful life*. Existe una salvedad en Holanda, donde los casos de *wrongful life* sí son aceptados, pero por una cuestión terminológica y conceptual, ya que en este país *wrongful life* se traduce como *wrongful birth*, por lo que en realidad la indemnización no se otorga al nacido enfermo. ROMERO COLOMA apunta hacia dónde debería dirigirse la justificación del daño en los asuntos de *wrongful life*, a fin de que estos fuesen indemnizados: la opción más correcta no es pretender indemnizar la vida, sino la vida enferma. A. M. ROMERO COLOMA, "Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010, pp. 2559 - 2608, página 2570. No podemos cerrar esta nota a pie sin mencionar pequeños descuidos y olvidos de los Tribunales españoles en los que acciones de *wrongful birth*, que tienen como actores a los padres del menor, en nombre propio y en representación del mismo, son estimadas sin distinción alguna entre los sujetos activos; provocando la admisión de supuestos de *wrongful life*. No obstante, estas resoluciones no dejan de ser anecdóticas, porque el juzgador no se pronuncia sobre esta noción, lo que evidencia, como hemos señalado al principio, que se trata más de una indiscreción, que de una intención. Ejemplos de estos pequeños errores son la sentencia del Tribunal Supremo 18 de diciembre de 2003 (Sala Primera, recurso 776/1998, ponente Corbal Fernández) y la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006 (Sala Primera, recurso 3337/1999, ponente Seijas Quintana), entre otras.

En tercer lugar se encuentran los supuestos de hecho en los que nace un niño con importantes taras, tanto físicas como psíquicas, pero que tienen un origen distinto al de los casos de wrongful birth. La causa de las lesiones no es la propia concepción, sino un acto médico. Ahora bien, no se trata de un concepto como el del tipo penal de lesiones al feto, sino que es una figura más amplia, que engloba las lesiones preconceptivas, las que se irrogan durante la gestación y las que pueden provocarse en el propio parto.

Se trata de una construcción doctrinal que envuelve por un lado aquellos perjuicios que son causados, al padre o a la madre, con carácter previo a la concepción y que acarrearán una enfermedad o tara al futuro feto; y por otro lado los menoscabos directamente ocasionados al nasciturus en formación, bien en una intervención, bien en una prueba, o incluso en las actuaciones dirigidas a una interrupción voluntaria del embarazo. Finalmente se encuentran aquellos daños que se producen al feto en el momento mismo de su nacimiento (fórceps, vueltas de cordón umbilical, sufrimiento fetal, etc.).

#### Procreación irresponsable.

En cuarto lugar tenemos la construcción doctrinal relativa a la procreación irresponsable. Este concepto es especialmente complejo, al consistir en una acción judicial iniciada por un hijo contra sus propios progenitores, cuyas actuaciones han dado lugar a que éste se encuentre afectado por una malformación o una enfermedad. El escenario requiere que el padre o la madre (o ambos), por su actuación irresponsable durante el embarazo o la concepción (consumo de sustancias, falta de adopción de cautelas, etc.), expongan a su prole, traduciéndose ello en consecuencias tras su nacimiento.

Otra situación sería la de aquellos padres, que aun conociendo que su futuro hijo se encuentra afectado por una enfermedad tratable en el claustro materno, rechazan cualquier posibilidad de sanación.

Por último se nos presenta el contexto de las dolencias hereditarias o contagiosas, supuesto de hecho en el que uno o los dos ascendientes, o son portadores, o están aquejados de una patología, a pesar de la cual deciden procrear. Ello provoca que su descendencia nazca enferma de la misma afección que ellos padecen.

La complejidad de esta noción se desprende de su propia naturaleza, al ser una acción que un hijo ejercita contra sus propios padres. Las consecuencias éticas y sociales de esta idea son importantes, y quizás precisamente por ello, esta construcción es prácticamente desconocida en la jurisprudencia internacional y aún no se ha llegado a invocar ante nuestros Tribunales.

#### Disadvantaged o dissatisfied life.

La última de las ideas afines a la de wrongful birth es todavía más llamativa que la inmediatamente estudiada, nos referimos al concepto de disadvantaged o dissatisfied life. Estas construcciones doctrinales siguen la misma línea que la anterior, en la medida en que vuelve a ser el hijo el que demanda a sus progenitores, con la especialidad de que en esta ocasión el motivo es diferente. El actor nace sano y sin problemas de salud destacables, por lo que su pretensión indemnizatoria se fundamenta en el hecho de haber nacido en un entorno poco apropiado, bien por condiciones raciales, bien económicas o políticas. Éstas le han privado de una infancia normal, por haber sufrido exclusión social o penurias<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Un ejemplo clásico de esta categoría jurídica es el litigio *Zepeda vs. Zepeda* (1963), en el que un niño demandó a su padre por haber nacido ilegítimo. Éste había mantenido relaciones con su madre, con la promesa de un futuro matrimonio que no se produjo jamás, algo que obligó al menor a vivir estigmatizado por su condición extramatrimonial. N. PACHECO JIMÉNEZ, "Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica", *Facultad de ciencias sociales de Cuenca*, núm. 2, 2011, pp. 1 - 16, página 6.

### III. LA LEGITIMACIÓN EN LA FIGURA.

I. La pretensión indemnizatoria de la acción de wrongful birth únicamente puede ser ejercitada, bien por ambos padres (conjuntamente), bien por la madre en solitario; pero nunca por el padre, ya que éste no tiene capacidad procesal para ser el actor de la misma.

La justificación de esta cuestión es sencilla, el aborto es una práctica, que de acudirse a ella, es inherente a la mujer; se trata de una decisión exclusiva y personalísima de la misma, y por lo tanto intransferible. Esta afirmación nos lleva a la conclusión de que, dado que la esencia del concepto de wrongful birth gira en torno a la lesión del derecho a la información, dirigido hacia una eventual interrupción del embarazo, la decisión de pretender una indemnización sólo puede ser de la madre, al ser ésta la única que ha visto lesionado su derecho<sup>13</sup>.

El Tribunal Supremo no admite réplicas a esta cuestión, a pesar de que no existen muchos ejemplos que puedan ilustrarnos. Tan sólo contamos con una única resolución en la que fue un padre el que pretendió la indemnización, se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2007<sup>14</sup>. En este litigio la iniciativa la adoptó el padre de la criatura, que fue inadmitida precisamente por falta de litisconsorcio activo necesario. El juzgador consideró que la interrupción del embarazo es una facultad propia e intransferible de la mujer, y al derivar la idea de wrongful birth de ésta, no puede ser ejercida por nadie que no sea ella misma, o en su defecto por los dos progenitores, pero nunca por el padre en solitario<sup>15</sup>.

II. Existe no obstante una fuerte polémica, no tanto sobre las personas legitimadas para ejercitar la acción, sino sobre las que pueden solicitar una indemnización, es decir, los terceros afectados. Nos referimos a los parientes próximos al menor, como lo pueden ser los hermanos y los abuelos.

A fin de esclarecer si estos familiares cercanos pueden ser incluidos en la reclamación, es necesaria la existencia de un daño personal o patrimonial en su vida, algo que en principio se presume con los padres, al suponerse este dolor y sufrimiento moral, así como el menoscabo patrimonial.

Autores como Romero Coloma califican esta situación de hecho como una “reclamación del daño de rebote”, cuyo fundamento no es el parentesco, sino la incidencia que la enfermedad del nuevo ser pueda tener en la esfera personal y patrimonial de terceros que cohabiten con él<sup>16</sup>. Imaginemos por ejemplo hermanos o abuelos que convivan con esta persona afectada por graves dolencias, la incidencia que puede tener en la vida diaria, y el impacto psicológico y moral que puede entrañar, son indiscutibles. Es habitual, y de hecho existen muchos ejemplos jurisprudenciales de reclamaciones conjuntas de los

---

<sup>13</sup> MACÍA MORILLO apunta que el daño en la idea de *wrongful birth* se divide entre el feto y la madre, por lo que el estado civil de ésta es irrelevante. Ahora bien, no hay que confundir esta cuestión, esto es, el hecho de que en la construcción doctrinal los únicos legitimados sean madre e hijo, con que el padre, así como el resto de la familia, no puedan ser indemnizados en relación a otros perjuicios vinculados con el concepto (shock psicológico, daño moral, etc.). A. MACÍA MORILLO, “El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, 2011, pp. 83 - 98, página 85.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2007, Sala Tercera, recurso 92/2007, ponente Puente Prieto.

<sup>15</sup> Concretamente señala el Tribunal Supremo a este respecto “...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 General de Sanidad, artículo 417 bis del Código Penal y 9 del Real Decreto 2.409/86 y fundamento decimotercero de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1.985, lo que se convierte en obstáculo para la reclamación formulada con carácter exclusivo por el padre con dicho fundamento...”.

<sup>16</sup> A. M. ROMERO COLOMA, “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, página 2569, *cit.*, nota 11.

padres en nombre propio y en el de sus hijos menores (hermanos del afectado), tomando como base precisamente, estas circunstancias antedichas<sup>17</sup>.

#### IV. EL DAÑO INDEMNIZABLE.

##### 1. EL NACIMIENTO DE UN HIJO COMO DAÑO.

I. Lo primero a destacar sobre el daño en la figura de wrongful birth es que éste jamás puede fundarse en el nacimiento de un hijo, independientemente del estado de salud del mismo. Esta afirmación conforma un principio básico ampliamente desarrollado y aceptado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Todo ello, a pesar de que la primera resolución que se dictó en la materia, la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997, dejaba entrever lo contrario; en la medida en que en sus argumentaciones podía vislumbrarse que el juzgador traducía el principal perjuicio del concepto de wrongful birth, precisamente en el nacimiento de un hijo enfermo<sup>18</sup>. No es necesario tener que aludir a ideas como la “santidad de la vida” o “que la bendición del nacimiento de un hijo traslapa todo tipo de daños inherentes al mismo”, para negar cualquier posibilidad de que el nacimiento de un hijo pueda equipararse a un daño<sup>19</sup>. Tan sólo debemos acudir a la dignidad de la persona, a los efectos de considerar imposible dicha opción dañosa.

De esta opinión se muestra Aliste Santos al pronunciarse sobre esta cuestión “En definitiva, de los argumentos expuestos se deduce, que en nuestro sistema jurídico vigente no hay margen para la aceptabilidad de las pretensiones en que se fundamentan las demandas de wrongful life y wrongful birth. Y esto, siempre que se invoque la posibilidad de abortar como interés jurídico lesionado y el daño sea el hijo tarado o malformado genéticamente”<sup>20</sup>. Entiende este autor, compartiendo su criterio con la doctrina mayoritaria, que considerar el nacimiento de un hijo como un daño, supondría la inviabilidad de las acciones de wrongful birth. Parte de la idea de que no existe conexión causal cuando se argumenta que el perjuicio tiene como fundamento el nacimiento de un niño con taras que se desconocían. Sin embargo, matiza que el nexo causal es robusto cuando el menoscabo que se baraja es la vulneración del derecho de información<sup>21</sup>.

De Ángel Yágüez sigue una línea argumentativa muy similar a la del anterior autor, al apuntar que el objeto de indemnización no es el nacimiento de un niño, ya que ninguna persona puede ser un daño en sí misma. No obstante, el perjuicio económico que puede ocasionar el nacimiento de un ser enfermo, sí que puede considerarse un menoscabo, siempre y cuando la dolencia fuese desconocida, como consecuencia de una información deficiente<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> Son ejemplo de ello las siguientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006, (Sala Primera, recurso 3337/1999, ponente Seijas Quintana) y sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2007, (Sala Primera, recurso 4469/2000, ponente Roca Trías), entre otras.

<sup>18</sup> Concretamente señala esta resolución “... un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el síndrome de Down (mongolismo); lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales”. No obstante, autores como DE ÁNGEL YÁGÜEZ estiman que la intención del juzgador no era la de afirmar que el daño de la controversia era el nacimiento de un hijo enfermo. R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)”, *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 4, 1996, pp. 105 - 117 y “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)”, *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 5, 1996, pp. 141 - 156.

<sup>19</sup> R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho Comparado”, *Revista Española de Seguros*, núm. 57, 1989, pp. 47 - 87.

<sup>20</sup> T. ALISTE SANTOS, “El favor nascituri y su aplicación por el Juez ante las demandas de *wrongful life* y *wrongful birth*”, página 15, *cit.*, nota 6.

<sup>21</sup> Este autor aboga por amoldar nuestra legislación a la *Loi n° 2002 - 2003 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* francesa, por la cual se garantiza el resarcimiento de las afecciones que son consecuencia de una vulneración del derecho de información, pero no tomando como base el daño moral sufrido por los padres, sino la omisión informativa misma.

<sup>22</sup> R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de “*wrongful birth*”. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”, *cit.*, nota 5.



Vivas Tesón por su parte, rechaza cualquier pretensión indemnizatoria fundamentada en el nacimiento de una persona, basándose para ello en el principio de la dignidad de la misma y en su libre desarrollo de la personalidad<sup>23</sup>.

Salàs Darrocha descarta cualquier alusión a un “derecho a la calidad de vida”, por su abstracción. Admitiendo no obstante partidas económicas adicionales, como el coste añadido de la crianza del hijo enfermo<sup>24</sup>.

Pérez – Tenessa se pronuncia de forma más drástica cuando enuncia, que al encontrarse los padres obligados a soportar este tipo de contingencias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 154.1 del Código Civil, el nacimiento de un niño enfermo no puede ser un daño<sup>25</sup>.

II. A pesar de que no existe una teoría constante y pacífica sobre cuál es el perjuicio a indemnizar, se ha podido apuntar una hipótesis más o menos aceptada por la práctica generalidad de la doctrina, por la cual el nacimiento de un niño no puede considerarse un daño<sup>26</sup>.

## **2. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN.**

I. Descartada cualquier opción de acudir a la primera vertiente del daño mencionada, el derecho a la información se presenta como una de las vías de indemnización más idóneas.

A una paciente se le priva de una información necesaria, que en función del caso concreto, incide de una forma u otra, pero el resultado final es siempre el mismo: una omisión informativa.

El defecto de información puede tener su origen, bien en posibles actividades diagnósticas a practicar, que en el supuesto específico fuesen recomendables, bien en la frustración de una prueba desplegada, etc.

Esta desinformación provoca que la paciente sea incapaz de tomar una decisión razonada y coherente con sus principios, dado que cualquier resolución que adopte se encontrará ofuscada por el desconocimiento que padece. Ello provoca una vulneración de la dignidad de la persona, al atentarse contra el artículo 15 de la Constitución, que recoge el derecho a la libre procreación.

La pérdida de oportunidad.

I. Parte de la doctrina considera que una de las vertientes dañosas de la figura de wrongful birth es la pérdida de oportunidad. La pérdida de oportunidad (perte de chance) se

---

<sup>23</sup> I. VIVAS TESÓN, “Responsabilidad médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial”, *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 11, 2003, pp. 403 - 416, página 408.

<sup>24</sup> J. T. SALÀS DARROCHA, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life ante la Jurisdicción Contencioso – Administrativa”, *Actualidad Administrativa*, núm. 22, 2005, pp. 2692 a 2711, página 2701.

<sup>25</sup> A. PÉREZ – TENESSA, “Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad”, *Revista de Administración pública*, núm. 154, 2001, pp. 47 - 62, páginas 55 y 56. LENOIR, por su parte, nos ofrece una visión comparativa con la jurisprudencia francesa por la cual, aunque ésta también es firme en este aspecto, matiza que cabe la concurrencia de supuestos especiales, en los que el fracaso de un aborto sí puede ser un daño, pero no lo específica. N. LENOIR, “Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal: el Derecho y las prácticas vigentes en Francia y otros países (y II)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 3, 1995, pp. 127 - 148, página 144.

<sup>26</sup> Sobre este punto concreto se pronuncian KLEIN y MAHONEY cuando señalan “Damages have been awarded based on varying combinations of the expenses that are directly attributable to the physician’s negligence. These include the costs incurred solely as a result of the child’s disability. In some jurisdictions, damages have been awarded to the parents for emotional pain and suffering. A court may also permit a damage award for emotional injuries but must offset them with an estimate of the disabled child’s positive value to the family. The law in this area can be murky and varies based on the estate in which a provider practices”. R.D. KLEIN, y M. J. MAHONEY, “Medical legal issues in prenatal diagnosis”, *Clinics in perinatology*, núm. 34, 2007, pp. 287 - 297, página 294.

traduce en una suerte de suma y resta aritmética de oportunidades. La idea es sencilla, ante una posibilidad de curación o mejora, un elemento azaroso irrumpe en la actividad médica, provocando que ésta no pueda desplegarse completamente, o simplemente que nada pueda hacerse; con severas consecuencias para el paciente.

II. Existe un elemento clave en esta construcción doctrinal: la incertidumbre. Se desconoce si el paciente, de someterse al acto médico debido, habría podido ser diagnosticado o tratado. No obstante hay un aspecto claro: éste se ha visto prácticamente condenado, al limitarse sus posibilidades de tratamiento a cero.

Un importante sector doctrinal considera que en los litigios de *wrongful birth* el daño puede traducirse en una pérdida de oportunidad, no en vano el escenario del que se parte es similar. Un feto se encuentra aquejado de una enfermedad que no se conoce hasta el momento mismo de su nacimiento, a pesar de que podía ser diagnosticada durante la gestación. Esta situación viene provocada por una omisión informativa, debido a la cual la madre no tiene posibilidad alguna de someterse a una prueba esclarecedora.

El grado de incertidumbre es semejante, ya que se ignora que si de haber sido los padres informados sobre esta sospecha de enfermedad, se hubiesen sometido a una prueba prenatal, y de haberlo hecho, si habrían acudido a la interrupción del embarazo.

III. Como precursores de esta corriente doctrinal se encuentran autores como Vivas Tesón, que mantiene que una vertiente del perjuicio indemnizable en los supuestos de *wrongful birth*, es precisamente la pérdida de oportunidad. Esta autora estima que el menoscabo se encuentra en la pérdida de posibilidades de decisión por parte de los progenitores, tanto de someterse a una prueba, como de interrumpir el embarazo<sup>27</sup>.

Lenoir, comentando un supuesto concreto en el que una muestra de cultivo de una amniocentesis era insuficiente, apunta que el reproche no puede basarse en una extracción defectuosa. El error se encuentra en que los padres no fueron informados sobre este extremo, perdiendo cualquier posibilidad de interrumpir el embarazo. Ambos autores barajan la teoría de que el elemento clave en el concepto de *wrongful birth* es la pérdida de oportunidad que sufren los progenitores, al no poder decidir sobre el futuro de su hijo<sup>28</sup>.

Díez – Picazo Giménez se muestra menos ecléctica con esta cuestión al afirmar que, el único daño indemnizable en esta idea es precisamente la pérdida de oportunidad, traducida en arrebatar cualquier posibilidad de decisión a la madre del nasciturus enfermo<sup>29</sup>.

Aunque Galán Cortés comparte esta teoría, lo hace de una forma más matizada, tomando como base la doctrina francesa. Este autor apunta que la determinación de interrumpir o continuar con el embarazo, no es una opción que resida únicamente en la madre, sino que también se encuentra englobada por un elemento aleatorio, ajeno a la misma. Galán Cortés halla un escollo prácticamente insalvable en la aplicabilidad de la pérdida de oportunidad: calificar el no nacer como un beneficio esperado, un elemento esencial para este concepto<sup>30</sup>.

IV. Esta duda da pie a que aquellos sectores doctrinales detractores de esta idea se pronuncien. Martín Casals y Solé Feliú parten de lo discutible del ya mencionado “suceso favorable”. Estos autores centran su argumentación en que la principal característica de la

---

<sup>27</sup> I. VIVAS TESÓN, “Responsabilidad médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial”, *cit.*, nota 22.

<sup>28</sup> N. LENOIR, “Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal: el Derecho y las prácticas vigentes en Francia y otros países (y II)”, página 145, *cit.*, nota 24.

<sup>29</sup> G. DÍEZ – PICAZO GIMÉNEZ, “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, *Diario La Ley*, núm. 3, 1998, pp. 1700 – 1710, página 1706.

<sup>30</sup> J. C. GALÁN CORTÉS, “Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007”, páginas 287 y 288, *cit.*, nota 2.

pérdida de oportunidad es el azar, por lo que el daño en ningún caso puede verse afectado por la voluntad del paciente. Dado que la construcción doctrinal de wrongful birth depende de la decisión de la madre, la pérdida de oportunidad no se presta a ser una opción dañosa a invocar<sup>31</sup>.

Entre estos dos extremos se sitúa Navarro Michel, con una teoría intermedia sobre la aplicabilidad de la pérdida de oportunidad en el concepto de wrongful birth. Esta autora afirma que la cuestión no se dilucida entre abortar o no, sino en la imposibilidad de decidir. Esto es, esta autora traduce la pérdida de oportunidad en la limitación decisoria que sufre la madre, como consecuencia de un elemento ajeno a su voluntad, encontrándose así el factor azar y el “suceso favorable” en esta formulación<sup>32</sup>.

V. De las opiniones doctrinales expuestas extraemos, que aunque en un principio esta idea de considerar la pérdida de oportunidad como un daño en la figura de wrongful birth pueda parecernos correcta, incluso idónea a efectos condenatorios, lo cierto es que nos presenta un panorama con más problemas que soluciones. Ya que solo es necesario acudir a dos elementos para dismantelar cualquier teoría que pretenda utilizar esta opción dañosa: la situación final beneficiosa y la cuestión azarosa.

La pérdida de oportunidad se caracteriza por una imposibilidad de diagnóstico o tratamiento, motivado por el azar, de la que derivan importantes consecuencias para la salud del enfermo. Trasladando esta afirmación a la noción de wrongful birth, el escenario se complica porque el “hecho beneficioso” o “restablecimiento de la salud”, debería equipararse al aborto.

En segundo lugar existe otro obstáculo: la cuestión azarosa. La suerte o el azar conforman un elemento imprescindible en la relación de hechos de la pérdida de oportunidad. Si lo trasladamos a los casos de wrongful birth, no hay posibilidad de hallar un concepto afín, ya que en su lugar se encuentra la voluntad de la madre, traducida en su decisión, bien de interrumpir su embarazo, bien de proseguir con el mismo.

El perjuicio económico.

I. El menoscabo económico que sufren, tanto los padres como la familia más directa (es decir, aquellos que convivan con el menor), se divide en dos partidas: el daño económico por la enfermedad del niño por un lado y el perjuicio pecuniario por imprevisión, por el otro.

Aunque el nacimiento de una persona enferma no es un daño indemnizable, esta afirmación no impide que algunos aspectos del alumbramiento de este nuevo ser no puedan resarcidos<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> M. MARTÍN CASALS Y J. MARTÍN CASALS, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 60, 2002, pp. 1097 – 1122, página 1115. ROMERO COLOMA aboga por esta misma idea, al considerar que la pérdida de oportunidad se caracteriza por el azar, elemento que no se encuentra en la figura de *wrongful birth*, al mediar la voluntad de la madre. A. M. ROMERO COLOMA, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, página 2597, *cit.*, nota 11.

<sup>32</sup> M. NAVARRO MICHEL, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 72, 2006, pps. 1637 – 1658, página 1651. Opinión compartida por MEDINA al apuntar ésta “La falta del deber de información en el caso del nacimiento con discapacidad se relaciona: ya con la pérdida de chance de la posibilidad de decidir sobre la continuación del embarazo...”. G. MEDINA, “Responsabilidad por nacimiento con discapacidad. Wrongful birth. Una década en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *Revista crítica de derecho privado*, núm. 5, 2008, pp. 469 – 491, página 487.

<sup>33</sup> De manera acorde a las afirmaciones del Tribunal Supremo respecto de que los únicos gastos indemnizables en un supuesto de *wrongful birth* son aquellos que tienen carácter extraordinario, se pronuncia NAVARRO MICHEL al señalar “Si lo indemnizable solo es el <<plus que resulta de la discapacidad>> (digo <<solo>> pero puede alcanzar cifras muy elevadas), los gastos que derivan de la enfermedad o discapacidad del hijo no incluyen los gastos ordinarios de alimentación ya que, por sus características, el deber legal de alimentos (su carácter personalísimo, recíproco, indisponible e irrenunciable) no puede ser objeto de tráfico jurídico”. M. NAVARRO MICHEL, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”, página 1654, *cit.*, nota 31. De esta misma opinión se

El primero de los perjuicios económicos, motivado por la enfermedad de la criatura, debemos entenderlo desde la perspectiva de los gastos añadidos a la crianza habitual de un hijo, cuya base es la dolencia que aqueja al mismo. Cualquier pretensión de los padres de ser indemnizados por los gastos de crianza habituales (artículos 142 y 143 del Código Civil) es imposible, al ser estos una obligación inherente a la paternidad, tal y como viene recogido en el artículo 151 del Código Civil. Estos deberes son una obligación personalísima de los progenitores y por ende intransferibles, motivo por el cual su satisfacción no podría reclamarse a un centro sanitario o a un médico, independientemente de la incidencia que hubiesen tenido en el nacimiento del menor.

Esta última afirmación no es impedimento para la existencia de desembolsos que trascienden de los gastos habituales, y que derivan de la propia enfermedad del hijo. Un niño o niña afectado por algún tipo de tara física o psíquica, tiene necesidades especiales en lo relativo a la educación, vivienda, adaptación del coche familiar, etc. Todos estos costes son añadidos y su origen es la enfermedad del menor. No sería desacertado que los progenitores acudiesen al auxilio judicial, a los efectos de ver satisfechas estas partidas económicas. Se trata de algo habitual y que cuenta con una amplia aceptación por parte de los Tribunales<sup>34</sup>.

II. La otra vertiente del daño patrimonial toma como base estos mismos gastos añadidos, pero incidiendo en su incremento proporcional como consecuencia de una falta de previsión, todo ello fruto del desconocimiento del estado de salud del menor hasta el momento mismo del alumbramiento.

Para que pueda acudirse a esta opción indemnizable es necesario algo más que el simple nacimiento de un niño con graves taras, se requiere la convergencia de un segundo elemento: la imprevisión.

El aumento de esta partida económica reside en la premura que envuelve estos gastos, motivada por la desinformación sufrida por los padres del neonato, que confiaban en el buen estado de su hijo. No son insólitos los casos en los que se asevera el buen estado de salud de un feto hasta su nacimiento, momento en el que se evidencian afecciones hasta entonces desconocidas. Esta situación obliga a los padres a actuar de manera rauda y urgente, dado que sin poder reponerse de la impresión de ver nacer a un ser enfermo que se vaticinaba sano, deben iniciar todos los trámites pertinentes, a fin de cubrir las necesidades de su nuevo hijo.

Ahora bien, limitar esta partida indemnizatoria únicamente a aquellos supuestos en los que se desconoce el estado del feto hasta el instante mismo del parto, podría ser incoherente, pues un conocimiento a escasos días del alumbramiento no varía la imprevisión económica. Esto es, una información tardía debería equipararse a un desconocimiento. Sin embargo, de esta afirmación no debe entenderse una equiparación de escenarios, siendo necesaria una ponderación que permita dilucidar el grado de indemnización en cada caso concreto, en función de la lejanía o cercanía de la información con el nacimiento.

---

muestra VIVAS TESÓN, al enumerar como únicos gastos indemnizables aquellos que son “especiales o extraordinarios” derivados de la enfermedad, no debiéndose incluir los desembolsos propios de la crianza. Destaca esta autora como gastos resarcibles: gastos médicos, educación especial, adaptación de la vivienda y del transporte, entre otros. I. VIVAS TESÓN, “Responsabilidad civil médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial”, página 408, *cit.*, nota 22.

<sup>34</sup> Son ejemplo de ello las siguientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007, (Sala Primera, recurso 2047/2000, ponente Xiol Ríos), sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2007, (Sala Tercera, recurso 6676/2003, ponente Herrero Pina), sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008, (Sala Tercera, recurso 4936/2004, ponente Díez – Picazo Giménez), sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010, (Sala Primera, recurso 444/2007, ponente Seijas Quintana) y sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011, (Sala Primera, recurso 128/2008, ponente Seijas Quintana).

Esta baremación se fundamenta en que la sorpresa no se desnaturaliza por ser anunciada con escasos días de antelación, es decir, que aunque la imprevisión es menor, ésta sigue causando un perjuicio económico real. En virtud de ello podría entenderse que aquellos escenarios en los que los padres reciben la fatal noticia tras la práctica de una prueba escasos días antes del alumbramiento (un mes por ejemplo), también deberían ser indemnizables, tomando como base este concepto de la imprevisión económica.

El impacto o shock psicológico.

I. Esta vertiente del daño se traduce en la conmoción moral o psicológica que sufren los padres del menor al ver, en el momento mismo del nacimiento, que el hijo sano que esperaban se encuentra gravemente enfermo. Esta opción indemnizable sigue una línea muy similar a la de la anteriormente comentada, dado que se centra en el elemento sorpresivo.

Aunque esta idea puede resultar llamativa, se encuentra ampliamente respaldada por la doctrina. Un ejemplo es Galán Cortés, quien estima que una falta de preparación psicológica de los padres debe indemnizarse, por las consecuencias morales que supone<sup>35</sup>.

Línea doctrinal compartida por Martín Casals y Solé Feliu, quienes además matizan esta noción, destacando una diferencia entre esta partida indemnizatoria y la inmediatamente anterior. Consideran estos autores que es factible indemnizar el impacto psicológico de los padres, si estos desconocían el verdadero estado de su hijo, incluso de forma autónoma al concepto de wrongful birth, en el caso de que éste hubiese sido rechazado. No obstante, sientan también una importante limitación, la imposibilidad de invocar este daño cuando los progenitores ya conocen el estado del feto, aunque se les haya notificado escasos días antes del alumbramiento. En este punto encontramos la principal diferencia entre este daño y el anterior<sup>36</sup>.

No obstante, esta partida indemnizatoria no se encuentra libre de críticas. Navarro Michel rechaza la opción de dividir la acción de responsabilidad por wrongful birth, más si cabe cuando el eje central del perjuicio indemnizable, la propia acción, es rechazada<sup>37</sup>.

II. Tras las obligadas aclaraciones doctrinales conviene finalizar con una cuestión que ya se apuntaba líneas atrás: la distinción entre la partida indemnizable del shock psicológico y la imprevisión económica. A pesar de las aparentes semejanzas entre estos dos conceptos, existe un elemento claramente diferenciador: cualquier conocimiento previo al nacimiento desnaturaliza este daño y la posibilidad de indemnizarlo. Esta limitación es lógica, dado que la base del resarcimiento estriba precisamente en el impacto que sufren los padres al descubrir, en la culminación del parto, la enfermedad de su hijo.

No obstante, es posible matizar esta afirmación, ya que aunque cualquier información anterior invalida la posibilidad de que este daño sea resarcido, ello no obsta para que pueda ser graduado. Un conocimiento previo es un importante escollo para las posibles indemnizaciones, y es precisamente en el mismo donde se encuentra la posibilidad de hallar una solución para los supuestos de hecho que queden en entredicho. No consideramos equiparable una sospecha de malformación tras la práctica de una prueba de escaso calado, frente a una “casi aseveración” tras una amniocentesis, donde el porcentaje de error es prácticamente nulo.

En este escenario también podría regularse el grado de impacto psicológico, en función de la gravedad de la sospecha, utilizándose para tal fin el criterio objetivo de la

---

<sup>35</sup> J. C. GALÁN CORTÉS, “Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007”, página 237, *cit.*, nota 2.

<sup>36</sup> M. MARTÍN CASALS y J. SOLÉ FELIU, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, páginas 1115 y 1116, *cit.*, nota 30.

<sup>37</sup> M. NAVARRO MICHEL, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”, página 1653, *cit.*, nota 31.

fiabilidad de la prueba que arroja el resultado dudoso. No son necesarias muchas explicaciones cuando comparamos una ecografía de Nivel I con una de Nivel IV. Mientras que unos exámenes arrojan leves dudas, otros muestran conjeturas fundadas, siendo precisamente estos últimos, los que quedarían fuera del margen de indemnización.

La cuestión consiste en discernir si la duda se acerca más a una sospecha o a una certeza, para lo cual es conveniente utilizar el criterio objetivo de la fiabilidad del análisis del que procede el diagnóstico, y a su vez, el dato perturbador en cuestión.

Esta opción quizás podría aplicarse, no sólo a los casos de diagnosis dudosa, sino también a supuestos de hecho en los que en un principio se ha detectado una patología en el feto y después se ha descartado (erróneamente), o en aquellas situaciones en las que la madre se ha sometido a un tratamiento médico que puede afectar al nasciturus (como rayos X o fármacos), cuando desconocía su estado. En ambos ejemplos existe una sombra de duda que se perpetúa durante toda la gestación.

El daño moral.

I. El daño moral en los casos de wrongful birth se puede presentar como un amplio abanico de posibilidades, desde el sufrimiento de los padres por el nacimiento de un hijo enfermo, hasta la contemplación del desarrollo de un niño con malformaciones; pasando por situaciones de impotencia, zozobra, ansiedad y angustia<sup>38</sup>.

Espiau Espiau define de forma escueta el daño moral, y aunque no se refiere concretamente a la noción de wrongful birth, la claridad de su exposición hace que sea igualmente aplicable. Este autor explica este menoscabo como un padecimiento que se prolonga durante un cierto tiempo, algo que nos permite diferenciarlo del impacto psicológico<sup>39</sup>.

Garriga Gorina elabora un cuidadoso listado de padecimientos que pueden traducirse en el daño moral. Esta autora enumera los siguientes "...el hecho de traer al mundo un hijo con discapacidades, que requerirá de los padres una dedicación personal mucho más intensa y prolongada que un hijo sano y también el sufrimiento que provoca la incertidumbre sobre quien lo cuidará en el caso en que les sobreviva"<sup>40</sup>.

De Ángel Yáguez complementa esta idea de los sufrimientos al calificar el daño moral como una aflicción que sufren unos padres por un hijo gravemente enfermo, aquejado de una dolencia irremediable. Consideramos que este aspecto concreto debe tener un especial relieve en la valoración del daño moral, ya que una afección irreparable es una práctica condena al sufrimiento y la ausencia de toda esperanza de mejora<sup>41</sup>.

A pesar de esta aparente armonía, la naturaleza del daño moral en la noción de wrongful birth, también cuenta con voces discordantes. Tal es el caso de Cecchini Rosell y

---

<sup>38</sup> M. N. PACHECO JIMÉNEZ, "El abogado y las reclamaciones de responsabilidad por diagnóstico prenatal: acciones de <<wrongful birth y wrongful life>>", en C. CARRETERO GONZÁLEZ y F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, página 1809, *cit.*, nota 10.

<sup>39</sup> En relación al daño moral como consecuencia de perjuicios en el transporte aéreo, este autor apunta "La STS de 31 de mayo de 2000 será objeto de cita, probablemente, por acoger un criterio jurisprudencial que admite o incluye, el denominado <<daño moral>> en la responsabilidad contractual. En efecto, después de recordar que << [l]a situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico >> (FD 2º), se plantea << si la doctrina es aplicable a la aflicción producida por el retraso en un transporte aéreo >> (id), llegando a una respuesta afirmativa. Con ello, la sentencia culmina un proceso de extensión o ampliación del ámbito de aplicación de la noción de <<daño moral>> que ha venido desarrollando el TS a partir de la sentencia de 9 de mayo de 1984 ...". S. ESPIAU ESPIAU, "Comentario a la sentencia de 31 de mayo de 2000", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 54, 2002, pp. 1277 – 1287, página 1282.

<sup>40</sup> M. GARRIGA GORINA, "Negligencia en el diagnóstico prenatal. *Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002*", *Indret*, núm. 3, 2003, pp. 1 – 14, página 8.

<sup>41</sup> R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte D)", páginas 110 y 111, *cit.*, nota 17.

Romero Coloma, quienes estiman que el origen de esta vertiente dañosa se encuentra en la imposibilidad de decidir que han sufrido los padres.

El primero de ellos resulta claro “La cuestión que provoca los daños materiales y morales es la privación del derecho de opción entre interrumpir el embarazo o tener un hijo con síndrome de Down.” Las palabras de este autor no admiten lugar a réplica sobre esta cuestión<sup>42</sup>. Por su parte Romero Coloma afirma de manera casi idéntica que “El daño moral resarcible ha de ser circunscrito al que sufre la madre por haber sido privada de la facultad de interrumpir el embarazo...”<sup>43</sup>.

Estas divergencias no se limitan a la naturaleza aplicable a este concepto del daño moral, sino que también trascienden a la titularidad del ejercicio de este derecho. Al ceñirse el perjuicio en la figura de wrongful birth a la imposibilidad de abortar, se impide invocar el daño moral a toda persona que no sea la madre, con las consecuencias que ello acarrea.

II. Las vertientes dañosas comentadas permiten formular una hipótesis sobre la que, aún a día de hoy, se siguen vertiendo ríos de tinta: la posibilidad de demandar daños propios de la noción de wrongful birth ante Tribunales de países que no reconocen el aborto.

La idea se justifica porque no se pretende iniciar una acción de wrongful birth ante un ordenamiento jurídico donde la interrupción del embarazo no sea posible, sino invocar perjuicios derivados de esta figura, como por ejemplo, el shock psicológico y la imprevisión económica. Esta reflexión se encuentra avalada por una resolución del Tribunal Supremo, la sentencia de 18 de diciembre de 2003, que sienta las bases de esta hipótesis<sup>44</sup>.

## V. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LOS CURSOS CAUSALES NO VERIFICABLES.

I. El nexo causal en el concepto wrongful birth resulta tan complicado como la propia construcción doctrinal, no siendo necesario esforzarnos mucho para comprender cuál es el motivo de la complejidad a la que estamos haciendo referencia: la decisión de la mujer se engloba dentro de la causalidad<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> X. CECCHINI ROSELL, “El deber de información del médico. Nacimiento de 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 (RJ 2002, 5216). Recurso de casación núm. 3834/1996”, *Revista de derecho patrimonial*, núm. 10, 2003, pp. 181 – 192, página 190.

<sup>43</sup> A. M. ROMERO COLOMA, “Las acciones de wrongful birth y su problemática jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 7231, 2009, pp. 1 – 16, página 4.

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003, Sala Primera, recurso 776/1998, ponente Corbal Fernández. En este caso a un feto no le fueron detectadas las graves malformaciones que padecía (ausencia de miembros del lado izquierdo, además de un riñón), a pesar de que a la gestante se le practicaron varias ecografías a lo largo de todo el embarazo. Dos de estas pruebas arrojaron una sombra de duda sobre una posible arteria umbilical única, aspecto que se encuentra relacionado con graves deformidades en la criatura, a pesar de lo cual esta cuestión no fue informada, ni investigada. El resto de los análisis, simplemente se limitaron a ratificar un diagnóstico erróneo. La relevancia de este litigio reside en que, algunos de estos exámenes se efectuaron dentro del plazo legal para el ejercicio del aborto, mientras que otros lo fueron una vez superado este lapso temporal. A pesar de que, realmente, tan sólo los primeros ecografistas provocaron un caso de *wrongful birth*, todos los radiólogos que erraron en su diagnosis fueron condenados. Los primeros por coartar la capacidad de decisión de los padres, los segundos por irrogar daños como el *shock* psicológico y la imprevisión económica, a pesar de que sus actuaciones no impidieron una eventual interrupción del embarazo. De este caso se deduce que los daños anexos a esta noción pueden invocarse conjuntamente con la misma, o de manera independiente a ésta. De forma que, no sería disparatado barajar la posibilidad de que estos perjuicios puedan ser reclamados ante un ordenamiento jurídico que no tenga despenalizado el aborto. Es más, es posible que esta hipótesis también sea aplicable cuando la interrupción del embarazo está permitida, pero no cuando ésta viene motivada por cuestiones eugenésicas; escenario que se vaticina en nuestro sistema jurídico.

<sup>45</sup> Conviene aclarar sobre este extremo, tal y como señala GALÁN CORTÉS, que esta problemática causal no es aplicable a todos los daños derivados de la noción de *wrongful birth*, siendo ejemplo de ello el daño moral y el impacto psicológico, entre otros. J. C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, Civitas, Cizur Menor, 2011, página 428.

De aplicarse estrictamente el concepto del nexo causal, los padres del recién nacido, y en concreto la madre, se verían en la obligación de probar que su intención, al conocer el verdadero estado de salud del feto, sería acudir a la interrupción voluntaria del embarazo; algo que es prácticamente imposible, al verse implicada la voluntad interna de la persona. Precisamente con el propósito de evitar este tipo de actividad probatoria inalcanzable, se acude a la construcción doctrinal de los cursos causales no verificables. Esta idea, originaria de la jurisprudencia estadounidense, conforma una suerte de presunción legal que facilita la prueba, por la cual se deduce que lo que movió a la madre a someterse a un examen, no era únicamente conocer cómo estaba el nasciturus, sino actuar en consecuencia de la información obtenida.

II. De Ángel Yáguez señala que los cursos causales no verificables son únicamente aplicables a aquellos casos en los que la causalidad posible entre dos eventos, no pueda fundamentarse de forma científico – natural. Los cursos causales no verificables se configuran como puente entre dos hechos en los que media una conexión, imposible de demostrar por las vías habituales<sup>46</sup>.

Bercovitz Rodríguez – Cano muestra recelos hacia esta idea que permite construir el nexo causal de forma artificial. Considera este autor que es prácticamente imposible conocer cuál sería la reacción de una persona ante una circunstancia tan impactante, como la de optar entre interrumpir un embarazo o continuar con el mismo<sup>47</sup>.

Vivas Tesón es más exigente al estimar como elemento indispensable, pero no suficiente, que la madre de alguna manera haya afirmado su clara determinación de interrumpir el embarazo, en caso de conocer que el hijo que espera está enfermo<sup>48</sup>.

III. La dificultad de prueba del médico o del centro sanitario es evidente, al rozar prácticamente la imposibilidad. Por ello el juzgador, con el desarrollo de la jurisprudencia, ha creado una serie de juegos de presunciones que facilitan el esfuerzo probatorio de estos, basadas en la naturaleza de las actividades prenatales a las que la paciente se ha sometido<sup>49</sup>.

Las pruebas se clasifican en dos grupos, en función del riesgo y fiabilidad de las mismas: por un lado análisis peligrosos como la amniocentesis y la biopsia corial, y por otro

---

<sup>46</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)”, página 146, *cit.* nota 17. Este autor se reafirma en otra publicación cuando señala “Ahora bien, creo así mismo que la manifestación de la madre no puede ser puesta en tela de juicio. Entiendo que si hubiera conocido la enfermedad de su criatura hubiese abortado, su manifestación al respecto es suficiente, sin que, por ejemplo, pueda ser rebatida mediante el argumento de que su trayectoria personal revela unas convicciones morales que hacen inverosímil que hubiese abortado si hubiera conocido un diagnóstico acertado sobre la dolencia”. R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth* (4 de Febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 10, 1999, pp. 117 – 115, página 130. Se ratifica este autor sobre esta cuestión cuando apunta “Dicho de otro modo, y en principio como digo, creo que la circunstancia misma de que la madre acudiera al diagnóstico prenatal constituye por sí sola un indicio suficientemente significativo de que habría abortado si hubiese conocido la enfermedad del feto. Por este motivo, considero que al menos debe producirse una inversión de la carga de la prueba, de suerte que sea el médico el que tenga que demostrar que la madre no habría abortado”. DE ÁNGEL YÁGÜEZ presume que acudir a una prueba prenatal diagnóstica tiene su razón de ser en conocer el estado del feto, y en caso de que éste se encuentre afectado por alguna enfermedad grave, interrumpir el embarazo. Considera el mencionado autor que la carga probatoria de la gestante se limita al sometimiento de la prueba diagnóstica y que cualquier otra hipótesis debe ser probada por el facultativo. R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de *“wrongful birth”*”, páginas 191 y 192, *cit.*, nota 5.

<sup>47</sup> R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 59, 2002, pp. 857 – 868, página 864.

<sup>48</sup> I. VIVAS TESÓN, “Responsabilidad médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial”, páginas 410 y 411, *cit.*, nota 22.

<sup>49</sup> Son ejemplo de esta idea las siguientes resoluciones: sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2006, (Sala Tercera, recurso 217/2005, ponente Lecumberri Marti), sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007, (Sala Tercera, recurso 8017/2002, ponente Robles Fernández), sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007, (Sala Tercera, recurso 4779/2003, ponente Robles Fernández) y sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2007, (Sala Tercera, recurso 9768/2003, ponente Robles Fernández).



los exámenes menos riesgosos y con mayor margen de error, como son las ecografías y el triple screening. El juzgador estima que el hecho de que la madre se someta a una prueba prenatal, tiene una clara finalidad: conocer el estado del feto y actuar en consecuencia. Sin embargo esta afirmación impediría cualquier opción para el facultativo, por lo que debe ser matizada.

Entiende el Tribunal Supremo que el propósito de la gestante es manifiesto si se ha sometido a pruebas prenatales que entrañan un cierto riesgo para el feto, y que por ello son más fiables. La idea es la siguiente: la paciente ha asumido un peligro para la vida de su hijo (más o menos amplio), de lo que se deduce que su intención no era únicamente conocer el estado de salud del mismo, sino alcanzar una certeza para actuar en consecuencia. No es necesario señalar que caben excepciones a esta regla general (creencias religiosas, afirmaciones, etc.).

En la otra cara de la moneda están aquellas actividades diagnósticas con mayor margen de error y que no comprenden riesgo alguno para el feto (ecografías y triple screening). En estos supuestos la gestante no ha asumido ninguna contingencia, ni para sí, ni para el feto, y aunque se ha sometido a una prueba a fin de conocer el estado del nasciturus, su compromiso ha sido menor; por lo que salvo prueba en contrario, el juzgador tiende a no indemnizar este tipo de supuestos.

Galán Cortés especifica como un supuesto claro de cursos causales no verificables, aquel en el que una paciente se somete voluntariamente a una diagnosis de alta fiabilidad, de lo que se deduce su intención, no sólo de conocer el estado del feto, sino también de interrumpir el embarazo, de encontrarse éste enfermo. Por supuesto se trata de una presunción, pudiéndose desprender de las circunstancias vitales de la paciente lo contrario. Por otro lado, el escenario se torna diametralmente distinto cuando el estudio prenatal no resulta concluyente, por lo que salvo circunstancias concretas, la presunción no mediará<sup>50</sup>.

Por su parte Navarro Michel, aunque no niega la relevancia que pueda tener acudir voluntariamente a una prueba prenatal invasiva, no la considera determinante si no se encuentra acompañada de algún otro factor añadido<sup>51</sup>.

## **VI. CONCLUSIONES.**

I. A lo largo de las páginas del presente artículo se ha podido deducir una doctrina más o menos constante en torno a este concepto de wrongful birth.

Es posible que la incertidumbre que envuelve la idea de wrongful birth tenga su razón de ser en la juventud de la figura. Esta característica se encuentra especialmente acentuada en nuestro ordenamiento jurídico, dado que la primera resolución en la materia se dictó en 1997. Desde esta primera sentencia se han sucedido en torno a una veintena de casos, que han estudiado la idea desde distintas vertientes fácticas. Se trata de un número casi anecdótico de litigios, si lo comparamos con otras construcciones doctrinales de mayor tradición.

II. Un ámbito de especial relevancia, por su incidencia en la figura de wrongful birth, es el daño. El aspecto más destacable del mismo es que, a pesar de lo que pudiese deducirse de la primera sentencia de 1997, éste nunca puede fundamentarse en el nacimiento de un hijo, aunque se encuentre enfermo.

En segundo lugar, el perjuicio clave en este concepto es el impedimento que se provoca a los padres para decidir sobre la continuación o interrupción del embarazo. De esta idea se desprende que la figura de wrongful birth no puede incoarse en un

---

<sup>50</sup> J. C. GALÁN CORTÉS, "Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007", páginas 236 y 237, *cit.*, nota 2.

<sup>51</sup> M. NAVARRO MICHEL, "Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005", página 1656, *cit.*, nota 31.

ordenamiento jurídico donde no sea posible acudir al aborto, precisamente por ser el pilar sobre el que se apoya esta noción.

No obstante, esta afirmación no debe llevarnos a la errónea idea de que tampoco sea posible invocar daños derivados de este concepto en un ordenamiento jurídico en el que no esté permitida la interrupción del embarazo. Tal y como pudo extraerse de la sentencia de 18 de diciembre de 2003, la noción de wrongful birth cuenta con daños anexos que trascienden al aborto, y por lo tanto estos pueden ser alegados en circunstancias concretas; incluso en aquellas que se auguran en nuestro ordenamiento jurídico a futuro.

III. Por último tenemos uno de los aspectos más problemáticos y criticables de la construcción doctrinal objeto de análisis, más incluso que el daño: el nexo causal.

El dilema comienza con un dato objetivo, la afección del nasciturus no ha sido provocada por ninguna actuación médica, sino que ésta deriva de la concepción misma. El protagonismo de la clase sanitaria dimana de que sus actuaciones han alentado el nacimiento de la criatura, ya que no han detectado la grave afección que le aqueja, por un motivo u otro. De esta última premisa comienzan a desarrollarse hipótesis en cadena, ya que la condena del médico no se basa en un daño efectivo, sino en coartar posibilidades de actuación, cuya dirección es desconocida.

Entrelazar un hecho, como el nacimiento de un hijo enfermo, con la práctica errónea de unas pruebas diagnósticas, pasa por teorizar qué hubiesen hecho los padres, de conocer el estado del embrión. De esta hipótesis se desprende que ninguna de las formulaciones clásicas de la relación causal permitiría responsabilidad alguna en estos supuestos. A fin de dar solución a esta cuestión, se acude a la construcción doctrinal de los cursos causales no verificables. Con esa idea se permite, en base a presunciones, deducir cuál hubiese sido la reacción de unos progenitores al conocer el estado de salud del nasciturus.

No obstante, la subjetividad de este criterio es preocupante, dado que salvo afirmaciones en contrario, en todos los supuestos se partiría de la intención de interrumpir el embarazo, y consecuentemente, el litigio debería ser indemnizado. A los efectos de evitar esto, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han entretejido una serie de pautas y presunciones con las que se puede llegar a alcanzar un criterio más o menos firme, derivado de un elemento objetivo: la fiabilidad y peligrosidad de la prueba.

De esta forma se entiende que una gestante que somete a su hijo a un riesgo, al acudir a una prueba invasiva, desea conocer el estado del mismo y actuar en consecuencia en función del resultado, salvo prueba en contrario. Esta presunción no puede mantenerse en aquellos asuntos en los que no se ha asumido ningún peligro, porque nada indica que la madre quiera algo más, que mantener un simple control sobre el embarazo. Por ello, salvo actuaciones o afirmaciones que evidencien lo contrario, no se estimará que ésta hubiese acudido a la interrupción voluntaria de la gestación.

## VII. BIBLIOGRAFÍA.

A. Emaldi Cirión, “La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos”, *Diario La Ley*, núm. 5, 2001, pp. 1602 - 1612.

A. M. Romero Coloma, “Las acciones de wrongful birth y su problemática jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 7231, 2009, pp. 1 – 16.

- “Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010, pp. 2559 – 2608.

A. Macía Morillo, “El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, 2011, pp. 83 – 98.

- La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life), Tirant monografías, Valencia, 2005.

A. Pérez – Tenessa, “Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad”, *Revista de Administración pública*, núm. 154, 2001, pp. 47 – 62.

C. Carretero González y F. De Montalvo Jääskeläinen, (Directores), *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

G. Díez – Picazo Giménez, “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, *Diario La Ley*, núm. 3, 1998, pp. 1700 – 1710.

G. Medina, “Responsabilidad por nacimiento con discapacidad. Wrongful birth. Una década en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español”, *Revista crítica de derecho privado*, núm. 5, 2008, pp. 469 – 491.

I. Vivas Tesón, “Responsabilidad médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial”, *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 11, 2003, pp. 403 – 416.

J. C. Galán Cortés, “Comentario a la sentencia de 6 de julio de 2007”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 76, 2008, pp. 279 – 290.

- Responsabilidad civil médica, Civitas, Cizur Menor, 2011.

J. T. Salàs Darrocha, “Las acciones de wrongful birth y wrongful life ante la Jurisdicción Contencioso – Administrativa”, *Actualidad Administrativa*, núm. 22, 2005, pp. 2692 a 2711.

L. Martínez – Calcerrada y R. De Lorenzo (Directores), *Derecho Médico*, Colex, Madrid, 2001.

M. Garriga Gorina, “Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002”, *Indret*, núm. 3, 2003, pp. 1 – 14.

M. Martín Casals y J. Martín Casals, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 60, 2002, pp. 1097 – 1122.

M. Navarro Michel, “Comentario a la sentencia de 21 de diciembre de 2005”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 72, 2006, pps. 1637 – 1658.

N. Lenoir, “Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal: el Derecho y las prácticas vigentes en Francia y otros países (y II)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 3, 1995, pp. 127 – 148.

N. Pacheco Jiménez, “Acciones de wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica”, *Facultad de ciencias sociales de Cuenca*, núm. 2, 2011, pp. 1 – 16.

R. Bercovitz Rodríguez – Cano, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 59, 2002, pp. 857 – 868.

R. De Ángel Yágüez, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)”, *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 4, 1996, pp. 105 – 117.

- “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)”, *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 5, 1996, pp. 141 – 156.

- “La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho Comparado”, *Revista Española de Seguros*, núm. 57, 1989, pp. 47 – 87.

- “La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth (4 de Febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 10, 1999, pp. 117 – 115.

- “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de “wrongful birth”. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”, *Revista de Derecho y genoma humano*, núm. 17, 2002, pp. 179 – 202.

R. D. Klein, y M. J. Mahoney, “Medical legal issues in prenatal diagnosis”, *Clinics in perinatology*, núm. 34, 2007, pp. 287 – 297.

R. Roth, “Congenital disabilities and the Law”, *Clinics in perinatology*, núm. 34, 2007, pp. 263 – 273.

S. Espiau Espiau, “Comentario a la sentencia de 31 de mayo de 2000”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 54, 2002, pp. 1277 – 1287.

T. Aliste Santos, “El favor nascituri y su aplicación por el Juez ante las demandas de wrongful life y wrongful birth”, *Práctica de daños: Revista de responsabilidad civil y seguros*, núm. 49, 2007, pp. 5 – 17.

X. Cecchini Rosell, “El deber de información del médico. Nacimiento de 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 (RJ 2002, 5216). Recurso de casación núm. 3834/1996”, *Revista de derecho patrimonial*, núm. 10, 2003, pp. 181 – 192.