

**RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR PRIVACIÓN DE LA
FACULTAD DE OPTAR POR EL ABORTO**

***MEDICAL LIABILITY IN THE CASE OF THE LOSS OF THE
FACULTY TO OPT FOR AN ABORTION***

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.276-295

José Ramón
DE VERDA
y Pedro
CHAPARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de septiembre de 2013
ARTÍCULO APROBADO: 27 de octubre de 2013

RESUMEN: El presente artículo analiza la delicada cuestión de la responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano. Desde estas líneas, se critica la oscilante jurisprudencia del TS, y se propone la tesis de que el único daño moral que puede resultar indemnizable es la privación a la madre de la facultad de optar por el aborto, sin que pueda constituir un daño, en ningún caso, el nacimiento mismo del ser humano.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil médica, daño moral, privación de la facultad de optar por el aborto, negligencia, deber de información.

ABSTRACT: This paper analyzes the sensitive issue of medical liability in connection with the birth of the human being. From these lines, we criticize the Supreme Court's jurisprudence on the subject, which is very variable. Also, we propose the thesis that the only moral damage which may be compensable is the privation of the faculty to choose the abortion. May not be a damage, in any case, the birth of the human being.

KEYWORDS: Medical liability, moral damage, privation of the faculty to choose the abortion, negligence, duty of information.

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares.- II. Responsabilidad civil respecto de la madre por privación de la facultad de abortar.- I. El estado de la cuestión en la jurisprudencia.- 2. Propuestas de solución.- A) Identificación del daño resarcible con la privación de la facultad de interrumpir el embarazo: exclusión de otros perjuicios, morales o materiales.- B) La negligencia de los profesionales sanitarios.- C) El nexo de causalidad.- III. Conclusión: el carácter reparador, y no asistencial, de la responsabilidad civil extracontractual.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Actualmente, uno de los supuestos más controvertidos en el ámbito de la responsabilidad civil, en su proyección sobre el Derecho de la persona y de la familia, es el que tiene lugar, cuando el médico omite o cumple incorrectamente el deber de informar a la madre sobre la existencia en el feto de deficiencias graves¹, que, de haber sido conocidas por aquélla, le habrían facultado para interrumpir su embarazo, dentro de las veintidós primeras semanas de gestación, conforme a lo dispuesto en el art. 15.b de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de

- I Sobre el deber de información, dice Romero Coloma, A. M. "Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)". *RCDI* (2010). 722º, 2562, que "es muy importante que la información que se suministra al paciente sea clara y concisa —que no quiere decir que sea incompleta—, evitando los tecnicismos médicos que pueden inducir a confusión al paciente, cuando éste es lego en cuestiones de medicina".
- Por su parte, Vivas Tesón, I. "La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial". *RdP* (2003). 11º, 406, afirma que, en los casos de *wrongful birth*, "el deber de información se concreta en la emisión del diagnóstico prenatal, que consiste en la identificación de anomalías en el feto antes de su nacimiento".
- En cuanto al grado de detalle o amplitud de la información, ésta debe comprender, como explica la STS 21 diciembre 2005 (RAJ 2005, 10149), "todas las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, incluso las más remotas, que pudieran acaecer y tomarse en consideración en el plano científico y en el experimental". Es decir, se debe de informar al paciente de cualquier riesgo conocido que pueda existir para el feto, por muy remotas o insignificantes que sean las posibilidades de que tal riesgo redunde en una deformidad del futuro bebé.

• José Ramón de Verda y Beamonte

Es Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, encontrándose en posesión del Premio Extraordinario de Doctorado de esta última. Ha escrito múltiples artículos y monografías. Ha centrado sus líneas de investigación en la persona, la familia y el contrato, materias en las que ha impartido conferencias en Universidades europeas y americanas. Ha coordinado diversas obras colectivas, como, por ejemplo, "Comentarios a las Reformas de Familia de 2005", Thomson-Aranzadi, 2006; "Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica de 1/ 1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen", Thomson-Aranzadi, 2006; "El derecho a la propia imagen desde todos los puntos de vista", Thomson-Aranzadi, 2011; o "Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares", Thomson-Aranzadi, 2012.

• Pedro Chaparro Matamoros (Valencia, España)

Es Licenciado en Derecho (2011) y Administración y Dirección de Empresas (2011) por la Universidad de Valencia, y Máster en Derecho, Empresa y Justicia (2012) por dicha universidad. Actualmente es becario FPU del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia. Ha publicado hasta la fecha 16 artículos científicos en revistas indexadas, entre otras, Diario La Ley, Revista de Derecho Patrimonial, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías y Revista Boliviana de Derecho. Ha participado, además, en 4 obras colectivas (dos de ellas publicadas en Aranzadi) y en los manuales de "Derecho Civil I" (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013), "Derecho Civil II" (Tirant lo Blanch, Valencia, 2011-2013) y "Derecho Civil IV" (Tirant lo Blanch, Valencia, 2013).

la interrupción voluntaria del embarazo² (antiguo art. 417 bis³ del Código Penal de 1973)⁴.

Al contemplar el supuesto descrito, se plantea, en consecuencia, la posibilidad de que la madre pueda dirigirse contra el médico, que, al no haber cumplido correctamente su deber de información, le privó, en su momento, de la facultad legal de abortar.

Con carácter previo a lo que se va a exponer, ya anticipamos que, en nuestra opinión, el nacimiento de un ser humano nunca puede constituir un daño resarcible, porque la vida es un bien constitucionalmente protegido⁵, con independencia de la percepción que la persona pueda tener acerca del valor de su propia existencia⁶.

Desde el punto de vista jurídico, merece siempre una valoración positiva y ha de ser tutelada por el Estado, lo que es predicable de todos los seres humanos, cuya dignidad es idéntica, cualquiera que sea su calidad de vida y por muy graves que sean las deficiencias que sufra⁷.

Desde la óptica constitucional, no hay vidas que no merezcan ser vividas. Por ello, ninguna persona puede invocar un interés, digno de protección, a no haber nacido⁸.

De hecho, la causa por la que se permite abortar a la madre, en el caso de que el feto nazca con graves deficiencias, no reside en una valoración jurídica negativa de la vida del deficiente, sino en la consideración de que no es exigible a la madre soportar las cargas que para ella se derivan de tal supuesto⁹.

2 B.O.E. núm. 55, de 4 de marzo de 2010, pp. 21001-21014.

3 Según la reforma introducida por la LO 9/1985, de 5 de julio, publicada en el B.O.E. núm. 166, de 12 de julio de 1985, p. 22041.

4 Sobre el tema es de importancia en la doctrina científica española la monografía de Macía Morillo, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de 'wrongful birth y wrongful life')*. Valencia (2005): Tirant lo Blanch.

5 Se pregunta Murat, P. "L'affaire Perruche: où l'humanisme cède à l'utilitarisme". *DF* (2001), enero, 29, cómo es posible conciliar el derecho a quejarse de permanecer con vida con el respeto del principio constitucional de salvaguarda de la dignidad de la persona humana.

6 La STC 11 abril 1985 (RTC 1985, 53), afirma que el derecho a la vida "es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia".

7 La garantía de la vigencia del derecho a la vida, en cuanto que derecho fundamental, implica –como expone la STC 11 abril 1985 (RTC 1985, 53)– la obligación positiva del Estado de contribuir a su efectividad, "aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano".

8 Como afirma la STS 5 junio 1998 (RAJ 1998, 4275), "la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo".

9 La STC 11 abril 1985 (RTC 1985, 53), explica que "el fundamento de este supuesto [de despenalización parcial del aborto], que incluye verdaderos casos límite se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de lo que normalmente es exigible a la madre y a la familia". El Tribunal Constitucional justifica esta argumentación, teniendo "en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso, de que les sobreviva". Y, más adelante, añade: "en la medida en que avance

II. RESPONSABILIDAD CIVIL RESPECTO DE LA MADRE POR PRIVACIÓN DE LA FACULTAD DE ABORTAR.

Estamos aquí ante las denominadas acciones de *wrongful birth*¹⁰, a través de las que se reclama responsabilidad a un profesional sanitario cuya conducta ha permitido, en determinadas circunstancias, que se haya producido el nacimiento, o la concepción, de un hijo discapacitado, es decir, afectado de graves taras, malformaciones o defectos físicos y/o psíquicos.

Como ha sido señalado, en esta acción los padres alegan que, al no haberse detectado, ni haber sido informados, de la posibilidad (o probabilidad) de que la madre concibiese a un niño con enfermedades congénitas, se les privó de la oportunidad de tomar una decisión informada acerca de dar lugar, o no, al nacimiento¹¹.

A nuestro parecer, en este punto, el problema no estriba tanto en admitir la responsabilidad civil médica (que creemos que la hay), como en determinar la extensión del daño resarcible, ya que existe el evidente riesgo de que, con el pretexto de indemnizar a la madre por la privación de la facultad de interrumpir el embarazo, se acabe considerando un daño resarcible el nacimiento mismo del hijo, lo que, desde nuestro punto de vista, es inaceptable.

I. El estado de la cuestión en la jurisprudencia.

La jurisprudencia existente sobre la materia es contradictoria. Inicialmente, se siguió la línea de considerar que el daño resarcible era el nacimiento del hijo deficiente, si bien poco a poco se ha ido admitiendo que el daño es, en cambio, la privación a la madre de la facultad de interrumpir el embarazo. No obstante, no faltan sentencias que consideran que el daño resarcible lo constituyen tanto la privación de la facultad de interrumpir el embarazo como el nacimiento del hijo deficiente.

a) La STS 6 junio 1997 (RAJ 1997, 4610)¹² es el primero de los fallos que se ocupó de la materia. En el supuesto litigioso la madre, a la que se le había diagnosticado un

en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social [...] [se] contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización”.

10 Sobre la distinción entre las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* (en las que es el niño que nace con deficiencias –o sus representantes legales- quien se dirige contra el médico exigiendo la reparación del daño que experimenta, que no es otro que haber nacido), véase Macía Morillo, A. “Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (2006). 10º, 75-90; Pacheco Jiménez, Mª. N. “Acciones *wrongful birth* y *wrongful life*: una controvertida vía de responsabilidad civil médica”. *Documento de Trabajo: Seminario Permanente de Ciencias Sociales* (2011). 2º; y Romero Coloma, A. M. “Las acciones de *wrongful birth*” y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, cit., 2564-2579.

11 Romero Coloma, A. M. “Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica”. *LL* (2009). 7231º, I.

12 La sentencia aparece comentada por Bustos Pueche, J. E. “Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del

embarazo de alto riesgo, acudió a un hospital, donde, por prescripción facultativa, se le practicó una amniocentesis. La prueba fracasó, fracaso que no se notificó a la madre, hasta pasados dos meses de su constatación, cuando ya no era posible interrumpir el embarazo, naciendo finalmente un niño con síndrome de "Down".

La madre pidió una indemnización de 50.000.000 pesetas, petición que fue desestimada en primera y segunda instancia, pero que fue acogida por el TS¹³, quien constató la negligencia médica y la predisposición de la madre a abortar, de haber sabido que el hijo nacería con el síndrome de "Down".

Sin embargo, lo que ya no compartimos son las consideraciones del Tribunal acerca del daño resarcible. Afirma que el daño "no es patrimonial", luego hay que entender que es moral. En esto, estamos de acuerdo. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, el daño moral resarcible ha de ser circunscrito al que experimenta la madre por haber sido privada de la facultad de interrumpir el embarazo, pero no puede ser considerado un daño moral resarcible el hecho de que, como consecuencia de no haber podido abortar, haya dado a luz un niño "anormal", porque ello atentaría contra la dignidad de ese niño y la de los deficientes mentales, en general.

Por ello, nos parece totalmente rechazable la tesis contraria, sustentada por el TS de que "surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el síndrome de Down (Mongolismo)", así como su lógica consecuencia en el terreno resarcitorio, cual es el de considerar como parámetros para fijar la indemnización "el del impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas; lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada".

Insistimos, el nacimiento de un niño deficiente no puede constituir, por sí sólo, un daño reparable, por lo que no puede condenarse a los profesionales sanitarios a indemnizar un inexistente daño moral, consistente en el "impacto psíquico de crear un ser discapacitado" (afirmación ésta, que nos parece especialmente desafortunada), como tampoco —creemos— el daño, sin duda patrimonial, consistente en el mayor esfuerzo económico que para la madre supone atender a un niño con síndrome de "Down".

El TS, sin duda, trata de solucionar el evidente problema económico que se le presenta a la madre que tiene que atender a un niño deficiente, pero la

Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997". LL (1997). 5º, 1699-1701; y Ureña Martínez, M. "Comentario a la STS de 6 de junio de 1997". CCJC (1997). 45º, 1105-1116.

13 Sobre la cuestión de la responsabilidad civil de las compañías de seguros de asistencia sanitaria por los daños causados por la negligencia de los profesionales y centros incluidos en el cuadro médico, v. Martín Casals, M. y Solé Feliu, J. "Comentario a la STS de 18 de mayo de 2006". CCJC (2007). 73º, 524-527.

responsabilidad civil no tiene una función asistencial, sino reparadora; y la delimitación del daño resarcible no puede realizarse con arreglo a criterios que chocan contra principios constitucionales básicos, como es el de respeto a la dignidad de la persona, proclamado en el art. I de nuestra Carta Magna¹⁴.

b) La STS 4 febrero 1999 (RAJ 1999, 748)¹⁵ se pronuncia en sentido contrario a la anteriormente expuesta. El supuesto litigioso giraba en torno al nacimiento de una niña con graves malformaciones congénitas, dándose la circunstancia de que, en este caso, a diferencia del anterior, el comportamiento del médico había sido diligente, ya que, aunque dichas malformaciones no habían sido detectadas, quedó probado que se habían observado los protocolos establecidos respecto del embarazo calificado de normal y de bajo riesgo, como era el de la demandante.

La *ratio decidendi* del fallo, que confirmó la sentencia recurrida, desestimatoria de la demanda, fue la ausencia de negligencia del médico y de las instituciones sanitarias demandadas, pero el Supremo realizó interesantes declaraciones, que, aunque parecen *obiter dicta*, merecen ser reproducidas.

Así, al examinar el motivo del recurso, en el que se invocaba infracción del art. 1902 CC, dice así: "El motivo también debe ser desestimado; primero, porque los hechos probados, de ambas sentencias de instancia, declaran expresamente que la actuación médica se adaptó completamente a la 'lex artis ad hoc', esto es, a la conducta exigible a un médico en las circunstancias clínicas y técnicas del Centro donde se prestó sus servicios; segundo, porque no se ha demostrado la relación de causa a efecto entre la actuación médica y el hecho del nacimiento de una niña tan tristemente afectada por malformaciones y deformidades. La genética está fuera de las posibilidades de que la doctora evitara el resultado. Además, es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo. Y en tercer lugar, la doctrina dominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño 'per se', y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento".

Ciertamente, desde el momento en que no había existido ninguna negligencia médica en la detección de las malformaciones congénitas, toda pretensión resarcitoria resultaba inviable.

14 B.O.E. núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313-29424.

15 La sentencia ha sido comentada por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. "Comentario a la STS de 4 de febrero de 1999". *CCJC* (1999). 50º, 853-859; De Angel Yagüez, R. "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?". *Rev. Der. Gen. H.* (1999). 10º, 117-155; y Díez-Picazo Giménez, G.: "La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil". *LL* (1998). 3º, 1700-1709.

Pero el TS dice, además, que no ha quedado probado que, de haber sabido la madre que su hija nacería con malformaciones, hubiese abortado. Se contesta, así, a la tesis sustentada en el recurso de que el nacimiento de la niña era un daño susceptible de ser reparado, tesis ésta que, evidentemente, la sentencia no comparte, haciendo referencia a la opinión, que considera dominante en la doctrina científica (a la cual nosotros nos sumamos), de que el nacimiento de un niño con deficiencias, no detectadas en el diagnóstico prenatal, no es un daño (indemnizable) *per se*, y de que, por lo tanto, el resarcimiento sólo tendrá lugar en el caso de que haya existido una negligencia médica que haya causado o agravado dichas deficiencias.

Ahora bien, hay una afirmación del TS, que no compartimos totalmente, la cual parece destinada a excluir todo resarcimiento, en el caso de nacimiento de un niño con deficiencias no detectadas, pero no imputables a un acto de negligencia médica. Dice, así: que “los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento”.

A nuestro parecer, la privación de la facultad de optar por el aborto sí es un daño moral resarcible, precisamente, nos parece el único daño susceptible de ser reparado en los casos en que la falta de diligencia en la realización del diagnóstico prenatal o en la comunicación de sus resultados imposibilita el ejercicio de la opción de abortar de la mujer embarazada. Ciertamente, si a la hora de cuantificar el daño se incluyen daños materiales por los gastos adicionales que para los padres supone haber engendrado un niño deficiente (en relación con los que generan los que no lo son), de hecho, se acaba considerando como daño resarcible el nacimiento mismo del niño; y este riesgo, evidentemente, existe. Ahora bien, a nuestro entender, esto no es razón suficiente para negar la indemnización del daño moral que experimenta la madre al no poder ejercitar la facultad de interrumpir el embarazo. No creemos que haya que negar el resarcimiento de dicho daño moral, sino que lo que hay que evitar es que, al calcular su cuantía, se incluyan conceptos que son extraños a él y que acaben desnaturalizándolo.

c) La STS 7 junio 2002 (RAJ 2002, 5216)¹⁶ conoció de una pretensión de resarcimiento, presentada por una madre, que, habiendo quedado embarazada a los 40 años, acudió al médico, planteándole el temor de que, dada su edad, el niño pudiera nacer con alguna deficiencia. El médico disipó sus temores, asegurándole que “no se preocupara” y “que todo iba normal”. Lo cierto es que nació un niño con síndrome de “Down”.

16 La sentencia ha sido comentada por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”. *CCJC* (2002). 60°, 857-865; De Ángel Yagüez, R. “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de ‘wrongful birth’. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”. *Rev. Der. Gen. H.* (2002). 17°, 179-202; y por Martín Casals, M. y Solé Feliu, J. “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”. *CCJC* (2002). 60°, 1097-1121.

El TS no estimó la pretensión resarcitoria de la madre, entendiendo que, en el caso litigioso, no concurría el nexo de causalidad entre el defecto de información del médico y el daño cuya reparación se solicitaba.

Con el fin de excluir la existencia del nexo de causalidad, afirmó que, “Aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante”.

Esta afirmación no puede menos que compartirse, lo que sucede es que el “daño” cuyo resarcimiento se solicitaba en la demanda, no era la deficiencia del niño, sino el nacimiento de éste con el síndrome de “Down”.

Es por ello que el TS prosigue su razonamiento del siguiente modo: “El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas”. Más adelante, añade: “El hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo”; y concluye: “Al no existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido, procede la estimación del motivo”.

En este razonamiento nos parece que aparecen mezcladas dos cuestiones distintas: por un lado, el daño, cierto, que experimentó la madre al privársele de la facultad de abortar; y, de otro lado, el “daño” que, según los demandantes, sufrió aquélla, por haber dado a luz un niño deficiente.

En el proceso no se logró demostrar que la madre hubiera abortado, en el caso de que hubiera sabido que el hijo nacería con el síndrome de “Down”; y, en este sentido, es verdad que no se pudo probar la existencia de un nexo de causalidad entre el defecto de información, imputable al médico, y el nacimiento del niño, “daño” cuyo resarcimiento se pedía en la demanda (por más que, en nuestra opinión, no estemos aquí ante un daño resarcible).

Ahora bien, la falta de información del médico sí privó a la madre de la facultad de interrumpir su embarazo; y nos parece que la privación de esta facultad es, en sí misma, un daño moral, que se produce con independencia de que su titular tuviera,

o no, la voluntad de ejercitarla¹⁷. Por lo tanto, respecto de este daño, consistente en la pérdida de la opción de abortar que la ley concede a toda madre cuyos hijos vayan a nacer con graves deficiencias, es evidente que sí se puede afirmar la existencia de un nexo de causalidad, por lo que no creemos que pueda compartirse la afirmación del TS de que “El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas”.

d) La STS 21 diciembre 2005 (RAJ 2005, 10149)¹⁸, desgraciadamente, reitera y profundiza en la tesis sustentada por la anteriormente expuesta STS 6 junio 1997 (RAJ 1997, 4610), a la que cita expresamente, afirmando que el nacimiento de un niño con síndrome de “Down”, produce un daño resarcible, no sólo de carácter moral, sino también patrimonial, extremo éste, que, al menos expresamente, no había declarado la sentencia que sirve de apoyo a ésta.

Una mujer embarazada, de 40 años de edad, se sometió a un diagnóstico prenatal (biopsia Corial transabdominal bajo control ecográfico) para detectar si el feto estaba afectado por el síndrome de “Down”, con el fin de poder abortar; en el caso de que lo estuviera. Tras la práctica de la prueba, se le comunicó que el feto era citogenéticamente normal, por lo que siguió adelante con el embarazo. Sin embargo, dio a luz un varón con síndrome de “Down”. La madre y su marido ejercitaron una demanda de responsabilidad civil, que fue desestimada en las dos instancias y, en cambio, fue acogida favorablemente por el TS, que condenó a las instituciones sanitarias demandadas al pago de una indemnización de 27.000.000 pesetas a cada uno de los padres, al considerar acreditada la negligencia de los profesionales sanitarios, así como el hecho de que la madre hubiera abortado, de haber sabido que el niño nacería con el síndrome de “Down”.

En este caso, el Supremo consideró que el daño resarcible provenía tanto de la privación de la facultad de interrumpir el embarazo como el nacimiento del hijo deficiente, afirmando que “El daño, por tanto, resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva. Son daños susceptibles de reparación económica con un doble contenido: moral y patrimonial. Aquél [el daño moral], derivado de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo

17 V. en este sentido Díez-Picazo Giménez, G. “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, cit., 1706; y Navarro Michel, M. “Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2005”. CCJC (2006). 72º, 651.

18 La sentencia ha sido comentada por Navarro Michel, M. “Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2005”, cit., 1637-1657.

discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas (STS 6 junio 1997)".

Y, en alusión al daño patrimonial, prosigue diciendo lo siguiente: "Éste, consecuencia de la existencia de un perjuicio efectivo y perfectamente evaluable que puede resultar del coste de las pruebas diagnósticas, de un innecesario embarazo y parto y de la adaptación de los padres a la nueva situación, social, familiar, económica y de atención especial surgida de un hecho imprevisto y extraordinario para ellos, como es el nacimiento de un hijo afectado por Síndrome de Down".

No reiteraremos el rechazo que nos produce la tesis sustentada en esta sentencia¹⁹. Nos remitimos a lo ya dicho a propósito de la de fecha de 6 de junio de 1997.

e) La STS 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572) no estimó las pretensiones de la demandante, referidas a la negligencia del médico, quien al incumplir su deber de información le había causado un perjuicio consistente en la privación de conocer si su hija iba a nacer con síndrome de "Down" y, en consecuencia, le privó de haber optado, en su caso, por la interrupción voluntaria del embarazo.

La demandante, embarazada y de 29 años de edad, entendía que, dadas sus circunstancias (toma de fármacos contraindicados en período de gestación, sometimiento a radiografías, trastorno depresivo agudo, así como otro parto anterior precedido de un período de gestación especialmente delicado con reposo absoluto), el médico le debía haber puesto en conocimiento de las distintas técnicas invasivas de diagnóstico, emitiendo en su caso su juicio clínico sobre la conveniencia o no de someterse a tales pruebas, teniendo en cuenta los citados riesgos concurrentes. El supuesto, como se ve, es similar al resuelto por la STS 7 junio 2002 (RAJ 2002, 5216).

El TS no estimó la pretensión resarcitoria de la actora, al no entender infringido el deber de información. En este sentido, exige, para que el deber de información sea constitutivo de una negligencia médica, que quede debidamente acreditado que se trata de un embarazo con riesgos.

En todo caso, la importancia de la sentencia radica en el hecho de que el TS parece admitir la relación de causalidad entre el incumplimiento del deber de información y la privación de la facultad de optar por el aborto, entendida ésta como daño mismo. Al respecto afirma que [si bien únicamente en casos de embarazo con alto nivel de riesgo], "puede considerarse que la falta de información constituye un hecho negligente que, en caso de confirmarse el nacimiento con la expresada anomalía, causa daño a la madre por privarla de la posibilidad de decidir acerca de su

19 Que también se halla presente en alguna jurisprudencia de instancia. Cfr., así, SAP Madrid, sección 8ª, núm. recurso 1023/1997, de 10 de febrero de 2001, y SAP Barcelona 10 octubre 2001 (JUR 2002, 6033).

situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, en circunstancias que afectarán profundamente a la suya en todos los sentidos”.

Conforme a lo expuesto, parece ser que, de haberse entendido incumplido el deber de información, el TS habría admitido la reparación del daño, como se desprende, *a sensu contrario*, de la siguiente afirmación: “La consecuencia a que debe llegarse es la de que la valoración probatoria realizada por el tribunal de instancia [...] conduce a la conclusión de que no se ha demostrado que concurrieran circunstancias de riesgo que aconsejaran o hicieran conveniente, con arreglo a la lex artis aceptada en el año 1994, en que se produjeron los acontecimientos, la práctica de la prueba de la amniocentesis [...], de tal suerte que la omisión de información sobre la conveniencia de la práctica de la misma no puede considerarse contraria a la lex artis y, en consecuencia, determinante de responsabilidad del facultativo”.

Se acepta, pues, un daño moral resarcible consistente en la privación de la facultad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo, algo que, como hemos señalado *supra*, es el camino a seguir:

Con ello, asistimos a un cambio de criterio respecto a la anterior STS 7 junio 2002 (RAJ 2002, 5216), que resuelve un supuesto similar, en la que el TS no estimó (aunque tampoco fue pedido por los demandantes) el resarcimiento del daño moral derivado de la privación de la facultad de optar por la interrupción del embarazo: “El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas”.

Aplaudimos este cambio de postura del TS, pues con la línea jurisprudencial anterior, difícilmente se hubiera aceptado en alguna ocasión la responsabilidad civil médica, al considerar ser el daño resarcible, no la privación de la facultad de optar por la interrupción del embarazo, sino el nacimiento del niño deficiente, lo que exige un nexo de causalidad entre la negligencia que supone la omisión de la información y el nacimiento del niño, nexo que, dada la dificultad de prueba (la voluntad de continuar o no con el embarazo sólo está en la mente de la madre, y llegado el caso no se sabe qué habría podido pasar) habría sido difícil de demostrar. En cambio, con esta nueva sentencia, el TS admite expresamente que la falta del deber de información es precisamente la que causa el daño, que, insistimos, no es el nacimiento del niño deficiente, sino la privación de la facultad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo, y ello con independencia de que ésta se llegue a producir²⁰.

20 Con todo, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración existe una sentencia posterior del TS de la Sala de lo Contencioso, que nos parece criticable, pues no queda claro que el daño por la privación de la facultad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo surja automáticamente como consecuencia

f) La STS 23 noviembre 2007 (RAJ 2008, 24) conoció de una pretensión de resarcimiento, promovida por la demandante, de 43 años de edad, como consecuencia de no haber sido informada de las posibilidades de realizarse pruebas de diagnóstico prenatal.

El TS entendió que la edad de la recurrente (43 años) era constitutiva *per se* de un embarazo de riesgo, por lo que los médicos que le atendieron debieron haberle informado sobre la posibilidad de practicarse pruebas de diagnóstico prenatal. En este sentido, señala el Supremo que “No consta que se hubiera o no proporcionado la información sobre las posibilidades de diagnóstico en su embarazo” y que “La edad de la embarazada, 43 años, era indicativa de un embarazo de riesgo”.

En cuanto al daño producido, el Supremo se pronunció en la línea de la STS 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572), admitiendo que la privación de la facultad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo constituía el único daño moral resarcible. Afirma al respecto que “El daño ocasionado por esta falta de información afecta en exclusiva a los padres demandantes, a los que se ha ocasionado un daño moral al verse privados de la información necesaria para poder tomar de forma adecuada sus decisiones”.

Lo novedoso de la sentencia no es que diga que exclusivamente sea admisible el resarcimiento por la privación de la facultad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo, algo ya anticipado por la STS 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572), sino que, por fin, se señala expresamente que el nacimiento del niño deficiente no puede dar lugar a un daño resarcible, cuestión controvertida sobre la que el TS, desgraciadamente, se había pronunciado en sentido contrario en las recién analizadas SSTS 6 junio 1997 (RAJ 1997, 4610) y 21 diciembre 2005 (RAJ 2005, 10149). Así, se afirma que “Debe descartarse que se haya producido un daño a la

de la negligencia médica, sino que, más bien, parece exigirse, de nuevo, un nexo de causalidad por el que se demuestre que, de haberse conocido la malformación, se habría abortado. Así, la STS 16 octubre 2007 (RAJ 2007, 7620) estima las pretensiones de los recurrentes, condenando a la Administración al pago de 150.000 euros. La madre recurrente, de 35 años, dio a luz un niño con síndrome de “Down”, tras haber solicitado en repetidas ocasiones, sin que fuera atendida su petición, la práctica de una amniocentesis, por temor a malformaciones fetales derivadas de la ingesta de fármacos anti-depresivos durante el embarazo. Constatada la negligencia, el TS, en orden a resolver la cuestión planteada, trae a colación sentencias antiguas, entre ellas la criticada STS 7 junio 2002 (RAJ 2002, 5216), señalando que “incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico”, algo que no se logra acreditar en el proceso, siendo que “esa falta de probanza determina, en el caso de autos, que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial”. A *sensu contrario*, se deduce que en el supuesto de que la Administración hubiera logrado probar que, en caso de conocerse la malformación, no se hubiera interrumpido el embarazo, no habría nacido responsabilidad alguna.

Resulta sorprendente que dos sentencias tan cercanas en el tiempo (19 de junio y 16 de octubre de 2007), procedentes ambas del TS (toda vez que de distintas salas), tengan pronunciamientos opuestos. En cuanto al daño moral resarcible, sí que se sigue la línea de la STS 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572), en el sentido de considerar que lo constituye la privación de la facultad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo. No puede ser, bajo nuestra opinión, más contradictoria la sentencia, ya que, entendemos, no tiene sentido exigir un nexo de causalidad, consistente en probar que se hubiera abortado de haberse sabido la malformación, si lo que luego se acaba indemnizando es la privación de la facultad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo, que tiene lugar en cualquier caso, se aborte o no.

menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la sentencia de 5 junio 1998 (RAJ 1998, 4275), que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo”²¹.

Respecto a la cuantía de la indemnización, el TS considera razonables las cantidades reclamadas en la demanda, esto es, cinco millones de pesetas (30.050,61 euros) a cada progenitor:

g) La STS 31 mayo 2011 (RAJ 2011, 4000) conoció de un recurso de casación que tenía por objeto el resarcimiento de unos padres a quienes se les privó del derecho a abortar; como consecuencia de la información errónea que les fue proporcionada, consistente en un diagnóstico desacertado que no detectó la anomalía con la que posteriormente nacería el feto (nacimiento sin el brazo derecho).

Los padres demandaron a la clínica por negligencia médica, consistente no sólo en el error de diagnóstico que determinaba la existencia en el feto de un miembro del que luego carecía (brazo derecho), sino también en el hecho de que la ecografía obstétrica se le practicó en la semana 24 de gestación en lugar de en la 20.

El Supremo entiende al respecto que existió negligencia médica, pues “La información errónea o incompleta equivale a la falta de información y conforma una actuación médica deficiente”. Y, en línea con las anteriores SSTs 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572) y 23 noviembre 2007 (RAJ 2008, 24), el Supremo desvincula el daño producido de la decisión de abortar; si bien, desgraciadamente, lo asocia no sólo a la privación del derecho a abortar (que sería lo deseable), sino también al nacimiento de un niño con deficiencias: “El daño es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir [...], sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales -daños patrimoniales- teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad (STS 21 de diciembre 2005)”.

21 Las sentencias más recientes sobre esta cuestión se han producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y en ellas se ha asumido que el nacimiento de un niño con síndrome de “Down” no puede considerarse un mal. Así, la STS 4 noviembre 2008 (RAJ 2008, 5860), de la Sala de lo Contencioso, señala que “el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño [...]. No hay nacimientos equivocados o lesivos, ya que el art. 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida”. En cambio, pese a no considerarse un daño el nacimiento, resulta paradójico que posteriormente se acaben resarcando los gastos derivados de la crianza, ya que se afirma que “puede haber daño y proceder la indemnización” cuando “las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria”.

El TS, en fin, cifra el daño producido en 60.000 euros, condenando a la médica y a la clínica a abonar solidariamente a cada uno de los padres 30.000 euros.

2. Propuestas de solución.

Una vez constatada la falta de una doctrina jurisprudencial uniforme, pasaremos a exponer algunas ideas, que, a nuestro juicio, debieran presidir la solución del problema analizado.

A) Identificación del daño resarcible con la privación de la facultad de interrumpir el embarazo: exclusión de otros perjuicios, morales o materiales.

Admitido que la negligencia del personal sanitario en el cumplimiento de su deber de información puede causar un daño susceptible de reparación, procede, ante todo, determinar en qué consiste éste.

A nuestro parecer, el daño resarcible es el perjuicio moral que sufre la madre, por la privación de su facultad de interrumpir el embarazo ("perte de chance"²²), perjuicio éste, cuya cuantificación presenta la dificultad inherente a la valoración de todo daño moral²³. El TS parece haber ido orientándose en este sentido en sus SSTs 19 junio 2007 (RAJ 2007, 5572) y 23 noviembre 2007 (RAJ 2008, 24).

Pero, en cualquier caso, no es admisible que, con el pretexto de reparar dicho daño moral, de hecho, se acabe resarcido a la madre, no ya por la privación de la facultad de optar por el aborto, sino por el nacimiento del niño²⁴: el nacimiento de un ser humano, por muy graves que sean sus deficiencias, nunca puede constituir un daño resarcible; a ello se opone el principio constitucional de respeto a la dignidad de la persona. Por ello, no son susceptibles de indemnización los perjuicios, psíquicos (hipotético impacto emocional) o económicos, que pueda experimentar la mujer

22 La SAP León 15 septiembre 1998 (AC 1998, 1504), que exonera de responsabilidad civil al médico, en el caso de nacimiento de una niña con síndrome de "Down" por considerar que el facultativo obró diligentemente, centra bien la cuestión, cuando, en una declaración "obiter dicta", afirma que "La imputación que cabría pues hacer al facultativo, dicho sea a los solos efectos dialécticos, sería el de no haber realizado determinada prueba de diagnóstico prenatal (amniocentesis) que habría podido permitir conocer durante el embarazo el defecto congénito y permitir a los padres optar por proseguir con el embarazo o su interrupción voluntaria". Y, con toda precisión, añade: "No se trataría pues de hacer responder a los demandados por el nacimiento de la niña –con o sin defecto congénito-, pues resulta cuando menos discutible el que pueda considerarse el nacimiento de un hijo con síndrome de Down (mongolismo) como un 'daño resarcible' (así lo califica la STS 6 junio 1997), sino por no haber dado a los padres la posibilidad de elegir entre dar a luz a un hijo con síndrome de Down a abortar, figura que la doctrina civilista conoce como 'pérdida de una oportunidad'".

23 La facultad de abortar no integra el contenido de un pretendido derecho subjetivo a abortar, que no existe como tal. Como observa Beignier, B. "La liberté de concevoir un enfant". *DF* (2004). 2º, 5, no existe un derecho de la mujer a interrumpir su embarazo, sino una libertad civil (en las circunstancias legalmente previstas) a elegir no proseguir con él.

24 Se trata de un riesgo evidente, al que, como ha quedado expuesto, se refiere la ya citada STS 4 febrero 1999 (RAJ 1999, 748), cuando avisa de que "los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento".

que da a luz un hijo enfermo, como son las mayores cargas que, en este caso, conlleva la maternidad²⁵.

B) La negligencia de los profesionales sanitarios.

Para que los profesionales sanitarios respondan frente a la madre, es necesario que la pérdida de su facultad de abortar haya sido causada por no haberle informado aquéllos de las enfermedades con las que nacería el feto.

Ahora bien, lógicamente, no se les puede sujetar a una especie de responsabilidad objetiva por la existencia en el recién nacido de cualquier tipo de enfermedad no detectada durante el embarazo, sino que, tan sólo, responden por aquéllas que hubieran podido ser diagnosticadas dentro de las 22 primeras semanas de gestación con los medios científicos y técnicos ordinarios²⁶, o, en su caso, con los medios extraordinarios previstos para embarazos de riesgo, si el de la madre era de este tipo (por ejemplo, prueba de amniocentesis, para detectar si el feto está afectado por el síndrome de "Down", en el caso de mujeres mayores de 35 años²⁷).

En definitiva, la responsabilidad civil surge, exclusivamente, cuando los profesionales sanitarios no han empleado la diligencia exigible (según la *lex artis* en

25 En la SAP Málaga 31 marzo 2000 (AC 2000, 915) se observa el riesgo al que nos referimos, de que, con el pretexto de indemnizar a la madre por la privación de la facultad de abortar, en definitiva, se acabe considerando, como daño resarcible, el nacimiento del niño deficiente. La Audiencia rechaza la tesis de la sentencia recurrida, de que el nacimiento de una niña con síndrome de "Down" pueda ser considerado un daño resarcible, declarando que el caso litigioso (en el diagnóstico prenatal no se había detectado el síndrome) debe resolverse sin "rememoración de teorías sobre la depuración de la raza (propia del nacionalsocialismo alemán de mediados del siglo XXI)", reconduciendo, con razón, el daño resarcible a la privación a la madre de la facultad de abortar. Sin embargo, lo cierto es que acaba llegando al mismo resultado que la sentencia recurrida (de hecho, confirma la condena de los demandados a pagar a los padres 25.000.000 pesetas), al considerar que debe ser reparado el daño derivado de la mayor carga económica que para los progenitores supone haber dado a luz una niña con síndrome de "Down", lo que, en definitiva, supone considerar, implícitamente, que el nacimiento de un ser humano con esta deficiencia constituye un daño indemnizable para los padres.

26 Por ello, la SAP León 8 marzo 2001 (AC 2001, 2293) entendió que no era negligente la conducta del ginecólogo, por la deficiencia proximal femoral, con la que había nacido el niño, que no había sido detectada en las ecografías realizadas, por ser una malformación de gran rareza, difícil de detectar dentro del plazo previsto para realizar el llamado aborto eugenésico, y el bajo riesgo obstétrico de la gestante, de tan sólo 22 años de edad.

Asimismo, la SAP Barcelona 9 marzo 2005 (AC 2005, 485) estimó que el ginecólogo no responde cuando nace un niño con malformaciones congénitas evolutivas, de detección precoz muy difícil, si "al no existir antecedentes patológicos que justificaran mayor precisión, el facultativo siguió el protocolo normal y exigible en aquel momento sin que se detecte mala praxis en cuanto a la frecuencia o calidad de las ecografías, ni puede entenderse que incumpliera deber alguno al no informar a la paciente de la existencia de aparatos de mayor precisión porque su utilización no estaba justificada y porque un exceso de información podría resultar contraproducente".

27 Obviamente, hay que excluir la responsabilidad civil del médico, cuando éste informa a la paciente de la posibilidad de que se someta a una prueba de amniocentesis y ésta lo descarta, prefiriendo someterse a otras pruebas menos invasivas, que no detectan el síndrome de "Down". Cfr., en este sentido, SAP León 15 septiembre 1998 (AC 1998, 2020) y la SAP Vizcaya 11 julio 2002 (AC 2002, 252804).

Igualmente, tampoco nace la responsabilidad civil del médico en los casos en que el error de diagnóstico sea imputable a la prueba realizada, y no a su interpretación. Así, la SAP Baleares 6 junio 2001 (AC 2001, 2143) desestimó la responsabilidad del ginecólogo y analistas demandados, por no haber detectado que la niña que nacería de una mujer, de 37 años de edad, que se sometió a una amniocentesis, tendría síndrome de "Down". Observa la Audiencia que dicha técnica no cuenta con una fiabilidad del 100% y que uno de los casos en que falla es cuando, como aconteció en el caso litigioso, la madre presenta una placenta previa, por lo que se produce una confusión imprevisible e inevitable entre las células maternas y las del feto.

el estado actual de la ciencia médica) en la detección y consiguiente comunicación de las enfermedades con las que pudiera nacer el niño²⁸.

El médico incurrirá, así, en una conducta negligente, cuando no haya informado a la mujer, que se halle en un embarazo de riesgo, de la existencia de pruebas clínicas tendentes a comprobar el estado de salud en el que nacerá el hijo, y a detectar sus posibles enfermedades. Por ejemplo, si no advierte a una mujer mayor de 35 años o con antecedentes familiares de síndrome de "Down", de la posibilidad de someterse a una amniocentesis para detectar si el niño nacerá con tal deficiencia [STS 7 junio 2002 (RAJ) 2002, 5216]²⁹].

También el médico será susceptible de un reproche culpabilístico, cuando interprete erróneamente los resultados de un diagnóstico prenatal, en el que claramente se detecte la existencia en el feto de una enfermedad o se revele una anomalía, que pueda ser indagada mediante pruebas adicionales. Así, la SAP Las Palmas 25 enero 2005 (AC 2005, 339) consideró negligente la actuación del médico, que, habiendo hallado en las ecografías una formación hiperrefringente anormal, no informó a la paciente adecuadamente de este hecho, descartando unilateralmente la práctica de una amniocentesis, con la que se podía haber detectado el síndrome de "Patau" y de "West", con el que nacería el niño.

La negligencia del analista o laboratorio médico habrá que valorarla en relación con la diligencia que haya desplegado al realizar el diagnóstico prenatal³⁰. Responderá, sin duda, cuando exista una radical equivocación entre el diagnóstico prenatal informado y el resultado final³¹.

28 En el caso concreto, determinar hasta dónde llega la obligación de información del médico es siempre cuestión delicada, pero, en principio, parece que en el ejercicio de esta facultad deberá ajustarse a los protocolos del hospital en el que trabaje.

Así resulta de la SAP Barcelona, sección 14ª, núm. recurso 1190/1998, de 8 de mayo de 2000, que desestimó la pretensión resarcitoria presentada por una mujer, que había tenido un hijo con síndrome de "Down", quien alegaba que se le había privado de la facultad de abortar; al no haberse realizado la prueba de "triple screenig". La Audiencia desestimó la demanda, argumentando que "no existía ninguna norma que exigiese la práctica del Triple Screening a las embarazadas", añadiendo que "el síndrome de Down es un riesgo siempre presente en la especie humana" y, aun reconociendo que dicho riesgo aumenta en función de la edad de la mujer, afirma que "En el supuesto enjuiciado la madre tenía 31 años, y no declaró ningún antecedente médico que pudiera valorarse como factor de riesgo"; y concluye: "En estas circunstancias no puede lícitamente afirmarse que los facultativos infringieran su 'lex artis', los resultados de la pruebas no invasivas efectuadas fueron normales, y no existía una situación de riesgo superior".

29 Téngase en cuenta, sin embargo, que, como se expuso en su lugar, en este caso el TS no estimó la pretensión resarcitoria, por entender que no había quedado probado que, de haber sabido la mujer que su hijo nacería con síndrome de "Down", hubiera abortado.

30 Como ya se ha dicho, no surge la responsabilidad civil del médico en los casos en que el error de diagnóstico sea imputable a la prueba realizada, y no a su interpretación. A este respecto, apunta Navarro Michel, M. "Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2005", cit., que el error de diagnóstico "sólo genera responsabilidad civil cuando el profesional ha cometido un error negligente que ocasiona el daño ulterior" (p. 1646), recordando, en este sentido, que "los falsos negativos (o positivos) no suponen un error del médico en la lectura o interpretación de la prueba, sino el margen de error inherente a la propia prueba, que depende de la sensibilidad y especificidad de la misma" (p. 1649).

31 Por ejemplo, si se realiza una prueba, de gran fiabilidad, como es la amniocentesis, para detectar si el niño nacerá con síndrome de "Down"; se diagnostica que el feto es cromosómicamente normal; y, en cambio, nace un hijo con dicha deficiencia y con un sexo distinto al previsto en el diagnóstico [SAP Málaga 31 marzo 2000 (AC 2000,

C) El nexo de causalidad.

Para entender probada la existencia del nexo de causalidad³², no hay por qué entrar en el examen de la delicada cuestión de si la madre hubiera, o no, interrumpido su embarazo de haber sabido las deficiencias con las que nacería el hijo. El daño moral que experimenta la madre tiene lugar siempre que no es informada de las deficiencias del feto, con independencia, pues, de cuál hubiera sido su decisión (abortar, o no), de haberlas conocido.

Dicho examen sólo sería necesario si se considerara que el daño resarcible es el nacimiento del niño, pero no, si como aquí se propone, se entiende que el único perjuicio susceptible de reparación es el de la privación de la facultad de abortar.

De lo contrario se llegaría al sinsentido de que sólo las madres que hubieran estado dispuestas a abortar podrían recibir una indemnización de daños y perjuicios destinada, en definitiva, a atender las necesidades económicas del hijo deficiente, mientras que, en cambio, quedarían privadas de ella las que hubieran estado dispuestas a continuar con el embarazo, no obstante saber que darían a luz un niño enfermo.

En realidad, cabe cuestionar si es función de la responsabilidad civil cubrir las especiales necesidades de atención que provocan las personas deficientes. Creemos que no, como ha sido dicho con acierto: la responsabilidad civil no es un medio de cobertura social universal frente a todos los riesgos de la vida³³.

III. CONCLUSIÓN: EL CARÁCTER REPARADOR, Y NO ASISTENCIAL, DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

La tesis que considera como daño resarcible el nacimiento de un niño con una deficiencia está haciendo cumplir a la responsabilidad civil una función asistencial que no le es propia³⁴.

No cabe duda de que las personas desvalidas (todas ellas) deben ser atendidas. Pero, para ello, no debe recurrirse a una institución de Derecho privado, como es la responsabilidad civil, sino a la actuación de los poderes públicos, que han

915) y SAP Madrid, sección 8ª, núm. recurso 1023/1997, de 10 de febrero de 2001].

32 La relación de causalidad deberá existir, como bien pone de manifiesto Vivas Tesón, I.: “La responsabilidad civil médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial”, cit., p. 410, “entre el error en el diagnóstico prenatal y la privación o pérdida del derecho de la madre a la interrupción voluntaria del embarazo o aborto eugenésico”, entendida dicha privación de la facultad de optar por el aborto [recordemos] como daño moral en sí misma, y, por tanto, independiente de si la madre hubiera tenido, o no, la voluntad de ejercitarla, de haber conocido las deficiencias con las que nacería el feto.

33 Murat, P. “L’affaire”, cit., 30.

34 Nos parece que esta tesis hay que enmarcarla dentro de la llamada “ideología de la reparación”, la cual, según observa Mazeaud, D. “Nota” a Cass. civ. 17 noviembre 2002, ass. plé. *Dalloz* (2001), 4º, 332, conduce a manipulaciones jurídicas, más o menos groseras, con el fin de reparar toda clase de perjuicios.

de desarrollar políticas sociales, basadas en la solidaridad, financiadas por todos los ciudadanos mediante sus impuestos.

Esta es la dirección marcada en Francia por el art. I.I de la Ley núm. 2002-303, de 4 de marzo de 2002, el cual coloca a cargo de la solidaridad nacional las especiales necesidades de atención económica de las personas deficientes, excluyendo, expresamente, que los padres puedan dirigir demandas de responsabilidad civil por este concepto contra los profesionales sanitarios, que no hubieran diagnosticado dichas deficiencias durante el embarazo.

Se trata de una consecuencia lógica derivada del principio, plasmado en el art. I.II de la misma Ley, según la cual toda persona deficiente, cualquiera que sea la causa de su deficiencia, tiene derecho a la solidaridad del conjunto de la colectividad nacional: "Toute personne handicapée a droit, quelle que soit la cause de sa déficience, à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale"³⁵.

En España, realiza un papel similar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia³⁶, cuyo objeto es, de conformidad con su artículo primero, "regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia"³⁷.

35 La Ley núm. 2002-303, de 4 de marzo de 2002, fue desarrollada por la Ley núm. 2005-102, de 11 de febrero de 2005, para la igualdad de derechos y de oportunidades, la participación y la ciudadanía de las personas con "hándicaps", a las que se les reconoce el derecho a la solidaridad nacional, garantizándoseles el acceso a los derechos fundamentales reconocidos a todos los ciudadanos, así como el pleno ejercicio de su ciudadanía, en igualdad de condiciones en todo el territorio francés (art. 2). Se establece una compensación de las consecuencias de su "hándicap", cualquiera que sea el "origen y la naturaleza de la deficiencia", que se dirige a responder a sus particulares necesidades, por ejemplo, de enseñanza, de educación, de inserción profesional, de acondicionamiento de vivienda y lugar de trabajo, para hacer posible el ejercicio de sus derechos ciudadanos y su capacidad de autonomía (art. 11), reconociéndoseles, en ciertos casos, el derecho a percibir una prestación (art. 12).

36 B.O.E. núm. 299, de 15 de diciembre de 2006, pp. 44142-44156.

37 El art. 4.2 de la Ley 39/2006 establece los derechos de las personas en situación de dependencia, entre los que destacan el disfrute "de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad" (apartado a) y "la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley" (apartado k).

