PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y EMPRESARIALES

TESIS DOCTORAL

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DE ERRORES DE DIAGNÓSTICO PRENATAL

Sobre las llamadas acciones *Wrongful birth* (nacimiento injusto) y *Wrongful life* (vida injusta) en el ordenamiento español

(

AUTOR

JOSÉ VICENTE MEDIAVILLA CABO

DIRECTOR

LUIS MARTÍN REBOLLO

UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

Escuela de Doctorado de la Universidad de Cantabria

Santander 2023

Resumen

La presente memoria de tesis doctoral tiene como objetivo principal exponer y analizar los argumentos que respaldan la viabilidad de la acción de responsabilidad civil ejercida por personas que nacen con graves patologías no identificadas durante el período gestacional. Esta perspectiva plantea la posibilidad de que dichas personas puedan emprender una reclamación por errores en el diagnóstico prenatal. En esencia, se trata de establecer una forma de "responsabilidad por vida injusta", un concepto que actualmente no está formalmente reconocido en nuestro sistema jurídico.

Este enfoque innovador busca complementar la ya existente "responsabilidad por nacimiento injusto", la cual, permite a los progenitores demandar por los perjuicios sufridos debido a la negligencia médica durante el estado de gestación.

La propuesta de una "responsabilidad por vida injusta" implica una reconfiguración de las bases argumentativas presentes en la jurisprudencia actual. Se trata de un territorio novedoso y desafiante, ya que involucra cuestiones fundamentales relacionadas con la autonomía de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y su dignidad, junto a la adecuada protección del nasciturus. Todo ello unido a la interacción existente con el reconocimiento del derecho a una muerte digna en un contexto eutanásico.

Abstract

The main objective of this doctoral thesis is to expose and analyze the arguments that support the feasibility of civil liability action brought by people born with serious unidentified pathologies during the gestational period. This perspective raises the possibility that these people may file a claim for errors in prenatal diagnosis. In essence, it is about establishing a form of "wrongful life liability," a concept that is currently not formally recognized in our legal system.

This innovative approach seeks to complement the already existing "wrongful birth liability", which allows parents to sue for damages suffered due to medical negligence during the gestation process.

The proposal of an "unfair life liability" implies a reconfiguration of the argumentative bases present in current jurisprudence. It is a new and challenging territory, since it involves fundamental questions related to the autonomy of people, the free development of personality and their dignity, together with the adequate protection of the unborn. All this together with the existing interaction with the recognition of the right to a dignified death in a euthanasia context.

INDICE

I. INTRODUCCIÓN GENERAL 1

1. Delimitación del tema 1
2. Un caso del síndrome de Morris como antecedente, justificación y estímulo de esta memoria doctoral 6

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DE ERRORES DE DIAGNÓSTICO PRENATAL: LAS ACCIONES *WRONGFUL BIRTH* (NACIMIENTO INJUSTO) Y *WRONGFUL LIFE* (VIDA INJUSTA). CUESTIONES GENERALES PREVIAS 21

1. Naturaleza de las acciones *wrongful birth, wrongful life y wrongful conception* 21
   1.1 Distinción entre los tipos de acciones 21
   1.2 La influencia del avance de la ciencia 27
   1.3 La aparición de la medicina defensiva 32
   1.4 Presupuestos concurrentes para la viabilidad de las acciones 34
2. La situación del tema en otros Ordenamientos: el ejemplo de Francia y Estados Unidos 36
3. Excurso. El inicio de la vida en la jurisprudencia del TEDH: cláusula del margen de apreciación nacional 59
4. La posibilidad legal de interrupción voluntaria del embarazo como presupuesto necesario de las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*: La situación en el Derecho español 65
   4.1 Evolución de la regulación del aborto en España: de la exclusión penal en ciertas indicaciones al reconocimiento condicionado de un derecho 71
      a) Antecedentes legislativos 71
      b) La LO 9/1985, de 5 de julio, de Reforma del art. 417 bis del Código Penal 74
      c) Las SSTC 53/1985, de 11 de abril y 116/1999, de 17 de junio 77
      d) La actual regulación: la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo, y su reforma operada por LO 1/2023, de 28 febrero 81
      e) La STC 44/2023, de 9 de mayo 90
      f) Otras Sentencias relevantes: las SSTC 66/2022, 11/2023 y 78/2023 111
   4.2 Referencia a la cuestión central de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios 127
5. Incidencia del reconocimiento del derecho a morir en la LO 3/2021, de 24 de marzo, reguladora de la eutanasia. Las SSTC 19/2023, de 22 de marzo y 94/2023, de 12 de septiembre 140

III. CARACTERES Y PRESUPUESTOS DEL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD Y SU APLICACIÓN AL ÁMBITO SANITARIO. EN PARTICULAR, ESPECIALIDADES DE LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD DURANTE EL PERIODO DE GESTACIÓN 160

1. La responsabilidad civil contractual y extracontractual: referencias generales 160
2. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Caracteres del sistema 162
3. Referencia a algunas especialidades de la responsabilidad en el ámbito sanitario durante el período de gestación 176

3.1 La antijuridicidad y el título de imputación. El criterio del incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y el problema del estado de la ciencia o de la técnica en la detección de anomalías fetales: la cláusula de progreso 185
3.2 La relación de causalidad 243
3.3 El plazo de ejercicio de la acción 258
3.4 La caracterización del daño en las denominadas acciones por nacimiento o vida injustos 265
a) El nacimiento del niño discapacitado o que padece determinadas patologías 266
b) La privación del derecho a abortar 275
c) La privación del derecho a ser informados de las patologías del feto 279
d) Impacto psicológico a los padres derivado del nacimiento de un niño discapacitado 282
e) Los gastos extraordinarios patrimoniales derivados de la discapacidad o deficiencia 283
3.5 Caso fortuito y fuerza mayor 290

IV. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, DEL TRIBUNAL SUPREMO 310

1. Análisis de casos 310
2. Criterios jurisprudenciales: resumen general 348

V. LA JURISPRUDENCIA DE SALA TERCERA, DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, DEL TRIBUNAL SUPREMO 354

1. Análisis de casos 354
2. Criterios jurisprudenciales: resumen general 413

VI. UNA PROPUESTA SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES *WRONGFUL LIFE* Y *WRONGFUL BIRTH* 418

VII. CONCLUSIONES GENERALES 454

BIBLIOGRAFÍA 462

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

1. Delimitación del tema

Cuando nos enfrentamos a la situación en la que un recién nacido llega al mundo con ciertas malformaciones, discapacidades, síndromes u otras deficiencias, sin que los progenitores hayan sido previamente advertidos de estas condiciones durante el período gestacional, inevitablemente se plantea una cuestión de gran importancia: ¿es responsabilidad de la sociedad en su conjunto brindar apoyo económico para el sustento del futuro niño discapacitado y reparar el supuesto perjuicio ocasionado a los padres? Este dilema se convierte en un punto clave de reflexión y debate en el ámbito jurídico y ético.

Me refiero a los supuestos identificados como falsos negativos. Constituyen casos en los que las pruebas diagnósticas y de seguimiento del embarazo, o, los estudios genéticos de portadores de enfermedades hereditarias realizadas con anterioridad o durante el embarazo, no detectan ninguna anomalía fetal significativa suponiendo que el futuro niño va a nacer sano, o, no determinan que genéticamente el futuro niño será portador y padecerá determinada enfermedad. Supuestos en clara contraposición con los identificados falsamente como positivos, casos en que se dictamina que el nasciturus presenta una serie de anomalías, pero con posterioridad se descubre que se trata de un ser sano, descubrimiento que puede acontecer bien en estado gestacional o cuando se produce el nacimiento.

En este contexto, se presentan dos enfoques posibles que buscan dar respuesta a la problemática existente y que pretenden abordar la complejidad de esta situación. Por un lado, se plantea la opción de implementar ayudas y apoyos de carácter económico y social como una respuesta colectiva y solidaria hacia las familias que se encuentran ante el desafío de criar y cuidar a un niño con discapacidad. Este enfoque encuentra su base en la concepción de nuestro Estado como un Estado social y democrático de Derecho, tal y como propugna el art. 1 de nuestra Constitución, en el cual se valora la protección de los derechos y el bienestar de todos los ciudadanos.

Por otro lado, se contempla la posibilidad de aplicar el instituto de la responsabilidad civil como vía para buscar compensación por el perjuicio sufrido. Sin embargo, resulta crucial destacar que en estos casos no existe una regulación específica y clara para abordar de manera precisa y

efectiva las consecuencias derivadas de aquellas situaciones en las que los progenitores no fueron advertidos de las afecciones que su hijo iba a enfrentar. Por lo tanto, se requiere un análisis detallado y exhaustivo de los elementos y requisitos que rigen este instituto, así como una evaluación minuciosa de la conducta negligente y su relación directa con la falta de información proporcionada durante el periodo gestacional o, incluso durante el estadio previo, en los supuestos en que los padres se hubieran sometido a pruebas genéticas para descartar cualquier anomalía en su descendencia.

La aplicación estricta del instituto de responsabilidad civil o patrimonial de la Administración a los casos de negligencia médica en el contexto de nacimientos con discapacidad es objeto de controversia en la comunidad jurídica y médica. Ello se debe, entre otros factores, a la complejidad de determinar y concretar una serie de presupuestos exigibles, los cuales plantean problemas interpretativos y generan debates sustanciales, todo ello, directamente influenciado por cuestiones de índole moral, ética y religiosa.

En primer lugar, surge la dificultad de determinar qué tipo de daños deben ser indemnizados en estos casos. La discapacidad de un niño puede implicar una amplia gama de necesidades y gastos adicionales, que van desde tratamientos médicos especializados hasta cuidados específicos, educación adaptada y adaptaciones en el entorno. Establecer criterios precisos para la cuantificación y compensación de estos daños representa un desafío importante, ya que cada caso es único y requiere un análisis detallado de las necesidades individuales del niño y las consecuencias económicas y emocionales para la familia.

En segundo lugar, la relación de causalidad entre los daños sufridos y la conducta del personal médico responsable del seguimiento del embarazo o de control genetista previo es un aspecto delicado y complejo. En estos casos, la discapacidad del niño no siempre puede atribuirse directamente a la negligencia médica, ya que existen factores genéticos u otras circunstancias independientes de la actuación médica que pueden influir en el desarrollo del feto. La interacción compleja y subjetiva de estos factores inherentes a las cuestiones relacionadas con la gestación y su evolución puede dar lugar a interpretaciones divergentes y desafiantes que, en última instancia, pueden llevar a la judicialización de los casos.

Además, es esencial tener en cuenta las particularidades y sensibilidades inherentes a la relación entre los profesionales de la salud y los pacientes en el contexto del embarazo. La toma de decisiones relacionadas con la salud materna y fetal implica una delicada ponderación de factores éticos, morales, religiosos y sociales, así como las consideraciones legales en torno al aborto y

los derechos de los padres y del feto. Estos aspectos influyen significativamente en la aplicación del instituto de responsabilidad civil, agregando una capa adicional de complejidad a la resolución de los casos.

En este contexto, resulta necesario un análisis exhaustivo y riguroso de los presupuestos exigibles en las acciones legales que pueden emprender, en su caso, tanto los progenitores como el propio niño en busca de justicia material y compensación. Se requiere una reflexión profunda sobre las alternativas existentes a nivel doctrinal y jurisprudencial para abordar esta problemática de manera equitativa y justa. En este sentido, la presente tesis busca profundizar en estas cuestiones y aportar criterios claros y fundamentados que permitan avanzar en la determinación de los presupuestos exigibles y brinden opciones viables para las partes involucradas.

Esta memoria tesis, en buena medida, es fruto de mi experiencia profesional. En el año 2011 y tras un periodo de desempeño de diversos puestos de responsabilidad política tuve la oportunidad, en mi condición de letrado de la Comunidad Autónoma de Cantabria, de asumir la representación y defensa en juicio del Servicio Cántabro de Salud, organismo autónomo encargado de la gestión sanitaria pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria. En el desempeño de mis funciones participé durante ocho años activamente en la llamada comisión interdepartamental de responsabilidad patrimonial sanitaria, órgano ad hoc, encargado de analizar las reclamaciones que los pacientes presentaban con relación al funcionamiento del servicio sanitario, y que formulaba propuestas de resolución en vía administrativa. De esa comisión formaban parte los responsables de los concretos servicios afectados por la reclamación: obstetricia y ginecología, traumatología, oncología, cardiología, dermatología, urgencias, neurología, oftalmología, pediatría, psiquiatría, urología, el director gerente del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, los directores gerentes del resto de hospitales de Cantabria como Laredo, Sierrallana, Tres Mares, la Inspección Médica, la compañía de seguros que cubría el riesgo sanitario y la correduría de seguros. Se trataba de analizar los expedientes junto a los informes emitidos, con motivo de cada reclamación y los obrantes en la historia clínica, y efectuar una propuesta de resolución con arreglo a criterios técnicos y jurídicos. Debo destacar que participar en la citada comisión me enriqueció mucho intelectualmente. Poder añadir a mis conocimientos jurídicos en materia de responsabilidad patrimonial la visión directa de los profesionales sanitarios, su visión tanto técnica como profesional y humana me resultó altamente positivo. Recuerdo que, en algunas ocasiones, la postura de los servicios hospitalarios confrontaba con la visión de la inspección médica. Otras veces, la postura de la administración sanitaria chocaba con la defensa de la cuestión que llevaba a cabo la compañía de seguros, por

lo general más proclive a no reconocer las pretensiones indemnizatorias en vía administrativa. Pero en todas las ocasiones recuerdo, con agrado, el peso que el parecer jurídico tenía al respecto. Un parecer notablemente enriquecido con el conocimiento directo de los hechos a través del testimonio de los facultativos que intervinieron directamente en la asistencia sanitaria y con las aportaciones, menos parciales, efectuadas desde la inspección médica junto a los informes de las respectivas jefaturas de servicio. A lo largo del conocimiento, por esa vía, de cientos de asuntos, me fui formando en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria. A ello se añade el hecho de asumir, como digo, durante ese periodo de tiempo, la representación y defensa en juicio, de aquellos asuntos judicializados vía recurso contencioso-administrativo, cuando el particular no se mostraba conforme con la resolución administrativa adoptada y decidía, en uso de sus legítimos derechos e intereses recurrirla. Poder defender a la administración sanitaria conociendo de antemano la tramitación del correspondiente expediente no cabe duda de que mejora el margen de actuación del letrado que asume su defensa. He de destacar que, durante ese periodo, la colaboración de los profesionales sanitarios que habían intervenido en la asistencia prestada resulto ejemplar y edificante. Se que a ellos también les resultó satisfactorio que el letrado que asumía la representación y defensa en juicio de la administración se pusiera en contacto con ellos para disipar dudas y fijar estrategias de defensa. Ese trabajo en equipo desde una visión multidisciplinar me ayudo notablemente a ejercer una adecuada defensa de los intereses de la administración sanitaria. En otras ocasiones, las menos, esa labor de defensa la tuve que desempeñar ante la jurisdicción penal con ocasión del ejercicio de acciones frente al personal facultativo y la instrucción de las correspondientes diligencias previas. Tengo la satisfacción personal que las que asumí se archivaron sin perjuicio de su derivación posterior al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En este sentido, debo destacar que, sin perjuicio de puntuales errores humanos inevitablemente presentes en todos los ámbitos de la vida, la profesionalidad y probidad del personal sanitario del Servicio Cántabro de Salud, constituye la regla general, así como su especial interés en mejorar conductas de comportamiento en la prestación del servicio.

Posteriormente cuando ejercí funciones jurisdiccionales como magistrado de lo Contencioso-Administrativo, primero en Girona y posteriormente en Burgos, tuve también la ocasión de resolver pretensiones indemnizatorias contra los respectivos servicios de salud. Y he de reconocer que ese bagaje previo descrito, me ayudó notablemente a dar una respuesta ajustada a derecho, en pleitos donde además de los intereses en juego concurre un elemento emocional relevante.

Pues bien, uno de esos recursos en los que asumí la representación y defensa en juicio de la administración sanitaria me marcó notablemente por lo novedoso que me pareció el asunto y por presentar una serie de características especiales con relación al resto. Fue el caso de la niña que nació padeciendo el llamado síndrome de Morris, el cual fue detectado en estado gestacional pero transcurridas las primeras veintidós semanas de gestación. Como digo, ese pleito presentaba una serie de connotaciones especiales y particulares con relación a los demás asuntos de responsabilidad sanitaria. Con posterioridad me referiré a él de modo detallado. Pero ahora es el momento de indicar que muchísimos interrogantes aparecieron desde el primer momento y la solución dada judicialmente, con ser respetable, me pareció insatisfactoria. A partir de ese caso, tuve la imperiosa necesidad de profundizar en las cuestiones relativas a este tipo de reclamaciones de responsabilidad sanitaria ejercidas comúnmente por los padres, con la finalidad de intentar despejar los interrogantes existentes y, en la medida de lo posible, arrojar un poco de luz sobre una cuestión en la que junto a los problemas estrictamente jurídicos hay que añadir otros de índole moral, ético y religioso que pueden condicionar posturas al respecto. Considero todas ellas respetables, ya que se entroncan con lo más profundo de los valores de dignidad y libre desarrollo de la personalidad de cada ciudadano.

Pero el estudio resultaría incompleto sin un análisis, aunque sea desde el punto de vista de la aproximación, del estado de la ciencia médica en este ámbito que, tanta influencia tiene desde el punto de vista de la exigencia de responsabilidad. No se puede escindir hoy la exigencia de responsabilidad del adecuado cumplimiento de la obligación de medidos que incumbe al sistema sanitario, ya sea público o privado, cuando desarrolla una actividad asistencial.

La ciencia ha avanzado notablemente. Hoy día las técnicas de detección de anomalías fetales, tanto invasivas como no invasivas, permiten un notable grado de acierto y, la subsiguiente reducción de la probabilidad de errores de diagnóstico a través de los llamados falsos negativos o falsos positivos. La existencia de esas técnicas y el acceso a las mismas en supuestos justificados supone un notable aumento del estándar de prestación del servicio y, el consiguiente incremento en el nivel de exigencia de la obligación de medios, tanto personales como materiales, tan característica de la prestación sanitaria.

Y ese notable incremento conlleva la aparición de la otra cara de la moneda, el correlativo aumento de la exigencia de responsabilidad derivada del incumplimiento del estándar de prestación del servicio, precisamente como consecuencia de los avances científicos. La llamada cláusula de progreso del estado de la ciencia contemplada hoy en el art. 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, juega un papel fundamental a la hora

de enjuiciar pretensiones indemnizatorias en este ámbito. Por ese motivo, resulta imprescindible un mínimo acercamiento a las técnicas de diagnóstico previstas en los protocolos de actuación aplicables en España para lo que he analizado las mismas con base en la Guía para la prevención de defectos congénitos y la Guía de práctica clínica de atención al embarazo y puerperio elaboradas por grupos de trabajo de carácter multidisciplinar, ambas aprobadas y editadas por el Ministerio de Sanidad, junto a los protocolos de actuación aprobados y vigentes en la Comunidad Autónoma de Cantabria que pueden servir de ejemplo con relación a los existentes en el resto de Comunidades Autónomas.

En definitiva, si el Derecho como ciencia social sirve para algo es para resolver conflictos sociales y garantizar la paz social, procurando, en la medida de lo posible, aportar soluciones a los problemas reales existentes. Esta memoria de tesis, intenta arrojar un poco de luz a la problemática existente, a la difícil configuración de los presupuestos exigibles y, en definitiva, trata de aportar una visión global del tratamiento jurisprudencial ofrecido y las posibles alternativas existentes, con la finalidad de buscar un adecuado equilibrio entre el justo ejercicio de los derechos fundamentales afectados y la adecuada prestación de un servicio público tan esencial como el sanitario, y en un momento tan delicado en la vida presente y futura de las personas como el de la gestación

2. *Un caso del síndrome de Morris como antecedente, justificación y estímulo de esta memoria doctoral*

Como he indicado, el principal motivo de la redacción de esta memoria de tesis se debe a un supuesto de responsabilidad patrimonial tramitado y resuelto en vía administrativa por el Servicio Cántabro de Salud[1], que posteriormente en sede judicial, fue condenado al abono de una indemnización de daños y perjuicios por no haberse detectado en estado gestacional que un feto padecía una determinada anomalía, que suponía que la niña padecería del llamado síndrome de Morris.

[1] De conformidad con el art. 1 de la Ley 10/2001, de 28 de diciembre, de creación del Servicio Cántabro de Salud, éste se configura como un organismo público con el carácter de organismo autónomo, con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, dotado de patrimonio propio, así como de autonomía de gestión, cuya función es ejercer las competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de gestión de la asistencia sanitaria.

Conviene comenzar exponiendo el caso, como se resolvió judicialmente, para posteriormente a lo largo de este trabajo plantear las alternativas de resolución con base en la tesis que propongo. El supuesto, presenta en sí mismo todas las variables que deben ser objeto de estudio, análisis y resolución en supuestos fácticos de esta índole.

El Síndrome de Morris también conocido como Síndrome de Insensibilidad a los andrógenos o SIA es un desorden en la diferenciación sexual en el que la persona que lo padece tiene caracteres genéticos masculinos, pero es fenotípicamente femenina.

Fue descrito por primera ver por John Morris en 1953[2] quien lo describió como "Síndrome de feminización testicular". En 1970 Lyon y Hawkes[3] descubrieron la presencia de un gen ligado al cromosoma X que causaba el síndrome de feminización testicular en ratones, pero no fue hasta 1989[4] cuando se definió con exactitud el gen causante de las mutaciones. Este gen es el culpable de numerosas mutaciones además del síndrome de insensibilidad a los andrógenos.

Habitualmente el síndrome de Morris se presenta como un síndrome completo, sin embargo, existen algunos casos de formas incompletas que abarcan toda una gama intermedia desde una feminización casi completa hasta una masculinización fenotípica. Actualmente todas estas formas intermedias reciben el nombre de síndrome de Reifenstein o síndrome de insensibilidad androgénica parcial (SIAP), y en su mayoría presentan un curso genital ambiguo lo que permite un diagnóstico temprano en edad infantil.

Cuando se presenta como síndrome completo recibe el nombre de Síndrome de Insensibilidad Completa a los Andrógenos o SICA, definiendo a través del nombre la alteración genética producida por mutaciones en el receptor de andrógenos en individuos con cariotipo masculino (46, XY). Fenotípicamente presentan genitales externos femeninos no ambiguos, que pueden variar de unas personas a otras, pero caracterizados, básicamente, por una bolsa vaginal ciega.

Las complicaciones y enfermedades derivadas del síndrome completo son más numerosas y requieren de mayores intervenciones, principalmente ya que la presencia de testículos intraabdominales o en el trayecto inguinal precisa de su extirpación por la alta incidencia de convertirse en tumores malignos.

---

[2] Morris,John, "The syndrome of testicular feminization in male pseudohermaphrodites". Am J Obstet Gynecol, 65 (1953)
[3] M.F.Lyon, S.G.Hawkes. X-linked gene for testicular feminization in mouse. Nature, 227 (1970)
[4] C.J.Brown, S.J.Goss, D.B.Lubahn, D.R.Joseph, E.M. Wilson, F.S.French. Androgen receptor locus on the human X chromosome: regional localization to Xq11-12 and description of a DNA polymorphism. Am J Human Genet, 44(1989)

Conviene recordar que los caracteres genéticos es la información o código contenido en los genes determinada por la secuencia de ADN, por lo tanto, se transmite hereditariamente, mientras que el fenotipo es la característica determinada que se puede observar en un individuo, es decir, un rasgo físico o un comportamiento. El fenotipo es el resultado de los genes y de factores externos, no se transmite hereditariamente. Los hombres tienen genes XY y las mujeres XX.

Se denomina andrógenos al conjunto de hormonas esteroideas sintetizadas a partir del colesterol a través de una larga cadena de reacciones enzimáticas[5] que incluyen la testosterona, la androsterona y la androstenediona, su función principal es desarrollar los caracteres sexuales en el hombre. La mayoría de los andrógenos son segregados por los testículos masculinos pero los andrógenos también están presentes en niveles bajos en las mujeres.

El sexo del embrión queda definido en el momento de la fecundación. El óvulo femenino siempre aportará un gen X y el espermatozoide masculino aportará un gen X dando lugar a un embrión genotípicamente femenino o un gen Y dando lugar a un embrión genotípicamente masculino.

Las primeras semanas de desarrollo fetal no existen diferencias evidentes entre fetos femeninos y masculinos.

Cuando se produce la determinación sexual en el embarazo los testículos segregan dos hormonas: la testosterona y la ani-Mülleriana, que provocaran la masculinización de los órganos genitales internos y externos. Son los andrógenos segregados por los testículos los responsables del desarrollo genital dado que incluso la ausencia de hormonas testiculares genera como resultado una feminización de los genitales independientemente de la existencia o no de ovarios.

> *"Desde hace varias décadas se sabe que es la presencia de un cromosoma Y el factor determinante en el desarrollo sexual de la gónada fetal, sin que el número de cromosomas X tenga trascendencia alguna (Grumbach & Conte, 1998). El producto del gen SRY (Sex-determining Region Y-chromosome), presente en el brazo corto del cromosoma Y, induce una proliferación del epitelio celómico de las crestas gonadales en los fetos de sexo masculino (Schmahl et al., 2000)"*[6]

[5] Diferenciación sexual embrio-fetal: de las moléculas a la anatomía. Profesor Dr, Rodolfo Rey. Conferencia inaugural del II Congreso de anatomía del Cono Sur y XXI Congreso Chileno de anatomía y XXXVII Congreso Rioplatense de anatomía.

[6] Diferenciación sexual embrio-fetal: de las moléculas a la anatomía. Profesor Dr, Rodolfo Rey. Conferencia inaugural del II Congreso de Anatomía del Cono Sur y XXI Congreso Chileno de Anatomía y XXXVII Congreso Rioplatense de anatomía.

La diferenciación de los órganos genitales internos y externos en sentido masculino o femenino depende, precisamente, de la presencia o ausencia de hormonas testiculares y aquí radica la importancia determinante que adquiere el testículo en la determinación sexual durante la primera fase del embarazo y la posterior evolución de los órganos genitales hasta su completo desarrollo.

Hasta aproximadamente la semana 7 de embarazo el feto femenino y el masculino no se diferencian a través de ecografías denominándose periodo indiferenciado del desarrollo sexual. A finales de la séptima semana en los fetos XY se diferencian las crestas gonadales observando cordones testiculares, futuros tubos seminífero etc., sin embargo, las gónadas de los fetos XX permanecen indeterminadas durante un tiempo más largo.

Tal y como se expresó en las conclusiones de la conferencia sobre Diferenciación sexual embrio-fetal de las moléculas a la anatomía:

> *"La determinación y diferenciación sexual implica una cadena de eventos que involucra a factores cuyos genes se localizan en autosomas o en cromosomas sexuales. Algunos de ellos intervienen en períodos de la embriogénesis temprana, sin que exista una diferencia entre los sexos, mientras que otros -a partir de la expresión de SRY- muestran un claro dimorfismo sexual. Si la gónada resultante es un testículo, las hormonas por él producidas inducirán una masculinización de los genitales internos y externos. En cambio, si se forma un ovario o ninguna gónada -como puede ocurrir en casos patológicos-, los genitales internos y externos se desarrollarán en sentido femenino. La sola producción de las hormonas masculinas testosterona y AMH no es suficiente para la masculinización: es necesario además que los órganos blancos expresen sus receptores para producir la respuesta biológica adecuada. No debe olvidarse además que el patrón temporal de expresión de genes y secreción de hormonas es determinante en el resultado de la diferenciación sexual. También, un exceso de hormonas masculinas puede provocar la virilización de un feto XX. Finalmente, cualquier alteración en la cadena de eventos de la determinación y diferenciación sexual provocará un cuadro de ambigüedad sexual, cuya explicación deberá razonarse a partir del conocimiento de los posibles mecanismos normales afectados."*

Resultan claras las afirmaciones de que el desarrollo sexual depende de los testículos y de las hormonas producidas en los mismos, siendo los ovarios el resultado de la ausencia de dichas hormonas, si bien, únicamente la producción de hormonas masculinas no es suficiente para conseguir la masculinización, resulta necesaria una correcta recepción de estas.

En pacientes con SICA la mutación de un gen impide la acción de la testosterona, la hormona se segrega con normalidad, pero no es absorbida y por lo tanto no se posibilita el desarrollo de los genitales externos masculinos que, en estos casos, se identifican como femeninos normales, aunque infantiles, con ausencia de vello, internamente tampoco los genitales femeninos se

desarrollan totalmente, presentando una vagina ciega o corta y careciendo de útero y trompas de Falopio.

Los individuos con SICA son personas aparentemente femeninas que son identificadas fácilmente como niñas y que no presentan ningún problema, disfunción o síntoma en el momento de su nacimiento.

El Síndrome de Insensibilidad Completa a los Andrógenos puede detectarse durante la etapa embrionaria a partir de una incoherencia entre el sexo femenino reflejado en las ecografías y el que aparece en la realización de la prueba de la amniocentesis que refleja un cariotipo XY. De este modo, el estado de la ciencia permite su detección en estado gestacional.

El diagnostico en esta etapa no resulta, sin embargo, frecuente puesto que no es una de las enfermedades "objetivo" incluidas en los protocolos gestacionales donde la mayor parte de las embarazadas no se someten a una amniocentesis. Por otro lado, el sexo a través de la ecografía no siempre resulta evidente llegando, en algunos casos, hasta el tercer trimestre de embarazo sin una identificación de los genitales debido a la posición fetal, la posición de la placenta, obesidad materna, alteraciones en el cordón umbilical etc.

En el caso de detección más temprana, la amniocentesis se realizará en la semana 15 obteniendo los resultados unos diez días después, es decir, en la semana 17 de gestación. Suponiendo que el sexo haya sido identificado en la ecografía del primer trimestre podría disponer de un diagnóstico o sospecha de este en la semana 17 y una confirmación en la ecografía del segundo trimestre, aproximadamente en la semana 20.

Las personas que padecen el síndrome de Morris durante la infancia suelen presentar hernias inguinales de manera significativa[7] (83%), sin embargo, es durante la pubertad cuando la mayoría de los casos son identificados.

En revistas científicas se describen casos de identificación del Síndrome de Morris, la mayoría de los casos descritos corresponden a edades de pubertad, pero en alguno se recoge la posibilidad y dificultad que conlleva un diagnóstico durante el embarazo:

[7] Síndrome de insensibilidad completa a los andrógenos; diagnóstico y características clínicas. Dres. Andrea Solaris, Boris Groisma, Maria P. Bidondo, Consstanza Cinca y Liliana Alba, Comunicaciones breves. Archivos argentinos de pediatria.

"Métodos. Se realizó la evaluación prenatal en un embarazo de 22 semanas de una madre de 38 años y se observó un feto con genitales externos ambiguos y posible hipospadias. La paciente entró en el programa de vigilancia fetal y se realizaron ecografías periódicas y un estrecho control prenatal. Durante la etapa posnatal se realizó la evaluación clínica, hormonal y genética del recién nacido. Posteriormente, se hizo estimulación con testosterona y se observó una respuesta favorable con mejor caracterización de los genitales externos: aumento del grosor del pene y pigmentación del escroto

Resultados. Se le realizó el diagnóstico prenatal de genitales ambiguos, hipospadias, apéndice preauricular izquierdo; se le ofreció a la madre determinar el cariotipo prenatal, a lo cual se negó. El diagnóstico de pseudohermafroditismo masculino fue realizado al relacionar los hallazgos ecográficos encontrados prenatalmente, con los hallazgos descritos en el examen físico, el estudio de cariotipo 46 XY y los marcadores hormonales en la etapa posnatal.

Conclusiones. El diagnóstico prenatal de alteraciones de la diferenciación sexual del feto no es siempre fácil. Comprende un estudio minucioso, cuidadoso y multidisciplinario de las posibles causas de la alteración para lograr determinar de la mejor manera las acciones terapéuticas en beneficio del desarrollo biopsicosexual del individuo afectado por este tipo de patología."[8].

Mucho más comunes, claros y numerosos resultan los estudios de diagnósticos durante la pubertad:

"Se identificaron 12 pacientes que cumplían con el criterio de inclusión. Se observaron genitales externos femeninos y ausencia o escasez de vello pubiano y axilar en todos los pacientes en los que se evaluaron. El desarrollo mamario fue acorde a la edad.

La edad de diagnóstico fue de una media de 19 años, en el rango de 12-25 años. Todas se diagnosticaron por presentar amenorrea primaria en la pubertad, excepto una paciente cuyo diagnóstico se efectuó a los 12 años por el antecedente familiar. Se rescató el antecedente familiar de hernia inguinal o amenorrea primaria en 8 de las 12 pacientes.

En 4 de las 12 pacientes se realizó ecografía ginecológica. Ésta informó presencia de resabios de derivados mullerianos en cuatro pacientes y en dos de ellas se constataron gónadas en posición abdominal. Se rescató el antecedente personal de hernia inguinal bilateral (n: 4) y unilateral (n: 6).

En 9/12 pacientes se practicó gonadectomía postpuberal. En 6 de los pacientes, el estudio histológico reveló organización testicular y en 3 no se obtuvieron resultados de la anatomía patológica. En cuanto a los hallazgos bioquímicos, el valor de testosterona estaba por encima del límite normal para mujeres y dentro de los valores normales para varones en los 10 pacientes estudiados.

Los valores de estradiol se encontraron elevados en 3 de los 11 pacientes estudiados. Los valores de FSH se encontraron elevados en 1 de los 12 pacientes estudiados y fue normal en el resto de los

[8] Diagnóstico prenatal de ambigüedad genital, correlación posnatal y revisión de la literatura. Saulo Molina, Diego Felipe Polania, Patricia Osorio y Jaime Pérez, Universitas Medica Vol 49 num 2.

casos. La LH presentó niveles elevados en 11 de los 12 pacientes estudiados. El producto LH x testosterona se encontró elevado en todos los pacientes.'[9].

Parece unánime entre la comunidad científica que un diagnóstico temprano sería el resultado de considerar la existencia del síndrome en pacientes que presenten hernia inguinal en la infancia, posibilitando la realización de una ecografía para descartar o confirmar el diagnostico. Las imágenes radiológicas juegan un papel importante en el diagnostico unido a la resonancia magnética nuclear (RMN) para obtener una total precisión. Aquellos pacientes que no presenten hernia inguinal será frecuente que lleguen a la pubertad siendo entonces cuando la amenorrea implique la realización de otras pruebas para llevar al diagnóstico.

Los pacientes con Síndrome de Morris presentan tanto secuelas físicas como psicológicas que deben ser correctamente tratadas con el objetivo de minimizar las patologías afectantes.

Físicamente, la extirpación de los nódulos internos es relevante al presentar una mayor tasa de malignidad. Las pacientes tienen mayor facilidad para desarrollar osteoporosis precoz y patologías ateroesclerótica cardiovascular.

Psicológicamente la principal consecuencia del Síndrome de Morris es la imposibilidad de tener hijos biológicos. Igualmente, la identidad sexual o personal durante la adolescencia puede verse comprometida si no se cuenta con el apoyo profesional suficiente.

Es preciso tener en cuenta que las personas con síndrome de Morris son genotípicamente masculinas XY y por lo tanto podrán desarrollar enfermedades ligadas al sexo, es decir transmitidas a través de uno de los cromosomas X o Y. Las enfermedades ligadas al sexo son recesivas, es decir, es necesaria la combinación de dos genes anormales para producir la enfermedad. Las enfermedades recesivas ligadas al sexo casi siempre están vinculadas a los hombres puesto que únicamente tienen un cromosoma X por lo que un único gen recesivo causaría la enfermedad, es el caso de la hemofilia o la distrofia muscular.

El tratamiento consiste en una gonadectomia (extirpación de gónadas testiculares) con terapia estrogénica de reemplazo y una mineralización ósea y, en su caso, una cirugía reconstructiva vaginal a través de dilatación o de manera quirúrgica. Asociado a las intervenciones físicas se

[9] Síndrome de insensibilidad completa a los andrógenos; diagnóstico y características clínicas. Dres. Andrea Solaris, Boris Groisma, Maria P. Bidondo, Consstanza Cinca y Liliana Alba. Comunicaciones breves. Archivos argentinos de pediatría.

recomienda la terapia psicológica, dada la condición genética masculina de la persona y sus características físicas femeninas, así como la creencia, generalmente durante su infancia y adolescencia de su condición plena de mujer.

El supuesto de hecho consistió en que la mujer gestante, dado que superaba los 37 años, se sometió a la prueba de la amniocentesis en la que se reflejó que el sexo del feto era masculino. Al realizarse la ecografía de la semana 20 en las anotaciones subsiguientes nada se expuso en relación con el sexo del feto, indicándose la normalidad de todos los parámetros. Una semana después los padres decidieron acudir a un centro privado de ecografía en el que se indicó la normalidad del feto, pero señalándose que los genitales externos del feto eran femeninos. Ante esta situación se recomendó a los padres que acudiesen de nuevo al servicio cántabro de salud para que comunicaran el resultado de la ecografía y adoptaran las medidas pertinentes. El SCS decidió repetir la amniocentesis y prueba ecográfica en la semana 25+2 días de gestación confirmando el sexo varón, si bien los genitales eran femeninos y el feto carecía de útero. Una vez informados de los resultados y del riesgo del embarazo, la madre solicitó la interrupción de este, interrupción que fue denegada dado el avanzado estado de gestación al encontrarse superada la semana 25 y no concurrir el supuesto previsto en el art. 15 c) de la LO 2/2010, al no tratarse de una anomalía fetal incompatible con la vida y tampoco corresponder con una enfermedad del feto extremadamente grave e incurable, tal y como dictaminó el comité clínico.

Los padres de la niña presentaron una reclamación en vía administrativa, como consecuencia del error padecido durante el control gestacional, por la no detección de la discrepancia existente entre el sexo genético del feto y el físico, lo que les hubiera permitido ejercitar del derecho de opción entre la interrupción voluntaria y de forma legal del embarazo mediante la práctica de un aborto dentro del plazo de las primeras 22 semanas de gestación, como hubiese sido su deseo. Se basaban en que, de conformidad con los protocolos de la SESEGO, en la ecografía de la semana 20 se debía haber determinado el sexo mediante la apariencia genital del feto, cuestión ésta que se omitió, lo que condujo a un diagnóstico erróneo y privó a los progenitores de la información precisa y necesaria.

Mediante resolución de 6 de agosto de 2013 del director Gerente del Servicio Cántabro de Salud se desestimó expresamente la reclamación en vía administrativa.

Frente a la citada resolución interpusieron recurso contencioso-administrativo solicitando una indemnización de daños y perjuicios por importe de 300.000 euros comprensiva de:

-el daño moral por la privación del derecho de elección a los padres entre continuar con la gestación o la interrupción del embarazo,

-el daño moral por el impacto psicológico de los padres por el padecimiento derivado de la contemplación diaria de su hija menor que sufre el síndrome de Morris, objetivado en el síndrome ansioso depresivo de los padres,

-daño patrimonial por el sobrecoste en atenciones y operaciones que tendrán que afrontar para el cuidado de su hija, consistentes en: extirpación de gónadas, tratamiento hormonal, adecuación genital al sexo femenino mediante una vaginoplastia[10] y adecuado tratamiento psicológico.

La administración sanitaria y la compañía de seguros que cubría la cobertura del riesgo derivado de la asistencia sanitaria, alegaron básicamente que el síndrome de Morris no encaja en el supuesto de hecho de grave anomalía en el feto que facultara la interrupción del embarazo en virtud de lo dispuesto en el apartado b) del art. 15 antes de las 22 semanas de gestación. Por ello, aunque tras la práctica de la ecografía de la semana 20 se hubiera detectado la contradicción entre el resultado de la amniocentesis y la ecografía, y se hubiera informado adecuadamente a los padres, estos no hubieran podido interrumpir la gestación mediante la práctica de un aborto, dado que el síndrome de Morris no genera discapacidad alguna. Igualmente, consideraban que los perjuicios irrogados relativos a los tratamientos médicos y psicológicos de la niña están cubiertos dentro de la cartera de servicios del sistema nacional de salud por lo que no procedería en ningún caso su indemnización, tratándose además de daños futuros no efectivos y, por tanto, no indemnizables.

La sentencia de 14 de noviembre de 2014 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. º1 de Santander, dictada en el Procedimiento Ordinario n.º 320/2013, estimó parcialmente el recurso interpuesto y condenó al SCS y a la entidad aseguradora, de modo solidario, al abono de una indemnización por importe de 55.000 euros.

La sentencia desestima que concurriera la prescripción del ejercicio de la acción, que se ejercitó en vía administrativa el día 8-05-2012, por el transcurso de más de un año. El dies a quo se debe computar no desde la fecha del diagnóstico que se produjo la semana 25+2 de gestación, concretamente el día 26-01-2011, sino desde la fecha del nacimiento de la niña el 9-02-2011.

[10] Vaginoplastia: "Intervención quirúrgica a nivel de las paredes vaginales cuya finalidad es la recuperación de la funcionalidad de la vagina, obteniendo asimismo una mejora estética", por Gynenova disponible en https://gynenova.com, consultado el 03.08.2023.

Considera que el nacimiento no constituye el daño en sí mismo considerado, pero es sólo con el nacimiento cuando se hace efectiva la posibilidad de ejercer la acción por *wrongful birth*.

La sentencia de instancia, tras la valoración de la prueba documental y pericial practicada, concluye que, efectivamente, en la ecografía de la semana 20 no se constató el sexo, cuando de conformidad con los protocolos vigentes debió determinarse, dado que se omitió un apartado del estudio anatómico sistemático, al silenciarse la referencia del apartado relativo al sexo que se debía cumplimentar, lo que supuso un incumplimiento de la *lex artis* por parte de la facultativa responsable de la ecografía. No es que ser produjera un error en la determinación sexual del feto es que hubo una omisión total de revisión de ese aspecto durante la realización de la ecografía. Concluye, a la vista de los informes, que la facultativa que efectuó el estudio ecográfico confió en los resultados previos de la amniocentesis y no comprobó el sexto del feto en la prueba ecográfica de la semana 20.

Una vez determinado el incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, analiza si ese error provocó una pérdida de oportunidad. La sentencia concluye la existencia de un falto negativo lo que genera el título de imputación al SCS, dado que, con la diligencia debida, se debiera haber diagnosticado la diferenciación existente entre el fenotipo y el cariotipo del feto, partiendo del resultado previo proporcionado por la amniocentesis. Concluyendo la existencia de una relación de causalidad entre el falso negativo y la privación del derecho de elección a los progenitores entre la continuidad de la gestación o la práctica de un aborto dentro de las 22 primeras semanas de gestación.

La sentencia analiza el dictamen del comité clínico de ética que concluye que el síndrome de Morris no es incompatible con la vida de la niña ni supone una enfermedad extremadamente grave e incurable que no compromete su supervivencia ni su calidad de vida futura física ni psíquica. De este modo, el comité concluye que no concurre el supuesto de hecho previsto en el apartado c) del art. 15 de la LO 2/2010, único de aplicación en la semana 25+2 de gestación. Pero el comité, como es lógico, no se pronunció sobre la concurrencia del supuesto de hecho previsto en apartado b) del citado precepto, dado que se había sobrepasado la semana 22 de gestación cuando se le consultó al respecto.

En este sentido, la sentencia determina que lo relevante es que se privó a los padres de la información precisa, lo que provocó que no se les informara y ofreciera la posibilidad de interrumpir el embarazo por la vía del apartado b) del artículo 15 y no por la del c) que fue la sugerida en su día. A la vista de lo indicado por los peritos considera que la posibilidad de

interrumpir el embarazo en aplicación del apartado b) pudiera existir, sólo uno de los tres dictámenes periciales, el aportado por la parte recurrente afirmaba categóricamente esa posibilidad, y la privación de la facultad de elección fue como consecuencia del error en la realización de la ecografía de la semana 20, por lo que concurre la necesaria relación de causalidad.

A la hora de valorar los daños aplica la teoría de la separación entre el hecho del nacimiento y los posibles perjuicios irrogados con aplicación de los llamados daños de rebote. El nacimiento no puede considerarse un daño en sí mismo, pero con independencia de ello, se han generado unos daños en la esfera moral y patrimonial de los progenitores como consecuencia del nacimiento de una hija que sufre de síndrome de Morris sin que hubieran podido evitarlo mediante la práctica de un aborto eugenésico. La sentencia condena a una indemnización de 55.000 euros únicamente por el daño moral consistente en la privación del derecho de elección, pues de haberse actuado correctamente, los padres pudieran haber solicitado y ejercido el derecho a interrumpir el embarazo por un supuesto legal distinto y en unas condiciones diferentes, con anterioridad a la semana veintidós de gestación. Para ello, no indemniza por la pérdida de oportunidad terapéutica por lo que considera irrelevante si el síndrome de Morris posibilita la interrupción del embarazo vía apartado b) del art. 15. Aplica la teoría de la pérdida de oportunidad, valorando la probabilidad de que el comité clínico hubiera estimado la petición de haberse solicitado la interrupción del embarazo por el citado supuesto, y a la vista de las opiniones de los peritos al respecto, una favorable sobre la base de experiencias anteriores, otra desfavorable sin apoyo de experiencia previa y otra que no es capaz de pronunciarse al respecto, fija un porcentaje del 60%, aplicable a la valoración que efectúa con base en el informe de valoración del daño que aportó la parte actora, basada en el baremo de accidentes de tráfico. Ante la ausencia de un supuesto concreto en el citado baremo aplicable a este caso, una vez analizadas las secuelas (infertilidad) y necesidades de intervención de futuro (extirpación de gónadas, vaginoplastia, intervención psicológica), aplica el más coincidente cual es la pérdida traumática de testículos que arroja 40 puntos que supone una valoración actualizada de 78.824,4 euros. Sobre esa valoración aplica el porcentaje del sesenta en virtud de la doctrina de la pérdida de oportunidad. Suma a la que hay que añadir el daño moral de rebote en los padres por importe de 7.292 euros lo que arroja una cuantía total redondeada de 55.000 euros.

La sentencia de instancia al aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad[11] considera la existencia de una incertidumbre causal dado que la prestación sanitaria incrementó significativamente la probabilidad de que la mujer gestante sufriera el daño que finalmente se materializó, pero sin que pueda saberse, de modo concluyente, si la lesión se hubiera producido igualmente de haber actuado la administración sanitaria con el cuidado exigible.

La doctrina de la pérdida de oportunidad[12] opera sobremanera en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, y conduce a que haya que indemnizar, no por la totalidad del perjuicio irrogado, sino de modo proporcional, ponderando el porcentaje de probabilidad de causar el daño que supuso la actuación sanitaria, en comparación a cómo hipotéticamente se hubieran desarrollado los acontecimientos de haber actuado de otro modo y manera. Según Pacheco Jiménez[13]:

> *"A diferencia de los supuestos de wrongful birth, donde se rechazaba el argumento de la "pérdida de la oportunidad" en relación con la madre porque faltaba el factor de aleatoriedad respecto del resultado, en las demandas de wrongful life, sí que es posible acudir a dicha doctrina, en la medida en que la decisión de abortar o no correspondería a la madre, siendo ésta tercero respecto del hijo y, en consecuencia, tal decisión devendría ajena a la esfera de control de la víctima. Así, el hijo podría alegar la pérdida de oportunidad si probase de forma concluyente que la madre habría abortado por el consejo médico".*

11 Medina Alcoz, Luis: *"La teoría de la pérdida de oportunidad".* Editorial Civitas 2007.

12 STS Sentencia 418/2018 de 15 Mar. 2018, Rec. 1016/2016 indica al respecto que: *"Más recientemente, la sentencia de 14 de octubre de 2014 se reitera en el criterio mantenido como doctrina consolidada por la Sala en el sentido de que: "La pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste (STS de 19 de octubre de 2011, recurso de casación num. 5893/2006)." Es decir, recuerda que hay dos aspectos esenciales a valorar cuando intentemos demostrar la posible existencia de un supuesto de actuación médica en la que no se han aplicado los medios, modos o formas ordinarios o protocolizados para evitar un mal que, finalmente, se produjo y que podía haberse evitado con carácter previo si se hubiera actuado de forma diferente a como se hizo, pero que no se aplicó en el momento oportuno:*

1º. Grado de Probabilidad de que una actuación diferente hubiera tenido como efecto la evitación del mal posterior.

2º. Grado o entidad del daño ocasionado.

Habiendo exigido en la sentencia de 25 de mayo de 2016 que " la doctrina de la pérdida de oportunidad exige que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética".

En definitiva, la pérdida de oportunidad exige tomar en consideración dos elementos: el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera podido producir un resultado beneficioso y el alcance o entidad del mismo".

13 Pacheco Jiménez, María Nieves," Responsabilidad médica derivada de negligencia en el diagnóstico prenatal: acciones wrongful birth y vrongful life. Repercusión de la proyectada Ley de protección de la vida del concebido", Publicado en *Anuario Parlamento y Constitución*, n.º 15, 2012-2013, p. 13.

Respecto de los perjuicios patrimoniales de rebote que los progenitores tendrán que afrontar estima que al tratarse de un síndrome que no genera discapacidad alguna y estar cubiertas todas las necesidades y tratamientos requeridos por la cartera de servicios del sistema nacional de salud no procede su indemnización.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 24 de abril de 2015, dictada en el recurso de apelación n.º 26/2015, desestimó el recurso de apelación interpuesto tanto por el Servicio Cántabro de Salud como por la compañía de seguros que, en esos momentos, garantizaba el riesgo derivado de las asistencia sanitaria dispensada por la administración sanitaria cántabra y la cobertura de las posibles indemnizaciones de daños y perjuicios por los daños sufridos por los particulares en el marco de la citada prestación de servicios. La sentencia del TSJ, consideró que no se trataba de revisar el dictamen del comité clínico de ética, dado que abordó el único supuesto legal que pudiera ser de aplicación pero que tampoco corresponde determinar si el síndrome de Morris encaja dentro de uno de los supuestos legales que permiten la interrupción del embarazo con anterioridad a la semana 22 de gestación. Lo único que debe resolver es si se ha privado a los padres de la posibilidad de decidir.

La sentencia de apelación constata que la relación de causalidad apreciada en la sentencia de instancia consiste en la privación a la madre de un derecho reconocido en la ley como es el de decidir, si lo considera conveniente para sus intereses, practicar un aborto eugenésico dentro del plazo legalmente establecido. Para ello, analiza las pruebas periciales médicas practicadas en la instancia e indica que el juez de instancia llega a la conclusión de que la no detección del síndrome del feto en la semana 20, tal y como correspondía, supone una mala praxis médica consistente en la mala interpretación ecográfica (según protocolo del SEGO), lo que provocó una falta de información que es la causa de que no se pudiera ejercitar el derecho de elección, y, de este modo se privase del derecho de decidir entre la continuidad de la gestación o la interrupción legal del embarazo, dentro del término de las 22 primeras semanas de gestación, sin necesidad de entrar a estudiar si era posible o no, en aquel momento, la interrupción voluntaria del embarazo, por la concurrencia del supuesto de hecho contemplado en el art 15 b) de la LO 2/2010.

La sentencia de apelación considera que resulta del todo improcedente que deba analizarse si en la semana veinte, o para ser más preciso, en el periodo que engloban las semanas 20 a 22, concurría el supuesto de hecho que posibilitara la interrupción voluntaria del embarazo. Considera que no es parte del contenido de la sentencia impugnada y no lo es de forma

deliberada y que así lo explica el juez de instancia. La sentencia de apelación muestra su conformidad con tal aseveración, debido a que lo que se reclama como perjuicio consiste en la pérdida de la oportunidad de ejercer un derecho de opción y, el hecho de que se analicen, años después, en esta sentencia las posibilidades de viabilidad o no de la petición que, en su caso, hubieran ejercitado los progenitores reclamantes resulta improcedente.

La opción ejercitada por los padres una vez transcurrida la semana 22 de gestación de solicitar la interrupción del embarazo, no supone a juicio de la sentencia la subsanación de la privación del derecho de opción con anterioridad a la semana 22 de la gestación.

Por todo ello, desestima los recursos de apelación interpuestos, confirma la sentencia condenatoria dictada en la instancia, con condena en costas a los apelantes, SCS y compañía de seguros.

A lo largo de este trabajo, una vez analizadas las cuestiones controvertidas sobre cada uno de los requisitos o presupuestos concurrentes en el instituto de la responsabilidad patrimonial y, efectuado un detallado análisis jurisprudencial de la solución dada a este tipo de reclamaciones, ofreceré la alternativa de resolución a este complejo asunto, aplicando al mismo, la tesis que propongo para la resolución de este tipo de pretensiones indemnizatorias.

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DE ERRORES DE DIAGNÓSTICO PRENATAL: LAS ACCIONES WRONGFUL BIRTH (NACIMIENTO INJUSTO) Y WRONGFUL LIFE (VIDA INJUSTA). CUESTIONES GENERALES PREVIAS

1. Naturaleza de las acciones wrongful birth, wrongful life y wrongful conception

1.1 Distinción entre los tipos de acciones

Resulta necesario realizar una aclaración conceptual previa para asegurar la claridad terminológica necesaria, dado el alcance y significado diferenciado de las distintas acciones existentes en el Derecho Comparado.

En primer lugar, nos encontramos con las acciones *wrongful birth*, también conocidas como acciones derivadas de un nacimiento injusto, nacimiento erróneo o falso negativo. Estas acciones son ejercitadas por los padres, ya sea conjuntamente o por uno de ellos, en respuesta al nacimiento de un hijo que padece determinadas discapacidades, anomalías, enfermedades, malformaciones o síndromes. Como señala Emaldi-Cirión[14] la demanda es formulada por los padres del hijo discapacitado:

> "*Se trata 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 la realización de pruebas diagnósticas y, por tanto, le reclaman una indemnización por el daño consistente en: a) el quebranto b) el quebranto económico derivado de haber tenido un hijo aquejado con una enfermedad o anomalía genética".*

[14] Emaldi-Cirión, Aitziber, "La responsabilidad de los profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento genético", *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2ª, época n. º11 ,2003, p. 45

Siguiendo a Pacheco Jiménez[15]:

> *"El pertinente análisis jurisprudencial refleja los supuestos en los que se han estimado demandas de wrongful birth: "falsos negativos" o errores en el diagnóstico consistentes en la emisión de un diagnóstico que no responde a la realidad y que muestra la ausencia de enfermedad allí donde ésta existe; falta de realización de las pruebas diagnósticas indicadas según la lex artis ad hoc; incorrecta realización de dichas pruebas; no llegar a su destino el resultado de una prueba; no informar de los riesgos del embarazo de alto riesgo; insuficiencia de la información; falta de toda información".*

Las acciones *wrongful birth* constituyen supuestos en los que los padres demandan a un médico o profesional sanitario por no haberles informado o diagnosticado una enfermedad o condición genética en un feto antes de su nacimiento. Los padres arguyen que de haber sido conscientes de la condición genética hubieran tomado medidas para prevenir el nacimiento del niño. Estas acciones pueden incluir daños económicos, emocionales y físicos.

En segundo lugar, las acciones *wrongful life*, que son ejercitadas por el propio hijo o por sus padres en su nombre. Estas acciones se presentan cuando un niño nace con ciertas discapacidades, anomalías, malformaciones o síndromes y las mismas no fueron detectadas en estado gestacional o quedaron descartadas en el previo estudio genético de portadores[16] realizado. En esencia, las acciones *wrongful life*, implican una demanda interpuesta por el niño, argumentando que su vida no es deseada y su discapacidad es resultado de una negligencia médica. El demandante sostiene que, si el médico hubiera identificado y tratado adecuadamente su condición, él o ella no habría nacido o habría nacido sin la discapacidad. Según Emaldi-Cirión[17] el niño demanda a los profesionales sanitarios en nombre de su derecho a no nacer disminuido y su derecho a nacer con una mente y un cuerpo sanos. Estas demandas suelen ser objeto de controversia, ya que algunos sostienen que implican considerar que la vida del demandante carece de valor o calidad

[15] Pacheco Jiménez, María Nieves, op. cit., pp. 287-308

[16] El estudio de portadores es una prueba genética preconcepcional que analiza 300 enfermedades monogénicas que siguen un patrón de herencia recesivo o ligado al X. El objetivo del estudio es conocer el riesgo de transmisión de una enfermedad grave a la descendencia, con el fin de aportar a las parejas la información necesaria para poder elegir la opción reproductiva que más se adapte a sus valores, intereses y necesidades y disminuir la posibilidad de tener un hijo afecto de alguna enfermedad grave y evitable en caso de donación de gametos. Obtenido de htpps//e-quironsalud.es/estudos-genéticos.

[17] Emaldi-Cirión, Aitziber, op. cit., p.47: "En este supuesto, 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 ello, solicita al médico que le indemnice en concepto de: a) los daños económicos que acarrea su vida enferma (educación especial, cuidados médicos, etc.); b) el hecho mismo de haber nacido, puesto que considera que hubiera sido mejor para él no haber nacido que vivir en las condiciones en las que lo hace. Es decir, existe un daño moral o perjuicio por el sufrimiento"

debido a su discapacidad. Siguiendo a Giesen[18] se trata de la acción ejercitada por el niño discapacitado a través de sus representantes legales por el hecho tener que vivir una vida llena de sufrimiento, ello a pesar de que la alternativa consiste en que el niño no debiera haber nacido, pero nació debido a un acto de negligencia por parte del médico asistente durante la gestación o que erró en la interpretación del resultado de las pruebas genéticas previas. De conformidad con Toral Lara,[19] el propio niño es el sujeto activo de la acción mediante cuyo ejercicio reclama los daños y perjuicios que experimenta por el hecho de estar viviendo en esas condiciones que considera penosas, las cuales no padecería si el facultativo responsable del seguimiento de la gestación se hubiera comportado de modo diferente y le hubiera permitido no nacer.

Ya adelanto que las acciones de *wrongful life* no son aceptadas de modo general por los ordenamientos jurídicos. En nuestro marco legal, debido a que la posibilidad de abortar se otorga a los progenitores para proteger sus propios intereses como padres (más bien a la madre), basado en su derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución Española). Este derecho incluye la planificación familiar, y no tiene en cuenta los intereses del futuro ser, ya que el derecho constitucional a la vida (artículo 15 de la CE) no contempla un conflicto entre el derecho a la vida del feto y un supuesto derecho a no nacer con graves malformaciones. Según la mayoría de los autores, permitir demandas por *wrongful life* daría lugar a situaciones absurdas, como admitir que un hijo nacido con malformaciones demandara a su madre por no interrumpir el embarazo a pesar de conocer la existencia de esas malformaciones y tener la opción de hacerlo. Pese a su exclusión formal, en la práctica, se puede observar un giro hacia esta categoría en ciertos pronunciamientos judiciales, tanto en el orden civil como contencioso-administrativo, a los que posteriormente me referiré al analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, donde se otorga indemnización al hijo como sujeto lesionado, considerando el hecho de haber nacido con graves anomalías como un daño en sí mismo.

En tercer lugar, encontramos las acciones *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*. Estas acciones se refieren a situaciones en las que los padres demandan alegando que el embarazo o la concepción ocurrieron como resultado de una negligencia médica, violación de contrato o incumplimiento de deberes profesionales. Por lo tanto, estos casos difieren de los anteriores, ya

18Giesen, I. Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems. Rhodes University. Obtenido de http://www.ivogiesen.com/media/1068/giesen_thrhr_2009.pdf

[19] Toral Lara, Estrella, "Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento español", en *Estudios sobre Responsabilidad Sanitaria*, director Eugenio Llamas Pombo, La Ley, Madrid 2014, p. 255.

que se centran en el hecho de que el embarazo en sí mismo fue indeseado o no planeado, en lugar de enfocarse en las condiciones o discapacidades del hijo. En estos casos, los padres no desean tener descendencia y se someten a intervenciones o implantación de métodos anticonceptivos que, por determinados motivos, acaban fracasando. La diferencia con las anteriores es sustancial ya que en aquellas los progenitores desean procrear y convertirse en padres de modo voluntario y querido.

Acciones *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*, ejercitadas por los progenitores o uno de ellos, para exigir responsabilidad como consecuencia del nacimiento de un ser perfectamente sano, después de que alguno de los padres se hubiere sometido a un proceso de esterilidad bien ligadura de trompas, vasectomía o cualquier implantación de un método anticonceptivo

Por último, podemos citar los supuestos de *wrongful abortion* o aborto equivocado. En ellos se produce una información o diagnóstico equivocado, informando a la madre gestante de unas anomalías del feto que, en puridad, no padece, lo que provoca la decisión materna de decidir interrumpir el embarazo, al amparo de las previsiones legales. En estos casos, resulta evidente que se vulnera el derecho a recibir la información adecuada sobre el estado del feto y el subsiguiente desarrollo del estado gestacional, se lesiona profundamente el derecho de autodeterminación de la mujer al influir notablemente sobre su decisión de no continuar con el embarazo, junto a la aparición del daño moral infligido a ambos progenitores al habérseles privado del derecho a tener y disfrutar de un hijo sano con todas las consecuencias inherentes a esa privación.

Es importante destacar que cada una de estas acciones plantea diferentes cuestiones jurídicas y éticas, y su reconocimiento y tratamiento pueden variar en función de la legislación y jurisprudencia de cada jurisdicción. La interpretación y aplicación de estas acciones requiere un análisis detallado de los elementos y requisitos legales correspondientes, así como una evaluación de los principios éticos y morales involucrados. Siguiendo a García Huayama:

> *"En la acción de wrongful birth la culpa del médico consiste en un error que ha conducido al nacimiento del hijo de los padres demandantes, y en la acción de wrongul life el* error *del médico que se invoca es el de que ha conducido a la vida del propio hijo enfermo que demanda".*[20]

[20] García Huayama, Juan Carlos, "Responsabilidad civil por nacimiento con discapacidad: las acciones *por wrongful birth* (nacimiento injusto) *y wrongful life* (vida injusta)", *Revista de Derecho y Cambio Social*, número 29, año 2012, p.5.

Tanto las acciones de *wrongful life* como *wrongful birth* tienen en común el hecho de que el niño que viene al mundo padece determinadas anomalías, es decir, no se trata de un niño sano. Mientras que en el supuesto de *wrongful conception* el niño nace sano sin ningún tipo de padecimiento o anomalía.

La presente memoria de tesis se centrará en el estudio de los dos primeros tipos de acciones, y si resulta factible su ejercicio en nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que alguna referencia se efectuará a las acciones *wrongful conception*. El fundamento de aquéllas, su naturaleza jurídica, sus requisitos y presupuestos de aplicación, su reconocimiento o no en el ordenamiento español y en la jurisprudencia de aplicación serán objeto de análisis. En definitiva, discernir con relación a la posibilidad de que los padres o el hijo que viene al mundo con determinados padecimientos puedan ejercitar una acción civil de responsabilidad por no haber sido (los padres) durante el estado gestacional de la madre, o, incluso con carácter previo, advertidos adecuadamente de la existencia de esos futuros padecimientos que va a sufrir su descendiente, centrará el objeto de estudio y análisis.

Con relación a estos dos tipos de acciones he de indicar que dos requisitos previos deben concurrir de modo inexorable y de modo cumulativo para su viabilidad, requisitos que no son precisos para el ejercicio de las llamadas acciones *wrongful conception*. El primero de ellos, tiene que ver con el avance de la ciencia. Obviamente se precisa que el estado de la ciencia médica faculte la detección de las anomalías que presenta el feto y que van a condicionar su estado de salud en el futuro una vez que adquiera la condición de ser humano, o bien, que con carácter previo a la concepción sea posible determinar mediante la realización de pruebas de carácter genético las posibles anomalías que padecerá la persona. En segundo lugar, se hace preciso que el ordenamiento jurídico vigente posibilite a modo de elección, la interrupción legal del embarazo. De este modo y debido, a las anomalías fetales o a las alteraciones que presente el feto en estado gestacional, debe ser posible jurídicamente que los padres, o más bien la madre, tenga la posibilidad jurídica de poner fin a su estado gestacional, al concurrir alguno de los supuestos legalmente establecidos que posibilitan la práctica de un aborto. La concurrencia de estos dos presupuestos resulta imprescindible y actúan a modo de requisitos previos y necesarios para poder ejercitar bien una acción por *wrongful birth* o por *wrongful life*. La ausencia de cualquiera de ellos imposibilita accionar para reclamar una indemnización de daños y perjuicios. De este modo, actúan "ex ante" a modo de presupuestos de procedibilidad y prosperabilidad de las citadas acciones. En cambio, en el ejercicio de acciones *wrongful pregnancy* no es preciso que concurra ninguno de los citados requisitos, ya que no tienen por objeto reclamar por no haber

sido el facultativo o el servicio de salud correspondiente (público o privado), capaces de detectar las anomalías del nasciturus en estado embrionario, lo que posibilitaría, en su caso, la práctica de un aborto eugenésico.

Igualmente se debe destacar que el ejercicio de estas acciones y la postura en relación con su existencia y viabilidad resultan impregnadas indefectiblemente de consideraciones de tipo moral, ético, filosófico y religioso. No se puede obviar que, sobre la cuestión de la interrupción legal del embarazo y sus consecuencias, existe un debate abierto con posturas, en algunos supuestos maximalistas, que redundan indirectamente sobre la justificación de este tipo de acciones. Ahora bien, con independencia de las consideraciones morales o religiosas, el ordenamiento jurídico en su conjunto debe ofrecer una respuesta, y la misma y sus posibles alternativas ajustadas a Derecho serán objeto de estudio.

Por último, debo indicar que este tipo de acciones de responsabilidad civil se diferencian notablemente de los supuestos tipo de responsabilidad en el ámbito sanitario. Y ello, sobre la base de que las anomalías y padecimientos que sufre la persona no son debidos a una actuación negligente del o los facultativos que prestaron asistencia sanitaria durante el embarazo. De este modo, la persona no sufre una deficiencia o un síndrome por una actuación negligente del personal sanitario que supervisó el estado gestacional del feto, sino que aquellas son ajenas de modo directo a la actuación médica. Este dato diferencia notablemente este tipo de acciones de otras en las que el perjudicado o sus representantes legales, reclaman en virtud de que la lesión que padece la persona es consecuencia directa de una acción u omisión del facultativo, fruto de una inadecuada asistencia sanitaria, actuación generadora del padecimiento, lesión o secuela que sufre el perjudicado directamente. Si durante un parto se produce un supuesto de hipoxia fetal hasta el punto de comprometer el bienestar del feto con signos evidentes de su existencia sin que el facultativo actúe de modo correcto y, tras el nacimiento la consecuencia es la parálisis cerebral del recién nacido, no cabe duda de que el daño producido es consecuencia del incumplimiento, por parte del galeno, de sus adecuados deberes asistenciales. Existe una relación de causalidad entre la acción/omisión de los facultativos durante el parto y el resultado dañino acontecido (parálisis cerebral). En cambio, en el supuesto de las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*, los trastornos o padecimientos que sufre el recién nacido no son consecuencia de una acción negligente de los facultativos que supervisaron el embarazo y el parto. A modo de ejemplo, el niño recién nacido que padece síndrome de Down no es como consecuencia de una acción/omisión de los médicos o del sistema sanitario que supervisaron el estado gestacional o el parto, y provocan la aparición del citado síndrome, sino por un trastorno genético que se

origina cuando la división celular anormal produce una copia adicional total o parcial del cromosoma 21, trastorno absolutamente independiente de la actuación de los facultativos responsables.

1.2 La influencia del avance de la ciencia

Cuando más avanza la medicina y más técnicas se ponen al servicio de la ciencia para detectar una determinada enfermedad, mayor es el incremento de demandas en materia de exigencia de responsabilidad con motivo de supuestas negligencias médicas. Se suele argüir que la ciudadanía cada día está más concienciada y que existe un sentimiento generalizado de la existencia de un cierto derecho a obtener un resultado satisfactorio ante cualquier tratamiento médico. Como conocemos eso no resulta conforme a la realidad ya que la obligación en la prestación del servicio sanitario suele reconocerse es una obligación de medios, tanto personales como materiales y no una estricta obligación de resultado, en orden a alcanzar un efecto curativo. Únicamente en la llamada medicina satisfactiva[21], entendida como aquella: "*que tiene por finalidad lograr en la estructura corporal la normalidad anatómica y funcional. Transformar el cuerpo humano para corregir deformidades o mejorar deficiencias"*, el paciente es titular a priori del derecho a obtener un resultado determinado con carácter previo al tratamiento.

Según el avance científico y tecnológico aumenta de modo progresivo, en medida proporcional irá aumentando paulatinamente el número de enfermedades, malformaciones, síndromes y deficiencias que se pueden detectar durante el estado gestacional, o incluso con carácter previo, lo que unido al reconocimiento del derecho, en determinadas condiciones, a interrumpir el embarazo, por parte de los progenitores, el campo de actuación de este tipo de acciones se expande de modo natural, incrementándose los supuestos de hecho en virtud de los cuales se puede accionar con base en aquellas.

De modo concluyente se puede afirmar que lo que hace escasamente veinte años resultaba técnicamente imposible, de conformidad con el estado de la ciencia, hoy resulta factible, dados los avances técnicos que permiten un adecuado diagnóstico genético y prenatal. Lo que supone que lo que antes no podía ser considerado como daño, al no poder detectarse una determinada anomalía en el feto, hoy en día, puede constituir una lesión, al verse ampliadas notablemente las posibilidades de detección en estado gestacional, con la correlativa obligación de informar a los padres del estado de salud del feto y futuro niño. La información genética, sobre la que tanto se

[21] Consideraciones legales sobre la medicina satisfactiva:https://www.newmedicaleconomics.es/derecho-sanitario, consultado el 27.03.2023

conoce gracias a los avances científicos, está directamente vinculada con la salud. Siguiendo a Lucas Murillo de la Cueva[22]*:*

> *"Seguramente, la relación del patrimonio genético de cada individuo con la transmisión o con la disposición a padecer enfermedades o defectos explican esa vinculación con la salud, asumida con anterioridad por documentos como el Convenio de Oviedo de 1997 que trata del genoma humano a propósito de la biomedicina".*

Cuanto más avanza la ciencia médica y más separación existe entre la naturaleza y la ciencia, mayor es el nivel de exigencia y, por tanto, de responsabilidad exigible al facultativo responsable del adecuado control y seguimiento del estado gestacional. En muchas ocasiones lo que acontece es que los avances de la ciencia no son inocuos, sino que su aplicación genera una serie de riesgos en algunos casos asumibles y en otros no. Como señala Esteve Pardo[23]:

> "*Lo que ocurre es que estas tecnologías no son inocuas: eliminan peligros naturales, pero generan sus propios riesgos. Aquí se sitúa una distinción sin duda convencional pero rica en consecuencias: que convencionalmente establecemos entre peligro y riesgo, que tiene una gran trascendencia en nuestro tema. El peligro tiene su origen en la naturaleza, en sus fuerzas o en sus limitaciones. El riesgo, en cambio, tiene su origen en una tecnología y afecta, principalmente, a la naturaleza -a bienes tales como el medio ambiente y, por supuesto, al ser humano".*

En el contexto específico del diagnóstico preconceptivo y prenatal, es innegable el progreso científico en constante evolución que disminuye la incertidumbre en el proceso natural de gestación. Este avance ha llevado, como contrapartida, a un notable aumento de los casos de responsabilidad civil dirigidos hacia los profesionales médicos y las instituciones donde ejercen sus funciones.

El desarrollo de técnicas y tecnologías sanitarias de vanguardia ha permitido un diagnóstico más preciso y temprano de posibles patologías o anomalías en el embrión o feto. Los métodos de diagnóstico prenatal, como las ecografías avanzadas, análisis genéticos y pruebas invasivas, brindan a los médicos y progenitores una información detallada sobre el estado de salud del futuro hijo incluso, en algunos casos, antes de su concepción. Esto implica que las decisiones

[22] Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, "La protección de la información genética*", Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º extraordinario 2014, p. 213.
[23] Esteve Pardo, José, "La Administración garante. Una aproximación", *Revista de Administración Pública*, núm. 197, Madrid, mayo-agosto (2015), pp. 11-39

sobre la interrupción del embarazo o la planificación familiar estén cada día más informadas y, a su vez, generan nuevas implicaciones legales y éticas.

Sin embargo, este avance científico no está exento de riesgos. El incremento en la disponibilidad de información genética y diagnósticos precisos ha supuesto una mayor carga de responsabilidad para los profesionales sanitarios, sobre quienes pesa la obligación de comunicar adecuadamente los resultados y las posibles opciones existentes a los padres. Cualquier error, omisión o falta de precisión en la comunicación puede tener consecuencias significativas desde el punto de vista de la responsabilidad, aunque esta afirmación será objeto de matización posterior.

El evidente crecimiento de las reclamaciones relacionadas con el diagnóstico preconceptivo y prenatal es una consecuencia directa de la mayor información y conciencia sobre los derechos de los pacientes. Los padres, conscientes de las posibilidades de diagnósticos en estado gestacional, se muestran propensos a buscar responsabilidades cuando consideran que no fueron advertidos a tiempo de la situación fetal existente.

Por otro lado, las instituciones de salud también se enfrentan a una mayor presión legal para garantizar la calidad y precisión de los servicios médicos que ofrecen. Esto incluye la formación adecuada del personal, la implementación de protocolos de diagnóstico actualizados, la promoción de prácticas médicas basadas en la evidencia y el aseguramiento de los riesgos derivados de su actividad.

Ahora bien, el análisis detallado de estos supuestos de responsabilidad debe efectuarse con base en el estado de conocimiento de la ciencia en el momento que se produjo el falso negativo y con recta aplicación de la llamada la cláusula *hindsight bias* o sesgo retrospectivo, con independencia de la evolución de la ciencia con posterioridad, como posteriormente indicaré.

En resumen, el progreso científico en el diagnóstico preconceptivo y prenatal ha revolucionado el campo de la medicina reproductiva y ha proporcionado a los padres el derecho a obtener más información sobre la salud de sus futuros hijos. Sin embargo, este desarrollo también supone un aumento en la responsabilidad civil e incluso penal en que los médicos y las instituciones de salud pueden incurrir, lo que les obliga a mantenerse permanentemente actualizados con relación a las últimas técnicas de diagnóstico y cumplir con los más altos estándares éticos y profesionales en este delicado ámbito sanitario.

La cláusula de progreso de la ciencia juega un papel primordial en este ámbito. Recordemos que el art. 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece

que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No resultando indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieren podido evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

Los conocimientos de la ciencia médica evolucionan día a día y máxime en un ámbito tan especialmente sensible como el de la genética y su vertiente directa cual es el control de la natalidad. Todo ello supone, como más adelante examinaré, que según avanza el tiempo mayor grado de predictibilidad existe de detectar determinadas anomalías o síndromes en estado gestacional, dados los estimables avances científicos que se producen. Para esa detección se aplican nuevas técnicas de diagnóstico sobre la mujer embarazada y sobre el feto, algunas de uso común y otras, en determinadas circunstancias teniendo en cuenta los riesgos que pueden generar.

De este modo, el nivel de exigencia es mayor dados los avances científicos y tecnológicos en la materia. Como señala de modo reiterado la jurisprudencia[24], la obligación de adecuado

[24] STS, Sala 3ª, de 01-12-2021, rec. 6479/2020: "Más en concreto, en reclamaciones derivadas de prestaciones sanitarias, la jurisprudencia viene declarando que "no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente" - sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril , 3 y 13 de julio y 30 de octubre de 2007 , 9 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 2010 -, por lo que "la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios ,que se aportan de la forma más ilimitada posible" -entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 16 de mayo de 2005 -. "En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 declaraba: "(...) debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/08 , con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año). "Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por

cumplimiento de la prestación sanitaria se configura como una obligación de medios no de resultado. Implica poner todos los medios materiales y personales a su alcance, de conformidad con el estado de la ciencia médica, para, en este caso, detectar en estado gestacional cualquier anomalía concurrente en el feto, o, incluso antes de la gestación, mediante la realización de las correspondientes pruebas genéticas, detectar cualquier alteración genética que se pueda presentar. El incumplimiento de la puesta a disposición de esos medios puede suponer el surgimiento de supuestos de responsabilidad civil.

Cuando me refiero a que se trata de una obligación de medios, implica que los facultativos responsables del adecuado seguimiento y control del embarazo deben utilizar todos los conocimientos, habilidades y recursos a su disposición para proporcionar el mejor cuidado posible a la mujer gestante y al feto. El seguimiento se centra en el proceso y los esfuerzos realizados por el profesional médico para diagnosticar, tratar, cuidar e informar a la gestante de manera adecuada y diligente, advirtiéndole de cualquier anomalía que detecte y del resultado previsible de su evolución. Todo ello, lógicamente en el contexto formal y material concreto en que se desarrolle la prestación. Sin embargo, al tratarse de una obligación de medios, no se garantiza un resultado específico y determinado que deba resultar, en todo caso, satisfactorio. Aunque se espera que el profesional de la salud actúe de manera competente y ejerza su juicio clínico para mejorar la salud del paciente, no se le puede exigir que logre resultados exitosos o garantizados. En ocasiones, la no detección de una concreta anomalía puede estar justificada siempre que se hayan empleado todos los medios materiales y personales precisos, de conformidad con el estado de la ciencia médica y las disponibilidades materiales reales.

La citada distinción deviene fundamental porque reconoce que la medicina no es una ciencia exacta y que existen múltiples variables y factores que pueden influir en los resultados de un tratamiento o intervención médica. A pesar de los mejores esfuerzos del profesional de la salud, pueden existir limitaciones o circunstancias imprevistas que afecten el resultado final, en este supuesto, que conlleve la no detección de determinada alteración o patología.

A modo de resumen puedo indicar que, la obligación de prestación sanitaria como una obligación de medios implica que los facultativos intervinientes están comprometidos a prestar atención de calidad, aplicando sus conocimientos y habilidades, utilizando para ellos todos los medios y técnicas a su alcance, pero sin garantizar resultados específicos. Se debe valorar el

lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la lex artis (...)".

proceso llevado a cabo y los esfuerzos realizados para el cuidado y atención en la evolución de la gestación, estudiando todas las variables concurrentes, reconociendo, eso sí, las limitaciones inherentes a la práctica médica que no son infalibles pero que cada día presentan aspectos de mejora sustanciales.

1.3 La aparición de la medicina defensiva

Los citados avances científicos y el correlativo aumento del nivel de exigencia y responsabilidad que suponen provocan, en no pocas ocasiones, una actitud defensiva por parte de los facultativos responsables del seguimiento y control del estado gestacional. Se trata de una reacción lógica y humana. Lo importante es encontrar un adecuado equilibrio entre las exigencias de responsabilidad y el actuar médico. La creencia de una desmesura en el sistema de responsabilidad derivada de la actuación sanitaria en este ámbito puede provocar el efecto indeseado de colapso del sistema e ineficacia de éste como consecuencia de una actitud eminentemente defensiva de los facultativos. La realización de pruebas diagnósticas innecesarias fruto del temor a ser demandado puede incluso llegar al colapso del sistema sanitario con un aumento notable de las listas de espera.

La medicina defensiva es una práctica médica basada en la adopción de medidas y decisiones clínicas con el objetivo de autoproteger al facultativo responsable del adecuado seguimiento de la gestación de probables pretensiones de exigencia de responsabilidad civil o incluso penal. Esta práctica médica se caracteriza por ser cautelosa y orientada a evitar riesgos legales, más que centrarse exclusivamente en los mejores intereses y necesidades del paciente y del sistema sanitario en su conjunto.

La medicina defensiva surge como resultado de un entorno médico cada vez más exigente y de la creciente preocupación de los médicos a verse inmersos en litigios en los que se les exija responsabilidad por sus acciones u omisiones. Los médicos pueden llegar a sentir la tentación de practicar una medicina excesivamente cautelosa para minimizar los riesgos inherentes a su actividad, llegando a adoptar decisiones innecesarias con el fin de salvaguardar su responsabilidad profesional.

A lo largo del tiempo, la responsabilidad médica ha experimentado una transformación significativa, pasando de una casi total impunidad en sus acciones iniciales a una etapa actual de juridificación del acto médico, donde los facultativos son considerados responsables si no

actúan de acuerdo con el estándar de diligencia conocido como *lex artis ad hoc*. Este concepto jurídico se basa en la idea de que el médico no es responsable de cualquier resultado negativo, sino únicamente de errores que puedan calificarse como negligentes (inexcusables) y que sean la causa directa de un daño injusto que el paciente no tiene la obligación de soportar.

La intervención del Derecho en la actividad médica tiene como objetivo reducir las asimetrías inherentes a la relación médico-paciente, destacando especialmente el principio de autonomía del paciente. Sin embargo, el cambio del modelo tradicional por las técnicas jurídicas que regulan los servicios médicos ha generado cierto temor entre los profesionales de ser objeto de demandas por responsabilidad. En respuesta a esta inquietud, se han desarrollado diversos mecanismos de autoprotección clínica que, en algunos casos, han trascendido la proporcionalidad adecuada, lo que ha dado lugar a lo que se conoce como "medicina defensiva".

La medicina defensiva, que implica prácticas excesivamente cautelares por parte de los médicos para evitar demandas legales, puede ser perjudicial para el sistema sanitario en su conjunto. Promover una cultura de seguridad y aprendizaje en el ámbito médico, donde los errores se aborden como oportunidades para mejorar la calidad asistencial en lugar de generar temor a posibles consecuencias legales, resulta esencial como destaca Hernández Herrero[25]. La transparencia en la comunicación entre médico y paciente, así como la notificación y análisis de incidentes y eventos adversos, son pilares fundamentales para avanzar hacia una práctica médica más segura y centrada en la satisfacción y bienestar del paciente.

Esta actitud defensiva se manifiesta de muy diferentes formas y maneras, como la solicitud excesiva de pruebas diagnósticas, la prescripción de medicamentos o tratamientos innecesarios, la realización de procedimientos adicionales como precaución adicional, el uso de documentación médica exhaustiva para protegerse, la indebida reiteración y repetición de pruebas, la derivación a otros servicios, entre otras.

La medicina defensiva supone varias consecuencias negativas. Por un lado, genera un aumento en los costos de la atención médica, ya que se solicitan pruebas y procedimientos adicionales que no son necesarios desde un punto de vista médico, lo que influye en los recursos económicos destinados a la salud. Se deben detraer recursos económicos necesarios para complementar la atención dispensada de modo innecesario. Junto a ello, puede propiciar una medicalización excesiva de las madres gestantes, exponiéndolas junto al feto a riesgos y efectos

[25] Hernández Herrero, Mónica, *"Medicina defensiva y judicialización. Radiografía del litigio en la sanidad pública",* editorial Dykinson, 1ª edición, 2023.

secundarios innecesarios y en algunos casos altamente peligrosos bajo la generación de riesgos perfectamente evitables.

Igualmente, la medicina defensiva, en este ámbito, puede alterar la relación médico-paciente, ya que el enfoque desde el punto de vista de exoneración ante cualquier supuesto de exigencia de hipotética responsabilidad puede suponer la disminución de la comunicación y confianza entre ambas partes. Los facultativos pueden sentirse en la obligación de adoptar decisiones más basadas en un temor a una demanda de exigencia de responsabilidad que en la auténtica necesidad derivada del estado gestacional y las circunstancias concurrentes en la madre gestante y el feto.

El aumento de exigencia de responsabilidad puede suponer el acrecentamiento de la medicina defensiva e incluso en posturas extremas por parte de los facultativos como aconteció en la reacción dada al caso Perruche en Francia como posteriormente analizaré.

1.4 Presupuestos concurrentes para la viabilidad de las acciones

En todo caso, para la viabilidad de ambos tipos de acciones, *wrongful birth* y *wrongful life*, se requiere la concurrencia de una serie de requisitos o presupuestos de modo cumulativo:

1º.- La madre gestante debe someterse al control del embarazo por parte de un adecuado servicio ginecológico sea de naturaleza pública o privada, o bien, los progenitores someterse a determinadas pruebas genéticas antes o durante el embarazo, con la finalidad de descartar la transmisión de determinadas enfermedades de carácter hereditario a sus hijos.

2º.- El padecimiento, anomalía, malformación o síndrome que padece el feto, puede y debe ser detectable en estado gestacional de conformidad con el estado de la ciencia médica en ese momento.

3º.- El padecimiento, anomalía, malformación o síndrome que padece el feto, justifica la posibilidad legal de interrumpir voluntariamente el embarazo. Se trata del denominado aborto eugenésico, consistente en la interrupción voluntaria del embarazo cuando se puede predecir con probabilidad o certeza que el feto nacerá con un defecto o enfermedad. Debe concurrir la facultad de elección entre proseguir con el embarazo o interrumpirlo.

4º.- El facultativo responsable de la prestación del servicio informa inadecuadamente u omite cualquier tipo de información a los progenitores sobre el estado del feto y las anomalías que padece el mismo. Este hecho puede deberse a diversos factores alternativos:

A.- El facultativo si aconseja a la madre la realización de determinadas pruebas diagnósticas a la cuales se somete de modo voluntario. Ahora bien, el facultativo realiza una interpretación errónea o incorrecta de los resultados obtenidos, motivo por el cual no detecta la anomalía inherente al feto, considerando que se encuentra en perfecto estado. Este error de interpretación motiva que el ginecólogo no transmita, por indebido desconocimiento, a los padres la facultad de interrumpir el embarazo.

B.- El facultativo si aconseja a la madre la realización de determinadas pruebas diagnósticas a la cuales se somete de modo voluntario. Ahora bien, el facultativo realiza una interpretación correcta de los resultados obtenidos, detectando la anomalía inherente al feto, resultando conocedor de la misma. Sin embargo, no comunica de modo adecuado a los progenitores de la anomalía detectada, o la comunicación se produce una vez transcurrido el plazo legalmente establecido para que fuera procedente, por ese motivo, la interrupción voluntaria del embarazo.

C.- El facultativo no aconseja a la madre la realización de determinadas pruebas diagnósticas prenatales precisas y necesarias para la detección de determinadas disfunciones. De este modo, el diagnóstico llevado a cabo resulta incorrecto o erróneo por omisión de realización de las pruebas que el estado de la ciencia médica aconseja. La actitud omisiva del médico, a la hora de aconsejar determinadas técnicas es la causante del diagnóstico erróneo que no ha detectado las anomalías que padece el nasciturus. Y ese actuar ha provocado igualmente la privación de la faculta de elección por una interrupción del embarazo.

5º.- El padecimiento, anomalía, malformación o síndrome que padece el feto, no puede ser objeto de curación o reversión mediante la utilización de determinadas técnicas sanitarias.

6º.- Los progenitores, principalmente la madre, de haber conocido la anomalía que padecerá en el futuro su hijo, hubiera optado por interrumpir voluntariamente el embarazo. Esta hipotética decisión no estará exenta, en muchos supuestos, de un halo de incertidumbre, dado que a veces, no existirá una prueba directa de cual hubiese sido la conducta de la madre de haber tenido con exactitud la información adecuada sobre el estado del feto.

7º.- Finalmente se produce el nacimiento sufriendo la persona nacida determinada discapacidad o el padecimiento de determinadas patologías de carácter grave y severo.

Según Macía Morillo:

> *"la posibilidad que se plantee una demanda de wrongful birth o de wrongful life depende de la existencia de dos presupuestos. En primer lugar, sólo puede plantearse este tipo particular de reclamaciones de responsabilidad si, en el ordenamiento que resulte aplicable, está contemplada la facultad de interrupción voluntaria del embarazo como una opción lícita de la que dispone la gestante o ambos progenitores; en segundo lugar, es necesario que, en el caso concreto, el mal o defecto que padece el niño, posteriormente nacido, pudiera ser detectado o diagnosticado de acuerdo con el estado de la ciencia médica, antes de la concepción o antes del plazo legalmente fijado para el ejercicio de la interrupción voluntaria del embarazo"*[26]

2. La situación del tema en otros Ordenamientos: el ejemplo de Francia y Estados Unidos

Francia

La doctrina[27] apunta que, así como la responsabilidad por *wrongful birth* suele ser admitida, la responsabilidad por *wrongful life* no es aceptada en la mayoría de los sistemas jurídicos europeos, salvo en Holanda.

[26] Macía Morillo, Andrea, "Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life", *Revista chilena de Derecho Privado*, n.° 12, pp. 167-206, julio del 2009, formato pdf., disponible en: ISSN 1718-8072

[27] Martín Casals, Miquel y Solé Feliú, Josep, en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil,2007, pp. 538-540.

Galán Cortés, Julio Cesar, "Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2007: Responsabilidad médica. Acciones de wrongful birth y wrongful life. Omisión de información sobre la conveniencia de someterse a la prueba del triple screening a gestante que no presentaba factores de riesgo relevantes. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Daño y nexo causal", 2016: 571, en nota 94.

Ruda (2010: 206) apunta que solo tres estados de los Estados Unidos la reconocen (California, New Jersey y Washington) y que no se admite en países como Canadá, Australia y Sudáfrica (2010: 205-206 y 210).

S. Human y L. Mills (2010), «Th e Immeasurable Wrongfulness of Being: Th e Denial of the Claim for Wrongful Life», Stellenbosch Law Review, 21, 1, pp. 67-89W, con relación a Sudáfrica.

F. Hensel (2005), «The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions», Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 40, pp. 141-195, indica que los tribunales abrumadoramente rechazan las acciones por wrongful life [en Estados Unidos] (p. 143), salvo en California, Nueva Jersey y Washington (pp. 161-162), y que en cambio aceptan las acciones por wrongful birth, que no obstante están excluidas por el legislador en Idaho, Indiana, Michigan, Missouri, Pensilvania y Utah (p. 162, nota 123).

En Francia, se produjo un hito significativo en el ámbito del *wrongful life*, cuando la Corte de Casación otorgó una indemnización a la familia Perruche en un caso emblemático (arrêt de 17 de noviembre de 2000, Affaire Nicolas Perruche). Los padres presentaron una demanda en nombre de su hijo, quien había nacido con graves y permanentes afecciones neurológicas, sensoriales y cardíacas debido a la rubeola contraída por la madre durante el embarazo. La madre había experimentado síntomas de la enfermedad y había expresado su deseo de abortar en caso de confirmarse dicha enfermedad, pero un análisis serológico incorrecto llevó a descartar la presencia de la enfermedad. En su decisión, la Corte de Casación reconoció que, en este caso, había una falta de información proporcionada a los padres y un error en el diagnóstico durante la gestación, lo que provocó la privación a la madre gestante de la posibilidad de optar entre la interrupción de embarazo o la continuidad con la gestación. La corte consideró que la citada privación constituía un daño y que, por lo tanto, el mismo debía ser objeto de indemnización. El caso Perruche se articuló mediante el ejercicio simultáneo de dos demandas: una, de los padres en su propio nombre y derecho, por no haber sido informados correctamente y haberlos privado del derecho a optar entre la interrupción legal del embarazo o la continuidad con la gestación, y una segunda del niño dañado por la rubéola, representado por sus padres, para obtener una compensación por haber nacido en esas condiciones. Con esta decisión, la Corte de Casación francesa reconoció implícitamente una indemnización por vulnerar el derecho opción de los progenitores y otra indemnización por no haberse respetado el supuesto derecho del niño a no nacer bajo determinadas circunstancias.

El fallo de la Corte de Casación en el caso Perruche estableció el principio de que el niño nacido con una discapacidad debido a una negligencia médica o a la falta de información tenía derecho a reclamar una indemnización por el daño sufrido. Esta decisión fue significativa porque reconoció la existencia de la acción por *wrongful life* en el sistema jurídico francés y abrió la puerta a futuras demandas similares. La sentencia expresa que: *"Puesto que los fallos cometidos por el médico y el laboratorio en el cumplimiento de su contrato con [Josette Perruche] impidieron a esta ejercer la opción de interrumpir el embarazo a fin de evitar el nacimiento de un niño minusválido, este puede demandar la reparación del perjuicio resultante de su minusvalía y causado por las faltas contraídas".*

El fallo propició una notable controversia y fue objeto de debates en la comunidad jurídica y en la sociedad francesa. Hubo críticas hacia la posibilidad de reclamar una compensación por el simple hecho de haber nacido con una discapacidad, argumentando que esto planteaba

cuestiones éticas y legales complejas. Para el prestigioso periódico Le Monde[28]: *"el fallo «plantea graves cuestiones filosóficas». La central es: «¿Se puede considerar que la misma vida pueda constituir un perjuicio que dé derecho a reparación? Toda una tradición religiosa, y no solo cristiana, se alza contra esta interpretación"*. En el mismo periódico[29] el ginecólogo Roger Henrion, miembro de la Academia Nacional de Medicina declara que: *"la sentencia abre la puerta a toda una serie de procesos contra el Estado o la clase médica. A partir de ahora, un ginecólogo estará tentado de pensar: no estoy seguro de mi tratamiento [al feto]; por tanto, más vale practicar el aborto"*.

Según el periódico el mundo.es[30] cien familias con hijos discapacitados demandaron al Estado francés por los daños y perjuicios causados por la sentencia del Tribunal Supremo en el "caso Perruche", al entender que esta instancia judicial consideraba que es mejor que ciertas vidas no sean vividas.

Tras la decisión del caso Perruche Sou Médical, la compañía de seguros que cubría a la mayoría de los médicos liberales franceses anunció que no le quedaba más remedio que multiplicar por ocho o por diez las primas de los radiólogos que practican ecografías fetales. Este anunció incrementó notablemente las presiones económicas y morales que sufrían los médicos especialistas en diagnóstico prenatal[31]. De hecho, los citados profesionales convocaron una huelga a partir del 1 de enero de 2001 ante: *«la imposibilidad de proseguir el trabajo, que por otra parte muy rápidamente se tornaría inasegurable»*. En el manifiesto de convocatoria de la huelga se advertía que sentencias *«llevarán a los médicos a preocuparse cada vez más por su propia protección, y no tanto por la de sus pacientes»*. Se mostraba muy crítico ya que las discapacidades de los niños de origen congénito no obedecen a los errores de diagnóstico. *«La única falta de estos médicos es no haber visto que existían esas enfermedades, lo que habría permitido a los padres interrumpir el embarazo. Su única falta es no haber podido predecir con el 100% de certeza, cosa que no existe en medicina. El perjuicio de los niños es no haber sufrido un aborto»*.

De este modo, según Pacheco Jiménez[32], la decisión del Tribunal de Casación francés provocó dos situaciones:

> *"1) Comenzó una línea jurisprudencial de admisión de las reclamaciones de responsabilidad wrongful life.2) Abrió de inmediato una cascada abrumadora de cuestiones médicas, éticas, sociales y filosóficas: los técnicos de diagnóstico prenatal y los ginecólogos comenzaron una huelga en protesta*

[28] Editorial periódico Le Monde, edición del día 20 de noviembre de 2000
[29] Periódico Le Monde, edición del día 20 de noviembre de 2000
[30] El mundo.es, viernes 15 de junio de 2001
[31] Aceprensa, artículo publicado el 19 de diciembre de 2001
[32] Pacheco Jiménez, María Nieves, op. cit., pp. 287-308.

por este tipo de fallos; las asociaciones de familiares de discapacitados protestaban por el efecto que podían tener tales fallos sobre la concepción social de los discapacitados".

Tras el arrêt de 17 de noviembre de 2000, Affaire Nicolas Perruche, se dictaron tres fallos contrarios de la Corte de Casación en casos similares (todos del 13 de julio de 2001). En estos tres supuestos las demandas se presentaron en nombre de tres niños que nacieron con deficiencias: uno, con espina bífida; otro, con un solo brazo, y el tercero, con un brazo atrofiado. En estas sentencias el tribunal de casación francés mantuvo el criterio del caso Perruche, pero con una importante matización, la discapacidad tiene que estar en relación directa de causalidad con los errores cometidos por el personal facultativo. El error de diagnóstico ha de ser lo que indujo a la madre a no recurrir al aborto legal. Así aconteció, según el tribunal de casación, en el supuesto del caso Perruche, pero no en los tres fallados el 13 de julio de 2001, pues las pruebas se realizaron fuera del plazo legal para interrumpir el embarazo (10 semanas). Después de ese momento, solo cabe el aborto terapéutico, que requiere el dictamen de dos médicos sobre el peligro para la madre o la probabilidad de que el niño nazca con deficiencias. Como no se probó que las madres hubieran podido abortar legalmente si los diagnósticos hubieran sido acertados, las sentencias dictaminaron que en ninguno de los tres casos existía causalidad directa.

Sin embargo, posteriormente, la jurisprudencia "Perruche" fue retomada y se indemnizó al hijo en dos nuevas sentencias emitidas el 28 de noviembre de 2001, estas sentencias revirtieron la postura anterior y reconocieron el derecho de los hijos nacidos con discapacidades a recibir indemnizaciones por el daño sufrido como consecuencia de la negligencia médica o la falta de información propiciada a su madre durante el embarazo. Una de ellas abordó el caso de un niño con síndrome de Down, en que la sentencia precisa que la indemnización ha de ser «integral», o sea, suficiente para cubrir todas las necesidades del niño discapacitado a lo largo de su vida.

El Comité Nacional Consultivo de Ética (CNCE) de Francia consideró "inaceptable", el "derecho a no nacer" reconocido por el Tribunal Supremo en el llamado "caso Perruche. Textualmente indicó que: *"El reconocimiento de un derecho del niño a no nacer en ciertas condiciones parece altamente discutible desde el punto de vista del Derecho, inútil para asegurar el derecho material de las personas con deficiencias congénitas y temible desde el plano ético". Ese "derecho a no nacer" podría suponer "una presión" de tipo "eugenésico" para padres y profesionales de diagnóstico prenatal y obstetricia".* El Comité Nacional Consultivo de Ética francés consideró que, en los casos de nacimientos de niños discapacitados, ya sea porque dicha anomalía haya sido imprevisible, bien porque el nacimiento sea

consecuencia de la decisión consciente de los padres correctamente informados o bien por errores médicos que han privado a los padres de la información adecuadas y precisa, en todos estos casos, la solidaridad de la sociedad se debe manifestar de manera idéntica. Tras el dictamen del CNCE, Álvarez-Cienfuegos Suárez[33] concluye que:

> *"Estas reflexiones deberían ser tenidas en cuenta en España, ante una próxima reforma de la Ley General de Sanidad, de 14 de abril de 1986. Siguiendo el ejemplo francés, cuyo Gobierno ha presentado ante la Asamblea Nacional, el 5 de septiembre de 2001, un proyecto de Ley para mejorar los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud, deben potenciarse los mecanismos de asistencia social, ayudas económicas y Recursos humanos, en favor de los ciudadanos que bien desde su nacimiento o con posterioridad, sufren limitaciones funcionales de tipo físico o psíquico que hacen más difícil su integración y convivencia en la sociedad. Dicha exigencia, fruto de una conciencia ética más solidaria con los discapacitados debe ser el reflejo de una sociedad más justa y comprometida con la calidad de vida de los ciudadanos que sufren algún tipo de limitación para disfrutar, en plenitud, de sus derechos".*

La cuestión del *wrongful life* en Francia se vio alterada por la Ley 2002-303 del 4 de marzo de 2002, también conocida como "Ley Kouchner" (ministro de Sanidad en Francia), que introdujo importantes cambios en el sistema de salud y en los derechos de los pacientes y que tenía como finalidad fortalecer la protección de los derechos de los pacientes y mejorar la calidad de la atención médica. La Ley 2002-303 eliminó la responsabilidad por *wrongful life*. En este sentido, según Tocornal Cooper[34], la Ley pretendía alcanzar tres objetivos: (1) un niño no puede pedir una indemnización si un error médico lo ha privado del derecho a ser abortado; (2) los padres sí mantenían el derecho a hacerlo, reconociéndoles una vida más cara y gravosa por estos nacimientos y (3) la seguridad social francesa no puede solicitar el reembolso de las cantidades desembolsadas para hacerse cargo de la minusvalía del niño.

La ley 2002-303, estableció las siguientes prescripciones:

«Nadie, aunque haya nacido minusválido, puede beneficiarse de un perjuicio por el único hecho de su nacimiento. La persona nacida con una minusvalía debida a un error médico puede obtener la reparación de su perjuicio cuando el error hubiera provocado la minusvalía, la hubiese agravado o no hubiera permitido tomar medidas para atenuarlo.

«Cuando la responsabilidad de un profesional o de un centro sanitario queda comprometida frente a los padres de un niño nacido con una minusvalía de una cierta gravedad, no descubierta durante el embarazo, que sea consecuencia de un error médico grave, los padres

[33] Álvarez-Cienfuegos Suárez, José María: ¿Existe un derecho a no nacer con limitaciones? Comentario el informe del Comité Consultivo Nacional de Ética de Francia, con motivo del caso ¨Perruche*". Actualidad Administrativa* nº 1 Sección Doctrina, Semana del 31 dic. 2001 al 6 Ene. 2002, La Ley pp. 1 a 7

[34] Tocornal Cooper, María Josefina: "La responsabilidad sanitaria institucional: una propuesta de armonización entre los establecimientos de salud públicos y privados", *Repositorio de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, consultado en https://respositorio.uc.cl

pueden pedir una indemnización. Esta corresponde a los costes particulares resultantes de su minusvalía a lo largo de toda su vida, una vez deducido el importe del subsidio o prestaciones de cualquier naturaleza que perciba la persona beneficiaria a título de la solidaridad nacional o de la Seguridad Social.

«En este preciso caso, los organismos sociales no pueden ejercer ningún recurso contra el autor del error para obtener la devolución de los subsidios o prestaciones ingresadas".

Asimismo, la ley francesa 2002-303 incrementó notablemente, a nivel legal, los derechos de los pacientes a recibir de modo adecuado y preciso toda la información relativa a las posibilidades de tratamiento y alternativas existentes, lo que se refuerza notablemente en periodo gestacional. A estos efectos, Namén Baquero[35] considera que:

> *"El objeto de la reforma de la ley Kouchner del 4 de marzo de 2002 encuentra su causa en la mejora de la calidad del sistema de salud. Esta ley aporta cambios importantes al derecho de la información del enfermo o paciente, como también reafirma el carácter esencial del derecho a la información y lo eleva a la categoría de derecho fundamental y a deber del profesional de la salud que debe estar presente en toda relación médico-paciente. Respecto de la prueba de la referida información, la ley retoma el derecho anterior: es al médico a quien le compete probar que le suministró al paciente una información clara, leal, aproximativa e inteligible sobre su estado de salud, diagnóstico, intervenciones, riesgos previsibles, riesgos residuales, etc. En el caso en que el profesional de la salud falte al deber de información, es claro que vulnera la libertad de elección del paciente y puede ver comprometida su responsabilidad. El perjuicio derivado de la ausencia de información, considerado por la jurisprudencia y doctrina francesa como un nuevo rubro de daño, se concreta en la pérdida de la oportunidad de escapar al riesgo que no le fue informado".*

La aplicación retroactiva de esta ley propició una condena al estado francés por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exclusivamente debido a la retroactividad de la aplicación de la Ley, por violación del derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1), en el caso Draon contra Francia, Sentencia de 6 de octubre de 2005, caso 1513/03. El citado caso, constituye un hito importante en el ámbito de los derechos humanos y la responsabilidad del Estado en relación con el *wrongful life*. Este supuesto se originó como consecuencia de la aplicación retroactiva de la ley francesa 2002-2003 que eliminó la responsabilidad por *wrongful life,* lo que generó una violación del derecho de propiedad, de conformidad con el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[35] Namén Baquero, Jeannette Patricia: "La obligación de información del médico en el derecho francés*", Revista de Derecho Privado*, n.º 15,2008, Universidad Externado de Colombia, pp. 191 a 198, consultado en http://www.redalyc.org/articulo.oa.

El caso Draon va referido a dos hermanas, Anne y Catherine Draon, que nacieron con una discapacidad grave debido a la exposición prenatal a la talidomida, un medicamento utilizado en la década de 1960 y, que tanta repercusión negativa tuvo también en España. La talidomida es un medicamento utilizado para aliviar las náuseas y los mareos durante el embarazo, pero que posteriormente se descubrió que causaba malformaciones congénitas en los bebés en desarrollo. En España, al igual que en Francia, la talidomida fue comercializada y ampliamente prescrita a mujeres embarazadas entre los años 1957 y 1961. Durante ese tiempo, muchas gestantes ingirieron talidomida confiando en su supuesta seguridad, sin ser conscientes de los graves riesgos que representaba para el feto en desarrollo. Se estima que en España nacieron alrededor de 2.000 bebés afectados por la talidomida que presentaron malformaciones severas, especialmente en sus extremidades, lo que les generaba discapacidades físicas permanentes y desafíos significativos en su calidad de vida. En Francia se calcula que aproximadamente 10.000 niños padecieron esas deficiencias. El RD 574/2023[36], de 4 de julio, tiene por objeto regular los requisitos que deben cumplir las personas beneficiarias y el procedimiento para el reconocimiento y abono de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España, durante el período 1950-1985, previendo una ayuda a percibir por las personas que hayan sufrido malformaciones corporales durante el proceso de gestación, compatibles con las descritas para la talidomida, cuyo origen no pueda ser explicado por otras embriopatías o alteraciones cromosómicas, durante el período 1950-1985, que la gestación se haya producido en España y que figuren inscritas en el Registro Estatal de Enfermedades Raras, gestionado por el Instituto de Salud Carlos III, en virtud del informe de validación positivo emitido por el Comité Científico-Técnico de la Talidomida. Ayuda que consistirá en un pago único que será el resultado

[36] El Preámbulo del RD 574/2023 dispone: "El presente real decreto pretende responder a la necesidad de reconocimiento y apoyo solidario a las personas afectadas por la sustancia activa «talidomida» a lo largo del período 1950-1985, según las diferentes situaciones personales que concurren en cada una de ellas.

Los últimos estudios médicos internacionales informan de los problemas añadidos que se producen con el envejecimiento de las personas afectadas, lo que provoca un agravamiento de la situación personal y, en consecuencia, una dependencia más severa. En una dirección similar, las últimas investigaciones en España sobre la materia han propiciado que por primera vez nuestro país se admita la notable ampliación del rango de años dentro de los cuales pueden haber sido gestadas las personas afectadas por talidomida (estableciéndose ahora en el período 1950-1985).

Por todo ello, mediante este real decreto se pretende reconocer la contribución que todas las personas afectadas y sus familiares han tenido a lo largo de estos años, en especial en la regulación del medicamento en España, como ya reconocía la exposición de motivos de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. Por último, entronca con la línea seguida por la mayoría de países de nuestro entorno, donde se han establecido esquemas solidarios de ayuda a las personas afectadas".

de multiplicar doce mil euros por cada uno de los puntos porcentuales de discapacidad reconocida a la persona afectada, por los organismos competentes, a la fecha de presentación de la solicitud de la ayuda.

Las hermanas Draon alegaron que su madre había tomado el medicamento durante el embarazo sin ser consciente de los riesgos asociados. Argumentaron que las autoridades francesas no habían proporcionado información adecuada a las gestantes sobre los peligros del medicamento y que, como resultado, se las privó del derecho a decidir sobre la interrupción del embarazo.

Inicialmente, los tribunales franceses concedieron indemnizaciones a las hermanas Draon en virtud de la responsabilidad civil del Estado por *wrongful life*. Sin embargo, la Ley 2002-303 de 4 de marzo de 2002 se promulgó posteriormente y eliminó la responsabilidad por *wrongful life* en Francia. Esta ley modificó el marco legal existente en Francia con relación al *wrongful life* al eliminar la responsabilidad por este concepto. Antes de la promulgación de esta ley, los tribunales franceses reconocían la responsabilidad civil del Estado en casos en los que los niños nacían con discapacidades o enfermedades graves debido a la negligencia médica o a la falta de información proporcionada a los padres durante el embarazo. En tales casos, los padres o los niños afectados podían presentar demandas y recibir indemnizaciones por los daños sufridos.

Sin embargo, con la Ley 2002-303, se puso fin a la posibilidad de buscar compensación por *wrongful life* en Francia. Esta legislación fue impulsada en parte por el argumento de que reconocer la responsabilidad por *wrongful life* planteaba cuestiones éticas y legales complejas, y que la sociedad no debería asumir la carga financiera de indemnizar a los niños por el simple hecho de haber nacido con una discapacidad o una enfermedad congénita.

La aplicación retroactiva de esta ley llevó a la denegación de las indemnizaciones a las hermanas Draon, lo que provocó su recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En su sentencia de 6 de octubre de 2005, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que la aplicación retroactiva de la ley francesa violaba el derecho de propiedad de las hermanas Draon. Según el artículo 1 del Protocolo 1, todas las personas tienen derecho al respeto de sus bienes, y esto incluye el derecho a recibir una compensación adecuada por los daños sufridos. El tribunal consideró que las indemnizaciones otorgadas originalmente a las hermanas Draon por los tribunales franceses constituían una forma de propiedad protegida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El tribunal argumentó que, si bien los Estados tienen cierto margen de maniobra para establecer y modificar sus leyes, la aplicación retroactiva de la ley 2002-303 para negar las indemnizaciones ya otorgadas constituía una interferencia desproporcionada en el derecho de propiedad de las hermanas Draon. El tribunal concluyó que Francia había violado el artículo 1 del Protocolo 1 y ordenó al Estado francés que abonara una indemnización a las hermanas Draon.

Esta sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Draon contra Francia tuvo un impacto significativo en la jurisprudencia relacionada con el *wrongful life* y estableció importantes precedentes en cuanto a la retroactividad de las leyes y la responsabilidad del Estado. El caso destacó la importancia de proteger los derechos de las personas con discapacidad y subrayó la obligación de los Estados de garantizar una compensación adecuada en casos de daños causados por negligencia o falta de información médica adecuada.

En la actualidad, la ley se encuentra recogida en el artículo L 114-5 del "Code de l'action sociale et des familles"(Código de Acción Social y Familias). El artículo L 114-5 actualmente aborda las cuestiones relacionadas con la asistencia y el apoyo a las personas con discapacidad. Este artículo establece las bases para la provisión de servicios y beneficios destinados a garantizar la inclusión y el bienestar de las personas que padecen algún tipo de discapacidad.

De este modo, reconoce el derecho de las personas con discapacidad a recibir una atención y apoyo adecuados para satisfacer sus necesidades específicas. Establece que el Estado y las autoridades tienen la responsabilidad de asegurar que se pongan a su disposición todos los recursos necesarios para promover la autonomía, la participación social y la calidad de vida de las personas discapacitadas. También establece la obligación dirigida a los poderes públicos de desarrollar y propiciar políticas y programas que fomenten la igualdad de oportunidades para las personas discapacitadas, fundamentalmente implementando medidas que supongan la eliminación de todo tipo de obstáculos y barreras, garantizando el pleno acceso a la educación, el empleo, los servicios de salud, el transporte y otros aspectos de la vida cotidiana.

En términos de asistencia financiera, el artículo L 114-5 establece que las personas discapacitadas tienen derecho a recibir beneficios y prestaciones económicas para cubrir los gastos relacionados con su discapacidad. Estos beneficios pueden incluir ayudas para adquirir equipos y dispositivos de asistencia, apoyo financiero para recibir atención médica especializada y reembolso de gastos de transporte relacionados con la discapacidad.

Igualmente, promueve la participación de las personas con discapacidad y sus familias en la toma de decisiones relacionadas con su atención y apoyo. Resalta lo trascendental que supone

involucrar a las personas discapacitadas en la planificación y evaluación de los servicios que reciben, así como en la formulación de políticas y regulaciones que afecten su bienestar. De este modo se puede alcanzar una notable mejora en la prestación de servicios en favor de las personas dependientes discapacitadas.

El artículo L 114-5 del "Code de l'action sociale et des familles" pretende establecer un marco legal sólido para garantizar los derechos y la protección de las personas con discapacidad en Francia, promoviendo su inclusión y la igualdad de oportunidades, y reconociendo la vital importancia de proporcionar recursos financieros y de apoyo para garantizar la plena participación y el bienestar de las personas discapacitadas en la sociedad.

No cabe duda de que el caso Perruche y su posterior evolución reflejan el complejo debate jurídico y ético en torno al ejercicio por *wrongful life*. Mientras que en un principio se concedió una indemnización al hijo al estimar responsable al facultativo por no haber informado de modo adecuado a la madre gestante de los riesgos de la rubeola durante el embarazo, la posterior modificación legislativa limitó la responsabilidad y generó controversia sobre la retroactividad de la ley. La condena a Francia por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puso de relieve las implicaciones de los derechos fundamentales y la propiedad en casos relacionados con el *wrongful life*. Esta evolución legislativa y jurisprudencial en Francia pone de manifiesto la extraordinaria complejidad y los desafíos que enfrentan los sistemas legales al abordar cuestiones relacionadas con la compensación por daños en casos de discapacidades y enfermedades congénitas. Cuestiones de índole moral, éticas y religiosas que influyen sobre las decisiones legales que se adopten y que están presentes de modo directo o indirecto de modo permanente.

La sentencia del TEDH, Sección Quinta, de 11 de enero de 2022 en el asunto N.M. y otros contra Francia, reitera la violación del art. 1º (derecho de propiedad) del Protocolo nº 1 del Convenio en otro supuesto de aplicación por parte del Consejo de Estado Francés del art. L. 114-5 del Código de Acción Social y Familias (CASF) con carácter retroactivo, siguiendo la doctrina fijada en la STEDH de 6 de octubre de 2005, Draon contra Francia. En el supuesto enjuiciado el Consejo de Estado consideró que el art. 114-5 de la CASF era aplicable ya que los padres no interpusieron su reclamación de indemnización en su propio nombre y también en nombre y representación de su hijo por el daño moral que este sufría y por las cargas particulares derivadas de su discapacidad (síndrome Vaterl), hasta después de la entrada en vigor del citado artículo con fecha 7 de marzo de 2002. En ese caso, la anomalía no fue detectada durante el embarazo como consecuencia de un error de diagnóstico prenatal, pero el nacimiento se produjo

con anterioridad a la aprobación y entrada en vigor de la Ley de 4 de marzo de 2002, pese a que la reclamación de indemnización se presentó con posterioridad, encontrándose ya vigente. El TEDH considera que, a falta de un régimen transitorio específico, el citado art. L. 114-5 de la CASF no puede aplicarse a los hechos acontecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 4 de marzo de 2002, cualquiera que sea la fecha de incoación del procedimiento administrativo, en aplicación de las normas que rigen la entrada en vigor de las leyes en el tiempo, y condena a Francia al abono de una indemnización por importe de 24.902,50 euros.

Estados Unidos

Como he señalado, una de las premisas esenciales para el ejercicio de este tipo de acciones parte del presupuesto de que sea viable legalmente la interrupción voluntaria del embarazo.

Fue precisamente en Estados Unidos donde aparecieron en primer lugar las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* que entroncan directamente con la posibilidad de practicar abortos en determinadas circunstancias de presencia de anomalías fetales detectadas.

Para analizar la evolución jurisprudencial en EEUU sobre la práctica del aborto y, su reconocimiento o no como derecho a nivel constitucional, se debe hacer mención a tres sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que reflejan la evolución habida al respecto, como son la Roe v. Wade, 410 US, 113 (1973), Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992) y Doobs v. Jackson Wommen´s Health Organization[37], 597 US (2022).

La cuestión central en la última de ellas, Dobbs v. Jackson Women´s Healt Organization fue la de determinar si la Constitución reconocía el derecho al aborto, llegando a la conclusión de que no, pese a los precedentes de las dos sentencias citadas dictadas con anterioridad. El TS comienza abordando directamente la cuestión de si la Constitución confiere un derecho al aborto. Dado que el aborto no se menciona directamente en el texto constitucional, sólo puede

[37] La Ley de Edad Gestacional de Mississippi establece que "excepto en una emergencia médica o en el caso de una anormalidad fetal grave, una persona no podrá realizar intencionalmente o a sabiendas o inducir un aborto de un ser humano no nacido si se ha determinado que la edad gestacional probable del ser humano no nacido es superior a quince (15) semanas". Código de Miss. Código Ann. §41-41-191. Los demandados -Jackson Women's Health Organization, una clínica de abortos, y uno de sus médicos impugnaron la ley ante el Tribunal Federal de Distrito, alegando que violaba los preceptos de este tribunal que establecen el derecho constitucional al aborto, en particular Roe v. Wade, 410 U. S. 113, y Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U. S. 833. El Tribunal de Distrito concedió un juicio sumario a favor de los demandados y prohibió permanentemente la aplicación de la Ley, razonando que la restricción del aborto de 15 semanas de Mississippi viola los casos de este Tribunal que prohíben a los Estados prohibir el aborto antes de la viabilidad. El Quinto Circuito lo confirmó. Obtenido del syllabus preparado por el Reporter of Decisions del TS de los EEUU

ser un derecho constitucional si está implícito dentro del texto. La sentencia Roe v. Wade determinó que el derecho al aborto se encontraba en el derecho a la intimidad, pero ese derecho tampoco se menciona directamente en la Constitución. Por su parte, la sentencia Planned Parenthood v. Casey sostuvo que el derecho al aborto estaba protegido por la Cláusula del Debido Proceso. Un derecho puede ser pleno en virtud de la Cláusula del Debido Proceso a pesar de no mencionarse explícitamente si "*el derecho está 'profundamente arraigado en la historia y tradición" y es "esencial para el 'esquema de libertad ordenada' de nuestra Nación*" (Dobbs, 142 S. Ct. at 2245) El TS determinó que no hay historia ni tradición en Estados Unidos que promueva el derecho al aborto, al menos antes de la sentencia Roe, ya que al menos treinta estados tenían leyes en vigor que prohibían el aborto.

Se debe partir que la sentencia Roe v. Wade determinó que el derecho al aborto se enmarca en el ámbito del derecho a la intimidad, que se encuentra principalmente *"en el concepto de libertad personal y restricciones a la acción del Estado de la Decimocuarta Enmienda*" (Roe, 410 U.S. at 153.). La posterior sentencia Planned Parenthood v. Casey reafirmó esta interpretación. Según Vara González[38]:

> *"La sentencia Roe v. Wade de la Corte Suprema Federal de Estados Unidos de 22 de enero de 1973 legaliza el aborto con arreglo al siguiente esquema (Fundamento Jurídico XI): durante el primer trimestre de gestación, el aborto es absolutamente libre, sin alegación de causa alguna, a la decisión de la madre gestante de acuerdo con su médico; durante el segundo trimestre, el aborto es también libre, pero los estados federados pueden regular aspectos del procedimiento de aborto exclusivamente en consideración a la salud de la madre, no a la vida del feto; en el tercer trimestre, coincidente con la viabilidad extrauterina, los estados pueden regular legalmente el aborto, incluso prohibirlo, siempre que concurra un interés apremiante (compelling state interest), y excepto cuanto sea necesario para salvaguardar la vida o la salud de la madre. La decisión se tomó por mayoría de siete votos (el presidente Burger, el ponente Blakmun, Powell, Stewart, Marshall, Brennan y Douglas), contra dos (White y Rehnqvist)".*

Con esos dos precedentes, la doctrina de la *stare decisis* desempeña un papel fundamental en cualquier caso en el que se abordara la cuestión del aborto. El *stare decisis*, constituye un principio legal fundamental en el sistema anglosajón e implica, en la medida de lo posible, reafirmar lo que se ha decidido previamente, manteniéndose firme en las decisiones anteriores.

[38] Vara González, José Manuel: "Roe v. Wade y la jurisprudencia de arte menor", *Revista Notario del Siglo XXI* n.º 53, enero-febrero, 2014, disponible en https://www.el notario.es

El principio del *stare decisis* preconiza que las decisiones judiciales deben ser aplicadas como precedentes en casos similares que se presenten con posterioridad

Cuando un tribunal afronta un caso que plantea cuestiones legales similares a las de casos anteriores, se aplica el principio de *stare decisis*, vinculando, con carácter general, el razonamiento jurídico de las decisiones previas. De este modo, se garantiza la coherencia, predictibilidad y estabilidad al sistema jurídico, al resolver los tribunales las pretensiones que ante ellos se ejercitan de manera uniforme a lo largo del tiempo. No obstante, el principio de stare decisis no es inflexible y puede ser modificado o superado en determinadas circunstancias. Los tribunales pueden apartarse de los precedentes anteriores si consideran que esos casos fueron decididos incorrectamente o si existen razones convincentes para justificar un cambio en la interpretación legal.

De hecho, la sentencia Dobbs v. Jackson Women´s Healt Organization 2022, se aparta del razonamiento de las sentencias Roe y Casey, al declarar que la Constitución no reconoce el derecho fundamental a interrumpir el embarazo, dejando su regulación en manos de los estados mediante la aprobación de las correspondientes legislaciones, por lo que el stare decisis pasó a ser una cuestión secundaria en Dobbs v. Jackson Women´s Healt Organization.

Como digo, la sentencia Dobbs v. Jackson Women´s Health Organization (2022) deja sin efecto los precesentes conformados por las sentencias Roe v. Wade (1973) y Planned Parenthood v. Casey (1992).

Según la sentencia Dobbs v. Jackson Women´s Health Organization (2022) cada estado de EEUU, de forma individual, es quien debe decidir mediante su correspondiente ley y, dentro del marco establecido por sus respectivas constituciones, si se permite o no el aborto y bajo qué supuestos.

A la cuestión principal de si reconoce la Constitución de los EEUU un derecho al aborto (esta cuestión fue abordada directamente en Roe, pero no en Casey), indica que no existe referencia expresa al derecho al aborto en la Constitución, y ello pese a que la sentencia Roe señalo que el derecho al aborto se enmarca en el derecho a la intimidad (enmiendas 1º, 4º, 5º, 9º, 14º), y la sentencia Casey, expresó que el derecho al aborto se enmarca dentro del derecho a la libertad de la enmienda decimocuarta[39]. A estos efectos, la sentencia Dobbs v. Jackson Women´s Health

[39] Decimocuarta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos Sección 1: "Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del estado en que resida.

Organization, en lo relativo al posible arraigo en la historia y tradición del país unido al posible componente esencial de la libertad ordenada, estima la ausencia de arraigo y tradición. Además, guiado por la historia y la tradición que trazan los componentes esenciales del concepto de libertad ordenada de la nación, el TS considera que la enmienda decimocuarta no protege claramente el derecho al aborto. Antes de Roe ningún tribunal había reconocido el derecho al aborto en EEUU. La sentencia Roe ignoró la historia y la sentencia Casey no reconsideró el defectuoso análisis de Roe. La sentencia Dobbs señala:

> "*La conclusión ineludible es que el derecho al aborto no está profundamente arraigado en la historia y tradiciones de la Nación. Por el contrario, una tradición ininterrumpida de prohibir el aborto bajo pena de castigo criminal persistió desde los primeros días del common law hasta 1973. La Corte en Roe podría haber dicho sobre el aborto exactamente lo que dijo Glucksberg sobe el suicidio asistido: "Actituudes hacia (el aborto) han cambiado desde Bracton, pero nuestras leyes han condenado consistentemente y continúan prohibiendo (esa práctica)" Glucksberg , 521 EE. UU., en 719".*

Su fundamento se sustenta en que el Tribunal Supremo debe tener en cuenta la historia para determinar si un derecho afirmado que no se menciona en la Constitución está protegido por la enmienda 14. A su juicio, las sentencias Roe y Casey no insistieron en las raíces históricas del derecho al aborto, al sostener que el derecho al aborto forma parte de dos derechos de contenido más omnicomprensivo que cuentan con gran arraigo como la intimidad y libertad. Las sentencias Roe y Casey partieron de un equilibro entre los intereses de la mujer que desea abortar y los intereses de lo que denominaron "vida potencial". La sentencia Dobbs considera que los estados pueden evaluar los intereses de forma diferente y la comprensión histórica de la nación de la libertad ordenada no impide que los representantes elegidos por el pueblo decidan como debe regularse el aborto.

El año anterior a la decisión sobre Roe, el Tribunal Supremo sostuvo que todas las personas, casadas o solteras, tienen derecho a la anticoncepción, en su sentencia Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 443 (1972). La decisión sobre Eisenstadt se derivó de la Cláusula de Igualdad de Protección, pero el derecho a la intimidad desempeñó un papel fundamental en la libertad de todas las personas a utilizar anticonceptivos: *"Si el derecho a la intimidad significa algo, es el derecho del individuo, casado o soltero, a no sufrir intromisiones gubernamentales injustificadas en asuntos que afectan tan fundamentalmente a la persona como la decisión de tener o engendrar un hijo"* (Id. at 453). Por lo tanto, el

Ningún estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria".

derecho a la intimidad no sólo se refería a los métodos para evitar el embarazo, sino que, como sugirió el Tribunal, desempeñaba un papel en la decisión de "tener" un hijo una vez que se había determinado el embarazo.

En Roe contra Wade, el TS insistió en el derecho a la intimidad propugnado en Eisenstadt. Las leyes de Texas en cuestión tipificaban como delito "procurarse un aborto", salvo en los casos en que fuera necesario para "salvar la vida de la madre". La demandante en el caso, llamada anónimamente Jane Roe, se quedó embarazada en 1969 y deseaba abortar, pero las leyes del estado le impedían hacerlo porque no era médicamente necesario, y no tenía medios para viajar a un estado en el que el aborto fuera legal. Así, en 1970, los abogados de Roe argumentaron ante el Tribunal Supremo que las leyes de Texas infringían el derecho a la intimidad.

El Tribunal estuvo de acuerdo. En la sentencia Roe, el TS consideró específicamente que la decisión de interrumpir o no un embarazo estaba arraigada en la Decimocuarta Enmienda: *"el perjuicio que el Estado impondría a la mujer embarazada negándole totalmente esta opción es evidente"* (Roe, 410 U.S. at 153.). La sentencia planteó una serie de formas hipotéticas, pero muy realistas, en que la eliminación de esta opción puede repercutir en la vida de las personas embarazadas. Existen riesgos médicos al no tener esta opción, así como la posibilidad de una angustia mental significativa y daño psicológico a la persona embarazada si se ve obligada a encontrar una manera de mantener económicamente a un niño, ya sea soltera o soltero, especialmente si ya hay otros niños en el hogar; puede haber dificultades psicológicas adicionales si el embarazo se produjo por acontecimientos traumáticos. Aun así, el derecho a interrumpir un embarazo sigue estando sujeto a un cierto nivel de interés estatal. Por lo tanto, *"no puede decirse que el derecho a la intimidad en cuestión sea absoluto"*. Roe, 410 U.S. at 154

El Estado concede un nivel de protección a la "vida potencial " (Roe, 410 U.S. at 150) cuando ese interés se convierte en imperioso (Roe, 410 U.S. at 155) Aunque la definición de "persona" de la Decimocuarta Enmienda no incluye a los no nacidos (410 U.S. at 158.) el *"importante y legítimo interés del Estado en proteger la potencialidad de la vida humana "crece con cada semana de embarazo y desarrollo de la vida potencial"*.

En un embarazo intervienen múltiples intereses "imperiosos": el de la madre y su salud y, más adelante, el de la vida potencial.

En un esfuerzo por satisfacer cada uno de estos intereses apremiantes, la sentencia Roe estableció un marco trimestral (at 162-163) Después del primer trimestre, el Estado puede

regular el procedimiento para preservar y proteger la vida de la persona embarazada. En el punto de viabilidad de la vida potencial y más allá, un Estado puede regular e incluso prohibir el aborto, excepto cuando sea necesario para salvaguardar la vida de la persona embarazada.

La sentencia Planned Parenthood v Casey fue dictada por el Tribunal Supremo después de que las clínicas abortistas y un médico impugnaran la constitucionalidad de ciertas disposiciones de la Ley de Control del Aborto de Pensilvania de 1982, que exigía medidas como el consentimiento informado de la persona embarazada, el consentimiento informado de los padres de la persona embarazada si ésta es menor de edad, la notificación del aborto al marido antes de que se realice si la persona embarazada está casada, y otros requisitos de notificación a los centros que realizan los abortos. El Tribunal determinó que cuando una regulación estatal supone una "carga indebida " para el derecho de una mujer a elegir un aborto, viola la libertad garantizada por la Constitución. Al adoptar el análisis de la carga indebida, el Tribunal rechazó el rígido marco trimestral establecido en Roe. El análisis de la carga indebida, en lugar del marco trimestral, proporciona un método adecuado para equilibrar el interés del Estado en la vida potencial con la libertad de la persona embarazada prevista por la Constitución.

El hecho de que el Tribunal reafirmara la premisa básica de Roe se debió, en gran medida, a la *stare decisis*. Sin embargo, la *stare decisis*, como ya he indicado, no es un mandato inexorable. Para determinar si una decisión anterior era errónea y debe abandonarse, decidiendo en contra de la *stare decisis*, el Tribunal debe considerar la viabilidad de la decisión, la confianza de la sociedad en el desarrollo del principio jurídico y cómo han cambiado los hechos del caso para hacer que la decisión anterior sea irrelevante o no que no se tenga en cuenta. La reafirmación de la premisa básica de Roe por parte del TS en la sentencia Casey fue en gran parte resultado de la *stare decisis.*

Como determinó la sentencia del caso Casey, Roe superó estos elementos. En primer lugar, Roe no incumple el factor de la viabilidad, ya que los jueces deben tener competencia para sopesar las restricciones estatales que se les presentan frente a las limitaciones de Roe. En segundo lugar, el Tribunal afirma que no hay una forma realista de medir la confianza en Roe, pero no se puede ignorar que la decisión que permite a las mujeres controlar la reproducción probablemente tuvo un impacto significativo en la capacidad de las mujeres para participar en la sociedad. En tercer lugar, los principios jurídicos propugnados en Roe no se han debilitado en las dos décadas transcurridas desde la decisión. Por último, aunque la atención médica materna y fetal ha avanzado en las dos décadas transcurridas desde la decisión de Roe, haciendo que el punto de viabilidad sea cada vez más temprano con el paso de los años, *"las divergencias con respecto a las*

premisas fácticas de 1973 no influyen en la validez de la afirmación central de Roe, *que la viabilidad marca el punto más temprano en el que el interés del Estado en la vida fetal es constitucionalmente adecuado para justificar la prohibición legislativa de los abortos no terapéuticos".* (Casey, 505 U.S. at 860) La viabilidad es la clave en el análisis de estas determinaciones de hecho, y es un punto flexible que cambia con los avances médicos: el punto exacto de viabilidad en el momento de Roe no es el factor determinante.

La cuestión del aborto se planteó de nuevo ante el Tribunal Supremo en 2022 como resultado de la Ley de Edad Gestacional de Mississippi. La sección 4(b) señala: *"Excepto en una emergencia médica o en el caso de una anormalidad fetal grave, una persona no podrá realizar o inducir intencionadamente o a sabiendas el aborto de un ser humano no nacido si se ha determinado que la edad gestacional probable es superior a quince (15) semanas".*

En respuesta a la Ley sobre la edad gestacional, los demandantes en el caso Dobbs interpusieron una demanda, argumentando que la Ley violaba los precedentes establecidos en Roe y Casey, que establecían el derecho constitucional al aborto. El Tribunal Federal de Distrito estuvo de acuerdo y prohibió la aplicación de la Ley porque 15 semanas es anterior al punto de viabilidad, y *"la viabilidad marca el punto más temprano en el que el interés del Estado en la vida fetal es constitucionalmente adecuado para justificar una prohibición legislativa de los abortos no terapéuticos".* El Quinto Circuito confirmó la decisión del Tribunal Federal de Distrito. El Tribunal Supremo concedió el certiorari para responder a la pregunta de si "todas las prohibiciones de abortos electivos antes de la viabilidad son inconstitucionales".

La sentencia Dobbs v. Jackson Women´s Health Organization (2022) dejó sin efecto la doctrina de las sentencias Roe v. Wade y Planned Parenthood v Casey concluyendo, en definitiva, que no existe un derecho al aborto protegido por la Constitución de los Estados Unidos. Por tanto, la cuestión del aborto debe dejarse en manos de la legislación de los Estados, textualmente concluye que: *"El aborto presenta una profunda cuestión moral. La Constitución no prohíbe a los ciudadanos de cada Estado regular o prohibir el aborto. Roe y Casey se arrogaron esa autoridad. Ahora anulamos esas decisiones y devolvemos esa autoridad al pueblo y sus representantes electos".*

A título de ejemplo, debo destacar la ley vigente en el estado de Texas en vigor desde el 1 de septiembre de 2001 "Texas Heartbeat Act"[40], también conocida como Ley del latido del

[40] Ley del latido del corazón de Texas (2021), consultada en: https://legiscan.com/TX/text/SB8/2021

corazón. La misma indica que el estado de Texas nunca derogó expresa o tácitamente las leyes estatales que prohibían o criminalizaban el aborto salvo en caso de peligro de vida de la madre y que habían sido sancionadas antes del fallo Roe v. Wade. Define latido del corazón fetal como "actividad cardíaca o la constante y repetitiva contracción rítmica del corazón fetal dentro del saco gestacional". El latido del corazón fetal se considera un predictor médico clave para determinar que un niño no nacido llegará a nacer vivo, que la actividad cardíaca comienza en un momento biológico identificable en el tiempo, normalmente cuando el corazón fetal se forma en el saco gestacional. Salvo en caso acreditado de grave peligro para la madre prohíbe la interrupción del embarazo. La citada Ley, prohíbe, por tanto, la mayoría de los abortos después de detectarse un latido fetal, que generalmente en torno a las seis semanas de gestación, antes de que incluso la mayoría de las mujeres se percaten de que están embarazadas. Junto a ello la ley permite que cualquier ciudadano, incluso aquellos ajenos a la mujer gestante, pueda presentar una demanda civil contra los facultativos o entidades que realicen o faciliten el aborto después del latido fetal detectable, solicitando una indemnización por importe de 10.000 dólares.

En veinte estados y en Washington, los médicos estadounidenses recetan pastillas abortivas, mientras que, en treinta estados con restricciones severas al aborto con medicamentos, las mujeres gestantes se relacionan por internet (telesalud) con una facultativa con residencia en Austria que envía sus recetas a una farmacia de venta por correo en la India donde se consiguen las pastillas. El uso de las pastillas abortivas representa el 54% de los abortos en EEUU. Diecinueve estados, entre ellos Texas, prohíben el envío de pastillas abortivas, no obstante, se siguen practicando de modo clandestino[41]. Esta situación, tan angustiosa para determinadas mujeres, ha supuesto que en marzo de 2023 cinco mujeres y dos proveedores médicos hayan demandado judicialmente al Estado de Texas para que la corte judicial dictamine que los abortos pueden realizarse cuando un médico hace un "juicio de buena fe" de *que "la persona embarazada tiene una condición médica emergente física que representa un riesgo de muerte o un riesgo para su salud (incluyendo su fertilidad)"*

En Estados Unidos, las demandas de *wrongful birth action* y *wrongful life action* han sido objeto de controversia y han generado una variedad de opiniones entre los diferentes tribunales estatales. Algunos estados han permitido este tipo de demandas en ciertas circunstancias, mientras que

[41] Fuente: reportaje CNN disponible en https://cnnespanol.cnn.com/2023/03/07/mujeres-demandan-texas-aborto-trax/

otros las han rechazado como consecuencia de los problemas de tipo moral ético y religioso que plantean.

Según Mondaca Miranda[42] la primera demanda de *wrongful birth* y *wrongful life* en Estados Unidos está representada por el caso Gleitman vs. Cosgrove

En el *caso de Gleitman v. Cosgrove*, resuelto en 1967, se planteó una situación en la que una mujer embarazada, durante el segundo mes de gestación de su hijo, consultó a los médicos sobre las posibles consecuencias de haber contraído rubéola un mes antes. De manera negligente, los médicos le aseguraron que la enfermedad no tendría ningún efecto en su hijo. Sin embargo, el niño nació con ceguera y sordera. Los padres argumentaron que, de haber tenido conocimiento de esta situación durante la consulta médica, hubieran decidido interrumpir el embarazo. Tanto la madre como el hijo, Jeffrey Gleitman, presentaron demandas, utilizando respectivamente una demanda por daños y perjuicios sin lesiones personales (*Wrongful Birth Action*, WBA) y una demanda por lesiones personales (*Wrongful Life Action*, WLA). La Corte Suprema de Nueva Jersey rechazó ambas demandas, aunque por razones diferentes.

En el caso de la WBA, el tribunal consideró que otorgar compensación por daños requería comparar los daños reclamados por los demandantes con los "complejos beneficios humanos de la maternidad y la paternidad", una tarea que el tribunal consideró imposible de llevar a cabo. Además, señaló que, incluso si fuera posible realizar esta comparación, el tribunal se negaría a otorgar indemnización, ya que razones de política pública aconsejaban rechazar la compensación por un daño extracontractual que implicaría privar a una persona de la oportunidad de poner fin a la vida de un embrión.

En cuanto a la WLA, la corte consideró que, a diferencia de los casos de mala praxis médica, en los cuales la conducta de los médicos afecta directamente la salud del feto, en este caso, Jeffrey nunca tuvo la posibilidad de nacer sano. En otras palabras, la condición de Jeffrey no se debía a la conducta de los médicos, ya que no había una conexión causal directa, sino que se debía a otros factores. Lo que podría estar relacionado causalmente con la conducta de los médicos era su nacimiento. Por lo tanto, el tribunal debía considerar si el mero hecho de nacer podría constituir un daño indemnizable. El argumento de Jeffrey era que había nacido para sufrir con un cuerpo que tenía graves problemas. Si su madre hubiera optado por un aborto, él no habría

[42] Mondaca Miranda, Alexis, "Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth, ywrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho chileno". *Revista Ius et Praxis*, año 21 n.º 1,2015

tenido que enfrentar los daños causados por estas malformaciones. Frente a esto, el tribunal razonó que era imposible comparar el sufrimiento que el individuo había experimentado durante su existencia con la situación en la que se encontraría si no hubiera existido.

En resumen, la decisión de la Corte de Nueva Jersey en el caso Gleitman vs. Cosgrove estableció que no se podían otorgar indemnizaciones en una demanda por daños y perjuicios sin lesiones personales, *wrongful birth*, debido a la imposibilidad de comparar los daños reclamados con los beneficios de la maternidad y la paternidad; y en una demanda por lesiones personales*, wrongful life*, el tribunal consideró que el daño reclamado no estaba causalmente conectado con la conducta de los médicos, ya que el simple hecho de nacer no podía constituir un daño indemnizable.

El segundo supuesto que además supuso un giro importante y el comienzo del reconocimiento de este tipo de acciones en EEUU fue el *caso Jacobs v. Theimer,* resuelto por la Corte Suprema de Texas el 19 de febrero de 1975. Los señores Jacobs presentaron una demanda contra su médico, alegando negligencia por no haber diagnosticado la rubéola y no haberles informado sobre los riesgos asociados. Los progenitores argumentaron que el comportamiento del facultativo fue negligente debido a dos aspectos clave. En primer lugar, cuando la madre gestante llegó enferma a la consulta médica, se le informó que estaba embarazada. En segundo lugar, cuando consultó si la enfermedad era rubeola, el médico respondió negativamente, lo cual les privó de la posibilidad de considerar un aborto. Frente a esta situación, el voto mayoritario concluyó que el Dr. Theimer tenía la obligación de revelar de manera razonable este diagnóstico de rubéola y los riesgos asociados con el tratamiento propuesto junto a la posibilidad de interrumpir el embarazo o la continuación de este, como lo hubiera hecho un médico prudente en esas circunstancias.

En cuanto al nexo causal, se reafirmó la idea de que existe una conexión entre la falta negligente de información y la decisión de los señores Jacobs de optar por un aborto en caso de haber tenido conocimiento de la situación.

Finalmente, la sentencia abordó la cuestión del daño. En este aspecto, la corte se separó de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Nueva Jersey en el caso Gleitman v. Cosgrove, donde se estableció que no se puede comparar la vida con discapacidad con la inexistencia misma. La Corte de Texas indicó que los gastos económicos relacionados exclusivamente con las deficiencias físicas del niño son una cuestión distinta, libre de la objeción anterior. Además, añadió que es imposible justificar una política que prive a los padres de la información necesaria

para tomar una decisión informada sobre la interrupción de un embarazo con altas probabilidades de que el niño nazca con deformidades. Esa falta de información provocó que los padres continuaran con el embarazo hasta el nacimiento, lo que supone la obligación de compensar los costos de tratamiento y cuidado relacionados con las deficiencias del niño.

En resumen, en el caso de los señores Jacobs, se determinó la existencia de negligencia por parte del médico al no informar adecuadamente sobre el diagnóstico de rubéola y los riesgos asociados, se estableció el nexo causal entre la falta de información y la abrogación del derecho de optar entre la práctica del aborto o la continuidad con la gestación, condenando a indemnizar a los progenitores por los gastos económicos relacionados con las deficiencias físicas del niño. Esta decisión representó un cambio con respecto a la posición previa de la Corte Suprema de Nueva Jersey, reconoce la importancia de proporcionar a los padres la información necesaria para adoptar la decisión de modo fundamentado en casos de embarazos con complicaciones.

Una de las sentencias emblemáticas relacionadas con la acción de *wrongful life* se dictó en el caso de "Procanik v. Cillo" en Nueva Jersey 1982. En este caso, la madre demandó a su médico por no haberla informado adecuadamente acerca de la posibilidad de que su hijo naciera con rubéola congénita. El tribunal dictaminó que la madre tenía derecho a demandar por los gastos médicos adicionales incurridos debido a la negligencia médica, pero rechazó la acción por *wrongful life* en sí, argumentando que no se puede considerar como una lesión el nacimiento de un niño con discapacidades. Lorraine Procanik contrajo rubéola durante su embarazo y su hijo nació con graves discapacidades como resultado de la infección. La demanda sostenía que, si el médico hubiera proporcionado información adecuada sobre los riesgos de la rubéola congénita, Lorraine habría optado por interrumpir el embarazo. El tribunal de primera instancia dictaminó a favor del médico, sosteniendo que el daño alegado no constituía una causa de acción y que un niño no podía demandar por sí mismo *wrongful life* (vida indebida). Sin embargo, la Corte Superior de Nueva Jersey revocó esta decisión y permitió que el caso continuara. El caso llegó a la Corte Suprema de Nueva Jersey, que se pronunció sobre la cuestión de si un niño que nació con discapacidades debido a una enfermedad prevenible tenía derecho a presentar una demanda por *wrongful life* y si los padres también tenían derecho a presentar reclamaciones por los gastos médicos adicionales y el daño emocional causado.

En su decisión, la Corte Suprema de Nueva Jersey afirmó que un niño no podía presentar una demanda por *wrongful life* porque la noción misma de una vida indebida entra en conflicto con los principios éticos y legales básicos, como el derecho a la vida. Sin embargo, el tribunal

permitió que los padres presentaran una demanda por los gastos médicos adicionales y el daño emocional causado.

Por otro lado, en el caso de "Turpin v. Sortini" en California en 1984, el tribunal permitió una demanda de *wrongful life* presentada por un niño nacido con espina bífida. El tribunal sostuvo que, si se hubiera informado adecuadamente a los padres sobre la condición del feto, habrían optado por interrumpir el embarazo. Esta sentencia generó un debate legal significativo y llevó a otros estados a reevaluar sus posturas sobre el *wrongful life*. El caso "Turpin v. Sortini" generó un debate legal significativo sobre la viabilidad de las demandas de *wrongful life* en California y otros estados.

Después del caso "Turpin v. Sortini", se produjo un debate considerable en los tribunales y en la comunidad jurídica estadounidense con relación a las demandas de *wrongful life*. Algunos tribunales y estados continuaron reconociendo la posibilidad de presentar este tipo de demandas en ciertas circunstancias, mientras que otros adoptan un enfoque más restrictivo y rechazan este tipo de acciones, bajo el argumento de que la vida en sí mismo no puede tener la consideración de daño, además de argumentar la dificultad inherente en determinar y cuantificar los daños en una demanda de *wrongful life*. La cuestión de si el niño tendría una vida "mejor" o "peor" si no hubiera nacido plantea desafíos filosóficos y éticos complejos que han llevado algunos tribunales a rechazar este tipo de demandas en muchos casos.

Para concluir, dada la variedad de decisiones existentes, quisiera destacar la solución adoptada por la Corte Suprema de Washington en el caso "Harbeson v. Parke-Davis"[43], decisión que reconoció el ejercicio de una acción *wrongful life* y que justifica los motivos para estimar la pretensión ejercitada por la hija, en comparación con otras decisiones que negaron la posibilidad de ejercitar la citada acción por parte del hijo y cuya fundamentación es objeto de cita:

> "*El elemento más controvertido del análisis en otras jurisdicciones ha sido la lesión y el alcance de los daños. La Corte Suprema de Nueva Jersey dio dos razones para rechazar el reclamo de vida injusta de un niño en Berman v. Allan. En primer lugar, la cuantía de los daños en tal acción sería imposible de calcular porque el juzgador de los hechos estaría obligado a "medir la diferencia de valor entre la vida en una condición deteriorada y el 'vacío absoluto de inexistencia'". 80 N.J. en 427 En segundo lugar, reconocer que la vida misma es un daño procesable sería contrario a las creencias profundamente arraigadas de que la vida es más valiosa que la no vida. Estamos de*

[43]Harbeson v. Parke-Davis, Inc. consultado el 28 de julio de 2023 en https://law.justia.com/cases/washington/superme-court/1983/48331-1-1.html

acuerdo con el tribunal de Nueva Jersey en que medir el valor de una vida dañada en comparación con la inexistencia es una tarea que está más allá de los mortales, ya sean jueces o jurados. Sin embargo, no estamos de acuerdo en que la imposibilidad de valorar la vida y la inexistencia excluya por completo la acción. Los daños generales ciertamente están más allá del cálculo. Por lo tanto, son incapaces de satisfacer el requisito de la ley de Washington de que los daños se establezcan con "certeza razonable". Dyal v. Fire Cos. Adj. Bur., Inc., 23 Wn.2d 515, 521, 161 P.2d 321 (1945). Pero una de las consecuencias del nacimiento del niño que reclama la vida ilícita es el incurrir en gastos extraordinarios por atención médica y capacitación especial. Estos gastos son calculables. Así, aunque los daños generales son imposibles de establecer con certeza razonable, tales daños especiales pueden probarse. Con respecto a los daños especiales, por lo tanto, la objeción presentada en Berman v. Allan no es convincente. La segunda objeción presentada por la corte de Nueva Jersey en Berman v. Allan ya la hemos discutido. Baste decir aquí que no estamos de acuerdo en que exigir a una parte negligente que cubra los costos de atención médica de un niño con deformidades congénitas sea una negación de la santidad de la vida humana. El elemento final que requiere consideración es la causa próxima. La cuestión de la causalidad en una demanda por vida injusta es si "[s]ino por la negligencia del médico, los padres habrían evitado la concepción o abortado el embarazo, y el niño no habría existido". Comentario, 54 tul. L. Rev. en 491. Algunos casos anteriores presentaron un argumento de causa próxima basado en el hecho de que la negligencia del médico no causó el defecto que padecía el demandante; más bien, la negligencia fue no revelar la existencia del defecto. Por ejemplo, Gleitman v. Cosgrove, 49 N.J. 22, 27-28, 227 A.2d 689 (1967). Este argumento no nos convence. Es claro en el caso que nos ocupa que, si no fuera por la negligencia de los médicos, los demandantes menores no habrían nacido y, en consecuencia, no habrían sufrido el síndrome de hidantoína fetal. Más concretamente, los demandantes no habrían incurrido en los gastos extraordinarios derivados de esa condición. No parece haber ninguna razón por la que un investigador de los hechos no pudiera encontrar que la negligencia de los médicos fue una causa inmediata de las lesiones de los demandantes. Por estas razones, sostenemos que un reclamo por vida injusta puede mantenerse en este estado. Por lo tanto, respondemos a las preguntas 3 y 4 del Tribunal de Distrito de la siguiente manera: Elizabeth y Christine Harbeson pueden mantener una acción de vida injusta. Hemos sostenido que el deber de los médicos de informar a los padres de los riesgos asociados con Dilantin se extiende a los niños no concebidos. El Tribunal de Distrito sostuvo que los médicos de Madigan infringieron esta norma al no realizar una búsqueda bibliográfica. Los demandantes menores sufren una lesión procesable en la medida en que requieren tratamiento médico especial y capacitación más allá de lo que requieren los niños que no padecen el síndrome de hidantoína fetal. Pueden recuperar daños en la medida del costo de dicho tratamiento y capacitación. El estándar apropiado para la conducta de los médicos es el estándar del "practicante"

1. Excurso. El inicio de la vida en la jurisprudencia del TEDH: cláusula del margen de apreciación nacional

El artículo 3o. de la Resolución 217 A(III), de 10 de diciembre de 1948, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conocida como La Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que: *"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".*

El artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[44], de 19 de diciembre de 1966, establece que*: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".*

El artículo 4 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), de 27 de julio de 1981, afirma que*: "Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente".*

Por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[45], contempla el derecho a la vida en su artículo 2º, siendo del siguiente tenor literal:

"1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.

b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.

c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección".

Todos estos instrumentos jurídicos internacionales tienen como común denominador que ninguno de ellos determina el alcance del reconocimiento de este derecho a la vida, en concreto, si su ámbito de protección se extiende a los concebidos y no nacidos, y en su caso, hasta donde se extiende su grado de protección.

[44] Pacto internacional de derechos civiles y políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (instrumento de ratificación de España publicado en el BOE 30 de abril de 1977)
[45] Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979

Contrasta la anterior manifestación con lo dispuesto en el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[46] que establece: *"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".*

Tanto el aborto como la eutanasia escapan de la competencia de la Unión Europea. La decisión de permitir o ilegalizar el aborto o legalizar la eutanasia corresponde a cada miembro estado de la Unión. Siguiendo a Sobrino Heredia[47] que al analizar el art. 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE, en especial la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 1991, asunto C-159/90, indica que: *"Y ello porque la legalización- y, en su caso, regulación – de la interrupción voluntaria del embarazo no es competencia comunitaria sino nacional".*

Centrándonos en el ámbito europeo, tal y como indica Rodríguez Boente[48]:

> *"No encontraremos en la Jurisprudencia del TEDH respuesta sobre el espinoso tema del derecho a la vida del concebido y no nacido y del consiguiente derecho al aborto. Para el Tribunal se trata de una cuestión en la que están implicadas difíciles cuestiones políticas y morales y que, por tanto, deja a la libre apreciación de cada uno de los Estados".*

Generalmente los demandantes ante el TEDH a la hora de articular sus demandas en los supuestos referentes a la interrupción voluntaria del embarazo han alegado como infringidos no sólo el art. 2 del CEDH, sino igualmente los arts. 6, 8 y 10 que garantizan el derecho de acceso a un tribunal para la determinación de los derechos y obligaciones civiles de la persona, el derecho a la vida familiar y la libertad de expresión en su vertiente de derecho a la divulgación de información sobre el aborto.

Efectivamente, cuando el TEDH ha resuelto sobre esta cuestión lo ha hecho en función del caso dejando amplia libertad a los Estados para que establezcan la regulación que tuvieran por conveniente dentro del denominado "margen de apreciación". El citado art. 2 del Convenio no ha determinado los límites temporales del derecho a la vida y tampoco establece de modo

[46] Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada interamericana sobre Derechos Humano.
[47] Sobrino Heredia, José Manuel en "*Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*", Fundación BBVA, 2008, p. 139
[48] Rodríguez Boente, Sonia Esperanza, *"83 argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia que afecta a España".* Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 23

categórico quien es persona y como se define la misma sin que el TEDH haya fijado una postura clara y concisa sobre si el concebido no nacido tiene derecho a la vida.

En este sentido he de indicar que el TEDH ya señaló en la sentencia Open Door y Dublin Well Woan contra el Estado de Irlanda, de 29 de octubre de 1992 que no procedía determinar si el derecho a la vida reconocido por el artículo 2 del Convenio existe igualmente para los fetos.

En la sentencia de 5 de septiembre de 2002 Boso c. Italia (n.º 50490/99) el TEDH se pronunció a favor de la autorización a una mujer para abortar, dado que se encontraba en una situación de riesgo para su vida y salud, aunque su marido se posicionó en contra de la reclamación, alegando vulneración del art. 12 CEDH dado que se vulneraba el derecho a la vida del feto y el derecho a formar una familia: *"El Tribunal considera que cualquier interpretación de los derechos de un posible padre en virtud del artículo 8 de la Convención cuando la madre tiene la intención de abortar debe tener en cuenta sobre todo sus derechos, ya que ella es la persona principalmente afectada por el embarazo y su continuación o terminación. Como señaló el Tribunal anteriormente, el aborto en el presente caso se llevó a cabo de conformidad con la legislación italiana y, por lo tanto, persiguió el objetivo de proteger la salud de la madre".*

Igualmente, en la sentencia de 8 de julio de 2004, asunto VO c. Francia (n.º 53924/00), el TEDH, teniendo presente la diferenciación de regulaciones existente entre los Estados europeos, producto de la diversidad de culturas jurídicas, de concepciones éticas, morales y religiosas, y de diversos niveles de protección nacionales, apeló al poder discrecional del Estado de Francia en esta materia en concreto. De este modo, la determinación del comienzo de la vida se deja a la potestad discrecional de cada Estado, independientemente de la interpretación progresiva que el Tribunal pueda llegar a realizar del Convenio Europeo.

El supuesto de hecho consistió en que una mujer, acudió a un hospital de Lyon para la revisión ginecológica correspondiente a su sexto mes de embarazo. Ese mismo día, otra paciente con el mismo apellido, llegó al hospital para que le retiraran un dispositivo anticonceptivo. La homonimia de las dos pacientes propició la confusión, y el médico realizó un examen a la mujer embarazada que le provocó la ruptura de la bolsa de aguas, lo que forzó la práctica de una interrupción terapéutica del embarazo.

La mujer que perdió al feto denunció al facultativo por la comisión de un homicidio imprudente. Sin embargo, la Corte de Casación francesa estimó que el feto no podía considerarse como persona por lo que el tipo penal en cuestión no podía aplicarse al caso. Ante tal decisión, el asunto acabó ante el TEDH. La demandante alegó que la negligencia médica cometida supuso una violación del derecho a la vida del feto. La sentencia recordó la jurisprudencia avanzada por

la Comisión Europea de Derechos Humanos según la cual el derecho a la vida del feto se encuentra limitado por los derechos de la madre; limitación —recordemos, que no exclusión— , que permitiría reconocerle al feto una cierta protección derivada del derecho a la vida contemplado en el artículo 2. del CEDH. En este caso, la madre no pretendía interrumpir su embarazo, sino que éste se produjo como solución a un error médico. Por esta razón, se pretendió el reconocimiento de la vulneración del derecho a la vida del feto que gestaba.

"*84. A nivel europeo, el Tribunal observa que no existe un consenso sobre la naturaleza y el estado del embrión y/o feto (véanse los párrafos 39-40 anteriores), aunque están comenzando a recibir cierta protección a la luz del progreso científico y las posibles consecuencias de la investigación en ingeniería genética, la procreación médicamente asistida o la experimentación con embriones. En el mejor de los casos, puede considerarse como un terreno común entre los Estados que el embrión/feto pertenece a la raza humana. La potencialidad de ese ser y su capacidad para convertirse en persona, gozando además de la protección del derecho civil en muchos Estados, como Francia, en el contexto de herencias y donaciones, y también en el Reino Unido (ver párrafo 72 anterior) – requieren protección en nombre de la dignidad humana, sin convertirla en una "persona" con "derecho a la vida" a los efectos del artículo 2. El Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, en efecto, se cuida de no dar una definición del término "toda persona", y su informe explicativo indica que, a falta de un acuerdo unánime sobre la definición, los Estados miembros decidieron permitir que el derecho interno proporcione aclaraciones a los efectos de la aplicación de dicho Convenio (véase el párrafo 36 supra). Lo mismo ocurre con el Protocolo adicional sobre la prohibición de la clonación de seres humanos y el Protocolo adicional sobre investigación biomédica, que no definen el concepto de "ser humano" (véanse los párrafos 37 y 38 supra). Cabe señalar que la Corte puede ser requerida en virtud del artículo 29 del Convenio de Oviedo para que emita opiniones consultivas sobre la interpretación de dicho instrumento. 85. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte está convencida de que no es deseable, ni siquiera posible en el estado de las cosas, responder en abstracto a la pregunta de si el niño por nacer es una persona para los efectos del artículo 2 de la Convención ("personne" en el texto francés). En cuanto al presente caso, considera innecesario examinar si la interrupción abrupta del embarazo de la demandante se encuentra dentro del alcance del artículo 2, ya que, aun suponiendo que dicha disposición fuera aplicable, no hubo incumplimiento por parte del Estado demandado. cumplir con los requisitos relativos a la preservación de la vida en el ámbito de la salud pública. Con respecto a esa cuestión, el Tribunal ha considerado si la protección jurídica otorgada a la demandante por Francia con respecto a la pérdida del niño por nacer que llevaba en su seno cumplía los requisitos procesales inherentes al artículo 2 del Convenio".*

El hecho de que no exista entre los países miembros del Consejo de Europa, una conciencia unánime respecto de las posibles causas que legitimen la interrupción legal del embarazo, salvo

en el supuesto de existencia de peligro cierto para la vida de la madre durante la gestación hace prácticamente inviable que el TEDH consolide una doctrina jurisprudencial al respecto.

Tal y como establece Fernández Fernández[49]:

> *"El TEDH observa que, en el plano europeo, no hay consenso acerca de la cuestión de la naturaleza y del estatus del embrión y/o del feto, si bien aparecen elementos de la protección de estos a la luz de los progresos científicos y de las consecuencias futuras de la investigación en las manipulaciones genéticas, las procreaciones médicamente asistidas o la experimentación sobre el embrión. A lo sumo, dice, el denominador común en los Estados es la pertenencia a la especie humana. La potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en una persona, la cual goza de protección en el Derecho Civil en numerosos Estados como en Francia en materia de sucesión o de liberalidades, y también en Reino Unido donde debe protegerse en virtud de la dignidad humana, no implica que haya de considerarlo una "persona" y que tenga "un derecho a la vida" en los términos del artículo 2 CEDH".*

Aunque bien es cierto que la función del TEDH no es uniformar las legislaciones de los Estados miembros, no pudiendo, por tanto, imponer soluciones únicas, la heterogeneidad normativa no deja de ser un problema para el mismo. Este trata de resolverlo mediante la llamada "cláusula del margen de apreciación nacional", la cual actúa como principio de interpretativo construido ante la falta de consenso europeo en las cuestiones especialmente sensibles que se presentan en el seno de cada comunidad.

Esta técnica interpretativa permite cierta flexibilidad ante las circunstancias propias de cada ordenamiento, otorgando al TEDH ante los derechos contemplado en el Convenio un margen de apreciación a las autoridades nacionales a efectos de extensión que deben tener los derechos cuestionados y el significado de estos en el caso concreto.

A modo de ejemplo, Ocantos[50] cita el caso "R.R.c. Polonia" con sentencia de 26-05-2011: *"En el cual una mujer polaca embarazada fue informada, luego de la realización de diversas ecografías, de que el feto en gestación podría sufrir de una malformación genética. El médico de familia que la atendía se negó a brindarle la derivación necesaria, según el sistema de salud de su país, para realizarse el test genético que hubiera confirmado el diagnóstico que, al hacerlo, le habría otorgado la posibilidad de practicarse un aborto eugenésico. El niño nació, finalmente, con Síndrome de Turner. A raíz de tal circunstancia, la madre promovió acciones legales contra la República de Polonia, alegando la existencia de una violación de derechos contemplados por la Convención*

[49] Fernández Fernández, Diego, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión práctica para la abogacía". Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 166
[50] Ocantos, Jorge, "¿Responsabilidad civil por existir?", *Periódico La Ley*, 21-02-2017, Argentina, p.8

Europea de Derechos Humanos. La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) resolvió que el Estado accionado incurrió en violación a los arts. 3 y 8 de dicha normativa y lo condenó a indemnizar a la actora. Se entendió en el caso que la Sra. R. R., en la medida en que no se le garantizó el acceso a la información, se postergó su derecho a decidir privadamente si quería abortar, recibió un trato cruel inhumano o degradante. La CEDH entendió que, a la mujer como un sujeto especialmente vulnerable, sobre todo durante el embarazo y, en razón de ello, entendió que el tratamiento recibido durante su embarazo fue humillante".

En nuestro ordenamiento jurídico el art. 29 del Código Civil establece que el nacimiento determina la personalidad. Ahora bien, al concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo 30, que por su parte indica que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. El TC[51] restringe el ámbito de la previsión contenida en el art. 29 CC., principalmente a los casos regulados por el propio Código Civil y, en concreto, a los efectos favorables de carácter patrimonial que le puedan reportar al concebido y no nacido, sin que sea procedente extender sin más su ámbito de aplicación a un conflicto entre derechos fundamentales y bienes o valores a los que la Constitución otorga protección.

Por su parte, el artículo 67 de la Ley 20/2021, de 21 de julio, del Registro Civil y su disposición adicional cuarta regulan el supuesto del fallecimiento ocurrido con posterioridad a los seis primeros meses de gestación y antes del nacimiento, estableciendo la existencia en el Registro Civil de un archivo, sin efectos jurídicos, para la constancia de estos, y recogiendo la posibilidad de que los progenitores otorguen un nombre al nacido sin vida. El citado archivo quedará sometido al régimen de publicidad restringida. Por Orden JUS/876/2023, de 21 de julio, se aprobó el modelo 9 bis (Declaración de nacidos sin vida tras los seis meses de gestación)[52].

2. *La posibilidad legal de interrupción voluntaria del embarazo como presupuesto necesario de las acciones wrongful birth y wrongful life. La situación en el Derecho español*

[51] STC 66/2022, de 2 de junio, Fundamento Jurídico 6º B) d)
[52] Téngase en cuenta la Instrucción de 31 de julio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la disposición adicional cuarta de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

Siguiendo a Ramírez Izaguirre[53]:

> *"reza una cruda frase que "no haber nacido nunca, puede ser el mayor de los favores", pero si cambiamos el signo de puntuación, la frase da un giro copernicano "no haber nacido, nunca puede ser el mayor de los favores".*

Como he señalado, uno de los presupuestos esenciales para la viabilidad del ejercicio de este tipo de acciones consiste en que, a nivel legal, se reconozca, la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo al concurrir determinadas circunstancias.

Según Pacheco Jiménez[54] a este requisito debe unirse el de libertad de procreación, que:

> *"Aunque en el ordenamiento jurídico español no existe una consagración expresa de la libertad de procreación, sí que puede afirmarse la concurrencia de un "estatuto jurídico de la reproducción humana", disperso en varias normas:*
>
> *- Constitución Española: arts. 1, 10, 15, 17, 18 y 39.*
>
> *- Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida: arts. 3, 6 y 10. (Posteriormente derogada por Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.)*
>
> *- Ley 42/1988, de Donación y Utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos: arts. 8.2 c) y 9.2 B). (Posteriormente derogada por Ley 14/2007, de Investigación Biomédica.)*
>
> *- Ley 14/1986, General de Sanidad: art. 18.*
>
> *libertad de procreación*
>
> *De la conjunción de estos preceptos puede deducirse el contenido del derecho a libertad de procreación:*
>
> *- Derecho a tener el número de hijos libremente elegido, en el momento libremente decidido, de sexo biológica y naturalmente determinado y con dotación genética doble, propia e inalterada, salvo terapia génica en casos patológicos.*
>
> *- Derecho a la reproducción propia, tanto natural como asistida, y en todo caso, consentida.*
>
> *- Derecho a no tener hijos y a utilizar las medidas contraceptivas legalmente autorizadas.*
>
> *- Derecho a la vida, intangibilidad genética e integridad y salud física y psíquica del feto.*
>
> *- Derecho al aborto terapéutico, ético y embriopático.".*

[53] Ramírez Izaguirre, Lucero Celeste. "Entre el Derecho a la vida y las acciones por wrongful birth y wrongful life". *Gaceta Civil & Procesal Civil* n.º 61, Perú, julio, 2018
[54] Pacheco Jiménez, op. cit.p.10

En aquellos países donde no es posible la interrupción legal del embarazo resulta material y formalmente inviable el ejercicio de este tipo de acciones de responsabilidad. Si no se permite el aborto en ninguna circunstancia, carecen de sentido estas reclamaciones, porque el error en el diagnóstico prenatal no produciría una privación de la facultad de interrupción del embarazo.

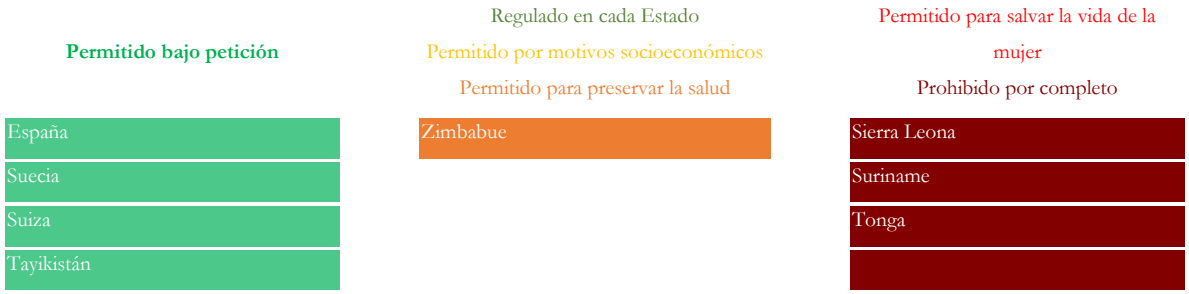
La posibilidad de interrumpir legalmente el embarazo depende de cada país y la situación, actualmente, es la siguiente[55]:

Tabla I: Posibilidad de interrupción del embarazo según países

Permitido bajo petición	Regulado en cada Estado Permitido por motivos socioeconómicos Permitido para preservar la salud	Permitido para salvar la vida de la mujer Prohibido por completo
Albania	Estados Unidos	Afganistán
Argentina	Barbados	Antigua y Barbuda
Armenia	Belice	Bahréin
Australia	Etiopía	Bangladesh
Austria	Fiji	Bhutan
Azerbaiyán	Finlandia	Brasil
Bielorrusia	Hong Kong	Brunei
Bélgica	India	Chile
Bosnia y Herzegovina	Japón	Costa de Marfil
Bulgaria	Rwanda	Dominica
Camboya	San Vicente y las Granadinas	Gabón
Canadá	Taiwan	Gambia
Cabo Verde	Reino Unido	Guatemala
China	Zambia	Indonesia
Colombia	Argelia	Irán
Croacia	Angola	Kiribati
Cuba	Bahamas	Líbano
Chipre	Benin	Libia
República Checa	Bolivia	Malawi
Dinamarca	Botswana	Mali
Estonia	Burkina Faso	Islas Marshall
Francia	Burundi	México
Georgia	Camerún	Micronesia
Alemania	República Centroafricana	Myanmar
Grecia	Chad	Nigeria

[55] Fuente: Centro por los derechos reproductivos actualizado a 24 de junio de 2022, consultado el día 29 de julio de 2023 en https//cnnespanol.cnn.com/2022/06/24/en-que-paises-derecho-aborto-legal-ilegal-orix/

Permitido bajo petición	Regulado en cada Estado Permitido por motivos socioeconómicos Permitido para preservar la salud	Permitido para salvar la vida de la mujer Prohibido por completo
Groenlandia	Comoras	Omán
Guinea-Bissau	Costa Rica	Panamá
Guayana Francesa	República Democrática del Congo	Papua Nueva Guinea
Guyana	Yibuti	Paraguay
Hungría	Ecuador	Sudán del Sur
Islandia	Guinea Ecuatorial	Islas Salomón
Irlanda	Eritrea	Somalia
Irlanda del Norte	Ghana	Sri Lanka
Italia	Granada	Sudán
Kazajstán	Guinea	Sudán del Sur
Kosovo	Israel	Siria
Kirguistán	Jordania	Tanzania
Letonia	Kenia	Timor Oriental
Lituania	Kuwait	Tuvalu
Luxemburgo	Lesoto	Uganda
Maldivas	Liberia	Emiratos Árabes Unidos
Moldova	Liechtenstein	Venezuela
Mongolia	Malasia	Yemen
Montenegro	Mauricio	Andorra
Mozambique	Mónaco	Aruba
Corea del Norte	Marruecos	Congo
Macedonia	Namibia	Curazao
Macedonia	Nauru	República Dominicana
Nepal	Níger	Egipto
Países Bajos	Pakistán	El Salvador
Nueva Caledonia	Perú	Haití
Nueva Zelandia	Polonia	Honduras
Noruega	Qatar	Iraq
Portugal	Santa Lucía	Jamaica
Puerto Rico	Samoa	Laos
Rumania	Arabia Saudita	Madagascar
Rusia	Seychelles	Malta
Santo Tomé y Príncipe	Corea del Sur	Mauritania
Serbia	Saint Kitts y Nevis	Nicaragua
Singapur	Swazilandia	Palau
Eslovaquia	Togo	Filipinas
Eslovenia	Trinidad y Tobago	San Marino
Sudáfrica	Vanuatu	Senegal



Como resulta evidente, el aborto ha resultado siempre una cuestión tremendamente controvertida y nada pacífica, tanto en nuestra nación como en la casi totalidad de países del mundo. Hasta el advenimiento de la democracia en España el aborto estuvo íntegramente penado, lo que traía como consecuencia, en muchos casos, que las madres gestantes recurriesen, a lo que se ha venido a denominar turismo abortivo y a la realización de prácticas abortivas clandestinas. Prácticas que, en muchas ocasiones, suponían un grave riesgo para la salud e integridad física de las gestantes. Nada infrecuente era la realización de abortos sin las medidas sanitarias e higiénicas adecuadas, en gran cantidad de supuestos realizados por personal en modo alguno cualificado. Con el fin de acabar con esta situación, entre otras razones, el Parlamento aprobó la Ley Orgánica 9/1985, de reforma del art. 417 bis del Código Penal que despenalizó la práctica del aborto en determinados supuestos y que posteriormente fue derogada[56]. La citada LO 9/1985 no reconoció el aborto como derecho, sino como una excepción a la norma. Con posterioridad, en el año 2010 se aprobó la Ley Orgánica 2/2010, de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, Ley que establece un sistema de plazos e indicaciones que, entre otras cuestiones, permite el aborto libre dentro de las catorce primeras semanas. La citada Ley fue objeto de modificación por la LO 1/2023, de 28 de febrero, con la finalidad de garantizar la vigencia efectiva de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Igualmente, modificó parcialmente el Titulo II, rubricado del aborto, del libro II relativo a los delitos y sus penas, del Código Penal[57].

[56] Disposición derogatoria única de la LO 2/2010: "Queda derogado el artículo 417 bis del Texto Refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, redactado conforme a la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio"
[57] Título II "Del aborto" del Libro II del Código Penal: Artículo 144.

Ahora bien, no cabe duda de que sobre la materia inciden de modo directo factores de tipo moral, ético, sociológico y religioso. La práctica de la interrupción voluntaria del embarazo siempre ha sido muy cuestionada por motivos religiosos, manifestándose la jerarquía de la Iglesia Católica[58] en contra de manera pública y notoria respecto de aquellas leyes que posibilitan la interrupción voluntaria del embarazo: *"En primer lugar, mostramos nuestra preocupación y nuestro rechazo ante la aprobación de la nueva ley del aborto. Varios son los aspectos reprobables de esta ley entre los que podemos destacar los siguientes: promulgar el aborto como un derecho, el atentado a la igualdad que supone permitir el aborto de los discapacitados hasta los cinco meses y medio, la posibilidad de que las chicas de 16 y 17 años puedan abortar sin el consentimiento de sus padres, la obligatoriedad de que los médicos que rechacen realizar abortos tengan que inscribirse en un registro de objetores de conciencia o la eliminación del período de reflexión antes de abortar y de la información sobre alternativas al aborto"*. Y aunque España, de conformidad con el art. 16.2 CE se declara un estado aconfesional, se encomienda a los poderes públicos tener

El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.
Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.

> Artículo 145.
> 1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.
> 2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.
> 3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.
> Artículo 145 bis.
> 1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto:
> a) Sin contar con los dictámenes previos preceptivos;
> b) Fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.
> 2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.
> 3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.
> Artículo 146.
> El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.
> Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.
> La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

[58] Nota de la Subcomisión Episcopal para la Familia y la Defensa de la Vida: «Sí a la familia y sí a la vida»,22-06-2022. Disponible en www.conferenciaepiscopal.es.

en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, con especial mención al mantenimiento de las relaciones de cooperación con la Iglesia Católica.

Estrechamente vinculada a esta cuestión, el legislador ha optado por el reconocimiento del derecho de los profesionales sanitarios a la objeción de conciencia, en diversos ámbitos, entre ellos para los supuestos de práctica del aborto y la eutanasia. Ahora bien, como todo ejercicio de un derecho, no resulta admisible el ejercicio abusivo o antisocial del mismo, de conformidad con el art. 7.2 del Código Civil que preceptúa que la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. Así, el uso generalizado del derecho a la objeción de conciencia, en algunos supuestos, está suponiendo que, en algunos hospitales pertenecientes a la red púbica sanitaria, no se puedan practicar interrupciones voluntarias del embarazo debido a que todo su personal facultativo se declara objetor de conciencia. De las diecisiete Comunidades Autónomas en seis de ellas, en el año 2021, no se garantizó esta prestación, pese a su inclusión expresa en la cartera de servicios sanitarios, mientras que, en otras, solamente se practicaron abortos farmacológicos. La solución ofrecida por el Sistema Nacional de Salud a esta problemática ha consistido es financiar la interrupción voluntaria del embarazo de las gestantes, al margen de la red pública hospitalaria, concretamente en clínicas privadas. En algunos casos, estas clínicas de titularidad privada se sitúan fuera de la Comunidad Autónoma donde reside la gestante, lo que provoca una evidente desigualdad territorial. Como consecuencia de esta realidad, el 28 de febrero de 2023 se aprobó por el Congreso de los Diputados la modificación de la LO 2/2010, que introduce la creación de un registro de objetores de conciencia con la finalidad declarada de tratar de garantizar el aborto en la sanidad pública, cuestión ésta sobre la que posteriormente incidiré.

El aborto consiste en la interrupción del embarazo que se produce con anterioridad a la viabilidad del feto fuera del seno materno[59]. La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) determina que la viabilidad extrauterina se alcanza a las veintidós semanas de gestación. El aborto, con carácter general, se puede dividir en dos categorías, por un lado, los abortos voluntarios, llevados a cabo de forma intencionada, y por otro, los abortos espontáneos, que

[59] Ascete, Carmen, Beca, Juan Pablo., Lecaros, Alberto, "Propuesta de un glosario para la discusión del aborto". *Revista médica de Chile*, vol. 142, no 11, p. 1450, 2014

tienen lugar como consecuencia de factores naturales externos[60]. Obviamente, con relación al ejercicio de las acciones de responsabilidad civil denominadas de nacimiento o vida injusta, nos situamos en el plano de la imposibilidad, por privación del derecho de elección, de la práctica de un aborto de modo voluntario por la gestante.

Recientemente, desde el punto de vista de política legislativa, se han sucedido diferentes alternativas con relación a la posibilidad legal de interrumpir voluntariamente la gestación Por un lado, hasta la aprobación de la vigente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, el aborto se encontraba tipificado como conducta ilícita regulada en el Código Penal, y única exclusivamente se podía llevar a cabo en caso de concurrir una serie de excepciones tasadas. Con la aprobación de la LO 2/2010, el aborto pasa de ser una conducta despenalizada en ciertos casos a convertirse en un derecho de la mujer, amparado en el derecho a la salud sexual y reproductiva, bajo el cumplimiento de determinados requisitos, sobre manera desde el punto de vista temporal.

4.1 Evolución de la regulación del aborto en España: de la exclusión penal en ciertas indicaciones al reconocimiento condicionado de un derecho:

a) Antecedentes legislativos

Siguiendo a Maciá Gómez[61] los sucesivos códigos penales que tuvieron vigencia en nuestro país desde la época de la Codificación contemplaron el aborto como práctica delictiva tipificando las

[60] Hernández Rodríguez, Gerardo, "*El aborto en España análisis de un proceso sociopolítico"*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. ISBN 84-87840-15-9, 1992

[61] Maciá Gómez Ramón, "Historia legislativa del aborto en España", *Revista de Derecho Vlex*, núm. 138, noviembre 2015*: "a) El Código Penal Español de 1822 en su artículos 639 y 640 establecía penas de reclusión en distinto grado que podían alcanzar los 14 años para los profesionales que lo facilitaran y de hasta 8 años para las mujeres embarazadas que abortaran.*
b) El Código Penal de 1848 trató el tema del aborto con mayor minuciosidad, fijando una normativa que sufriría escasas modificaciones en las posteriores reformas penales. En su artículo 337, establecía una graduación en las penas que iban desde la reclusión temporal para el ejercicio de violencia sobre la mujer embarazada, la prisión mayor para la realización del aborto sin el consentimiento de la mujer y la prisión menor para la realización del aborto con su consentimiento.
c) Las sucesivas reformas penales introducidas a partir de 1870 apenas alteraron los presupuestos del Código Penal de 1848. De este modo, el Código Penal de 1870 continuó con la clasificación del aborto en las tres modalidades establecidas en el de 1848, introduciendo únicamente una modificación en las penas al castigar con la prisión correccional en grado medio y máximo el aborto realizado con el consentimiento de la mujer.
d) El Código Penal de 1928 castigaba, en los artículos 418, 419 y 527, entre 2 y 4 años de prisión y 3 meses a 1 año si se hacía para ocultar la deshonra de la mujer encinta y
e) El Código Penal de 1932 condenaba el aborto y tan sólo introdujo la novedad de considerar por vez primera el delito abortivo con resultado de muerte de la madre, haciéndose recaer sobre el culpable las penas consiguientes en su grado máximo, siempre que se apreciara imprudencia y que no correspondiera pena mayor.
f) Finalmente, la legislación penal del Código de 1944 sobre el aborto estaba recogida en el capítulo III del título VIII del libro II del Código Penal, artículos 411 a 417, castigándolo siempre severamente. Existía una excepción, en el artículo 414, que sancionaba

conductas abortivas y estableciendo penas tanto para los facultativos que lo facilitaban como para las mujeres que abortaran. La primera norma que despenalizó el aborto en España fue la Ley de Reforma Eugenésica del Aborto[62] aprobada en 1936, durante la Guerra Civil, en

con penas inferiores a la mujer y a los padres del delito y les permitía, en cierto modo, abortar en el caso de que el nacimiento supusiera una "deshonra" para alguno de la familia, a la que pertenecían la madre o el padre. Por el contrario, el peligro para la salud, o incluso la vida de la madre, no se consideraba como atenuante".

62 Texto completo de la Ley de Reforma Eugenésica del aborto aprobada por Decreto de 25.12.1936, publicado el 09-01-1937 en el Diario Oficial de la Generalitat:

La reforma eugenésica que representa una de las mayores conquistas revolucionarias en Sanidad, comienza su plan de acción mediante la incorporación a la legislación sanitaria de un hecho hasta hoy efectuado lejos de todo control científico, a la sombra y por personas incompetentes y que desde este momento adquiere categoría biológica y social, como es el aborto. La finalidad primordial que se persigue es la de facilitar al pueblo trabajador una manera segura y exenta de peligro de regular la natalidad, cuando existan causas poderosas, sentimentales, eugenésicas o terapéuticas que exigen la interrupción artificial del embarazo. Durante mucho tiempo el aborto ha sido practicado por elementos desaprensivos que han especulado con las necesidades proletarias de limitar la prolificidad en determinados casos. Hay que acabar con el oprobio de los abortos clandestinos, fuente de mortalidad maternal, porque la interrupción del embarazo pase a ser un instrumento al servicio de los intereses de la raza y efectuado por aquellos que tenga solvencia científica y autorización legal para hacerlo. Por todo lo expuesto, a propuesta de los consejeros de Sanidad y Asistencia Social y de Justicia y de acuerdo con el Consejo, Decreto:

Art. 1º. Queda autorizada la interrupción artificial del embarazo, efectuada en los Hospitales, Clínicas e Instituciones Sanitarias dependientes de la Generalidad de Cataluña, en los que esté organizado el Servicio especial para tal fin.

Art. 2 º. Se considerarán motivos justificados para la práctica del aborto, las razones de orden terapéutico, eugenésico o ético.

Art. 3 º. Los casos de solicitud de aborto no terapéutico ni eugenésico se efectuarán exclusivamente a petición de la interesada sin que nadie de sus familiares o allegados puedan presentar después reclamación respecto al resultado de la intervención.

Art. 4 º. No se efectuará la interrupción del embarazo en los casos que sobrepasen los tres meses de aquel, a no ser que exista justificación terapéutica.

Art. 5 º. No se permitirá a la misma mujer la interrupción del embarazo, más de una vez al año, si no existe causa terapéutica que lo exija.

Art. 6 º. A partir de los quince días de la publicación del presente Decreto en el DIARI OFICIAL DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA se crearán organismos que serán los únicos autorizados oficialmente para efectuar la interrupción del embarazo artificialmente. Estos organismos serán Dispensarios y Salas anexas a los Centros Sanitarios hospitalarios y clínicos de Cataluña. Todas las instituciones sanitarias comprendidas dentro de este Decreto enviarán en el plazo antes mencionado a esta Consejería el plan de organización de dichos organismos. En todos los casos en los que, sin justificación expresa, no se proceda a la organización de las dependencias mencionadas, se aplicarán las sanciones a que haya lugar.

Art. 7º. Para habilitar los Dispensarios y Salas destinados a la interrupción artificial del embarazo, se utilizarán locales ya existentes dentro de las instituciones sanitarias, que reúnan condiciones para la finalidad a la que se destina; en caso necesario se pedirá a la Conselleria de Sanitat i Asistencia Social autorización para utilizar nuevos locales destinados a tal efecto. El personal facultativo que integrará los Dispensarios y Salas para la interrupción del embarazo será propuesto a la Conselleria de Sanitat por los Consejos Directivos de cada Institución Sanitaria. Dicho personal será seleccionado entre lo que actualmente figura en los Dispensarios y Salas de obstetricia y ginecología. Este personal no tendrá derecho a ninguna remuneración por estos servicios.

Art. 8 º. Únicamente podrá un facultativo no adscrito a las Salas de interrupción del embarazo, practicar esta intervención, cuando lo solicite la embarazada y lo apruebe el Consejo responsable de la Sala en la que deba efectuarse el aborto.

Art. 9º. El consejero de Sanidad y Asistencia Social estará autorizado para nombrar un delegado responsable en cada Sala o Dispensario destinado a la interrupción del embarazo, el cual tendrá una misión fiscalizadora de control e inspección, pudiendo, de acuerdo con las instrucciones recibidas del consejero de Sanidad y Asistencia Social, si es necesario, suspender o modificar el funcionamiento de una Sala o Dispensario.

Art. 10º. Para toda interrupción artificial del embarazo practicada en los Dispensarios creados a tal efecto serán obligatorios los siguientes requisitos previos:

a) Ficha médica, psicológica, eugenésica y social de todas las mujeres que soliciten que les sea practicada la interrupción del embarazo. El modelo de la ficha será facilitado por circular a todos los Dispensarios creados al

Cataluña. Esta norma reconocía expresamente el derecho de la gestante a decidir sobre su propio embarazo. A tal efecto, contempló cuatro supuestos en los que se permitía practicar la interrupción voluntaria del embarazo: *"a) causas terapéuticas referidas a las enfermedades físicas o mentales de la madre que contraindicasen el parto, b) motivaciones eugenésicas, c) factores neomalthusianos conectados con el deseo consciente de limitación voluntario de natalidad y d) razones éticas que pudiera presentar la maternidad no deseada por la madre en base a razones sentimentales*"[63]. Esta ley tuvo como finalidad primordial evitar la indeseada práctica de la realización de abortos clandestinos, generadores de situaciones indeseadas y que ponían en grave riesgo la integridad física y la vida de las gestantes. De hecho, indica que la práctica del aborto debía llevarse a cabo en centros autorizados, castigando, en todo caso, la práctica de abortos clandestinos.

Tras la finalización de la Guerra Civil Española y bajo la implantación del régimen franquista, el aborto vuelve a estar castigado junto a las distintas prácticas anticonceptivas. De este modo, se pretende fomentar *el "interés demográfico del Estado*"[64]. En el año 1944, el Código Penal castigó de manera rotunda el aborto en sus artículos 411 a 417, tipificando incluso como delito aquellos supuestos en los que la vida o la salud de la madre corría grave peligro. La única atenuante que contemplaba consistía en aquellos casos en los que la práctica abortiva supusiera una deshonra para la madre o algún familiar de los progenitores[65].

Instaurado el sistema democrático a partir de 1978, se volvieron a poner de manifiesto los dos grandes problemas relacionados con la práctica del aborto, como son de una parte el denominado turismo abortivo y, de otra, los llamados abortos clandestinos, realizados en su mayoría por curanderas o profesionales a cambio de elevadas cantidades de dinero sin ningún

efecto.
b) Reconocimiento médico previo de la solicitante, a fin de investigar su capacidad vital y resistencia para la intervención.
Art. 11º. Los casos en los que el Consejo responsable de cada Dispensario de interrupción artificial del embarazo considere que la fiebre o el reconocimiento de la embarazada establezca una contra indicación para el aborto, de índole médico o social, serán elevados a un Consejo técnico, que se creará para resolver estos asuntos, por la Consejería de Sanidad y Asistencia Social.
Art. 12º. Todos los Dispensarios, Clínicas y Salas destinadas a la interrupción artificial del embarazo, deberán remitir a la Conselleria de Sanitat i Asistencia Social, cada mes, una relación detallada de los casos practicados. Asimismo, los mencionados organismos estarán obligados a llevar un servicio de estadística.
Art. 13º. A partir de la fecha de la publicación de este Decreto, todas las personas que, privadamente, realicen maniobras abortivas, responderán criminalmente ante el Tribunal competente de su actuación; perdiendo, si son titulares de una profesión sanitaria, el derecho a ejercerla.
Art. 14º. Queda facultado el consejero de Sanidad y Asistencia Social para dictar las disposiciones necesarias para el cumplimiento del presente Decreto.

[63] Pérez Ortega, Luis Carlos, *El aborto desde una perspectiva constitucional*. Jaén: Universidad de Jaén, p.9, 2019
[64] Monge Fernández, Antonia, "Reflexiones jurídico-penales sobre la interrupción voluntaria del embarazo" *Bioética y Derechos Humanos: Implicaciones Sociales y Jurídicas*. Sevilla: Universidad de Sevilla, p 248, 2005
[65] Cuello Calón, Eugenio., 1955. *Derecho Penal,* T. II. Barcelona, p. 503

tipo de cualificación especializada. En cuanto al turismo abortivo, he de indicar que, a título de ejemplo, en Inglaterra y Gales se llegaron a practicar hasta 20.500 abortos a mujeres de nacionalidad española durante el año 1981[66].

b) La LO 9/1985, de 5 de julio, de Reforma del art. 417 bis del Código Penal

Hasta la promulgación de la LO 9/1985, el aborto estaba tipificado como delito y únicamente cabía aplicar la eximente general de estado de necesidad recogida en el entonces vigente artículo 8. 7º del CP[67]. En 1982, el Gobierno Socialista presidido por Felipe González aprobó un Proyecto de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, que pretendía la despenalización del aborto a través de un sistema de indicaciones. Este Proyecto de Ley Orgánica fue objeto de recurso previo de inconstitucionalidad (800/1983) presentado por José María Ruiz Gallardón, comisionado por 54 diputados, paralizando la entrada en vigor de la Ley. El recurso previo de inconstitucionalidad fue resuelto por el Tribunal Constitucional el 11 de abril de 1985, en Sentencia 53/1985. Esta Sentencia calificó al nasciturus como "bien jurídico protegido"[68] bajo el amparo del artículo 15 de la Constitución Española, y determinó la inconstitucionalidad de la regulación enjuiciada debido a la ausencia de cumplimiento de ciertos requisitos procedimentales. Como consecuencia, el Legislador tuvo que enmendar el Proyecto de Ley Orgánica, y el 5 de julio se aprobó la Ley Orgánica 9/1985 de reforma del artículo 417 bis del Código Penal[69].

Debo indicar que, tras la aprobación de la Ley de 1985, el aborto no se conceptuó como un auténtico derecho de la mujer gestante, sino que se contempló como una excepción a la norma, la cual permitía su práctica, única y exclusivamente, en el supuesto de que acontecieran alguna de las tres indicaciones previstas en la Ley como causas de justificación.

De nuevo, una de las justificaciones de la aprobación de la LO 9/1985 consistió en la finalidad decidida de finalizar con las dos prácticas que históricamente se producían con relación a las

[66]Datos de la revista *Comentario Sociológico. Estructura Social de España* consultados en: Ibañez, J.L García Velasco 1992. *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX.* Madrid: Siglo veintiuno de España editores, S.A. ISBN: 84-323-0740-8

[67]Jorge Barreiro, Agustín, "El aborto en la reforma penal española (1980-1992)". *Estudios penales y criminológicos*, no 17, p. 205, 1993

[68] STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 7º

[69] Higuera Guimera, Juan Felipe, "Una nueva regulación restrictiva de la despenalización del aborto en el Código penal español". *Revista General de Derecho Penal*, no 21, p. 5, 2014

interrupciones voluntarias del embarazo en España: abortos clandestinos y turismo abortivo[70]. Para alcanzar la citada finalidad, el legislador orgánico introdujo una serie de requisitos de carácter común que deben concurrir en caso de acontecer cualquiera de las tres indicaciones. Los presupuestos consistían en que el aborto fuese "practicado por un médico, o bajo su dirección, en un centro o establecimiento sanitario acreditado, público o privado"[71], contando, en todo caso, con el consentimiento de la mujer gestante.

Las indicaciones contempladas en la norma consistían:

En primer lugar, una indicación terapéutica (art 417 bis 1.1º CP), referida al aborto "necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada"[72]. En ese supuesto debía constar fehacientemente un informe médico elaborado por facultativo diferente al que vaya a practicar la interrupción del embarazo, siempre y cuando no concurra urgencia por correr grave riesgo la vida de la gestante que, de ser así, se podrá prescindir de su consentimiento expreso.

En segundo lugar, una indicación ética (art 417 bis 1.2º CP), contemplada para aquellos supuestos en los *que "el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429*"[73]. En este caso, el aborto ha de practicarse con anterioridad a las doce semanas de gestación, debiendo existir igualmente una denuncia previa. En todo caso, no era precisa una sentencia penal firme condenatoria del violador, dado que ese requisito imposibilitaría la práctica del aborto por motivos temporales.

En tercer lugar, una indicación eugenésica (art 417 bis 1.3º CP), para aquellos casos en los que *"se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas"*[74]. En este supuesto, el aborto debía practicarse dentro de las primeras veintidós semanas de gestación, debiendo constar un informe médico, redactado por dos facultativos sanitarios distintos a los que vayan a practicar el aborto, en el que se debe analizar y poner de manifiesto la concurrencia de las taras físicas o psíquicas que la persona padecerá en el fututo.

[70] Milione Fugali, Cirio "Algunas reflexiones en torno a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo". Fundación Centro de Estudios Andaluces, Consejería de la Presidencia, pp.6-8, 2011
[71] Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal
[72] Ibídem
[73] Ibídem
[74] Ibídem.

Durante el periodo de vigencia de la LO 9/1985 la práctica abortiva se vio favorecida por la realización de informes médicos manipulados a través de la utilización de recursos económicos, acudiendo a médicos privados.

Tabla II: Porcentaje de abortos practicados con relación a la indicación [75]

	Indicación terapéutica (%)	Indicación eugenésica (%)	Indicación ética (%)	otros (%)
2009	96,74	2,98	0,02	0,27
2008	96,96	2,86	0,02	0,16
2007	96,93	2,91	0,01	0,15
2006	96,98	2,83	0,01	0,18
2005	96,68	3,16	0,01	0,15
2004	96,70	3,06	0,02	0,22
2003	96,89	2,83	0,02	0,26
2002	96,81	3,03	0,03	0,13
2001	97,16	2,53	0,09	0,22
2000	97,16	2,57	0,05	0,14

En esta tabla, se muestra, hasta la reforma operada en el año 2010, la profunda diferencia porcentual entre aquellas interrupciones del embarazo llevadas a cabo por motivos terapéuticos frente a aquellas practicadas por motivos éticos o eugenésicos. Además, la tabla pone de manifiesto el bajo porcentaje de abortos practicados por indicación ética, lo cual puede explicarse en el sufrimiento sufrido por la mujer en estos casos, junto al requisito de interposición de denuncia previa en momentos psicológicos realmente complicados y que evidencian una patente frustración.

c) Las SSTC 53/1985, de 11 de abril y 116/1999, de 17 de junio

[75]Fuente: base estadística del Ministerio de Sanidad, política social e Igualdad. Disponible en: https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras Tabla 6

La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 determina la constitucionalidad de las indicaciones recogidas en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el artículo 417 bis del Código Penal, aunque declara su inconstitucionalidad por la ausencia de garantías constitucionales destinadas a la protección del artículo 15 de la CE. Concretamente el fallo de la sentencia establece: *"Declarar que el proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el art. 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12 de la presente Sentencia".*

El TC en su sentencia pone especial énfasis el carácter excepcional de la práctica del aborto, permitido única y exclusivamente en aquellos casos indicados expresamente por la ley.

El TC de modo reiterado resalta la importancia y especial significación que otorga a la peculiar relación entre la madre y el nasciturus de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social.

Cabe recordar que el proyecto de Ley Orgánica contemplaba tres supuestos de despenalización del aborto, exigiendo que se practicara por un médico y con el consentimiento de la mujer, si concurrían alguna de estas circunstancias:

-que fuese necesario para evitar grava peligro para la vida o salud de la madre,

-que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación siempre que se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y se hubiera denunciado,

-que fuese probable que el feto naciera con graves taras físicas o psíquicas siempre que se practique dentro de las 22 primeras semanas de gestación y que conste el dictamen de dos médicos especialistas distintos al del que practique el aborto.

La STC 53/1985 incide en la protección constitucional de la que goza el nasciturus. Si bien considera el derecho a la vida *como "valor superior del ordenamiento jurídico constitucional"*[76], sin el cual los demás derechos carecerían de sentido alguno, apunta a que *"la vida es un concepto indeterminado"*, que cobra gran trascendencia y goza de mayor protección en el momento en el que el nasciturus es viable independientemente de la madre. En el fundamento jurídico séptimo, el Tribunal

[76] STC 53/1985, Fundamento Jurídico 3º

determina que *"el nasciturus es un bien jurídico constitucionalmente protegido*" con base en el artículo 15 de la Constitución, aunque matiza, que la mencionada protección no posee un carácter absoluto.

Igualmente, el TC se refiere a los derechos de amplio valor jurídico constitucional de los que gozan las mujeres, y su concreción en la maternidad. Así, resalta la dignidad de la persona, la cual se encuentra íntimamente ligada al "libre desarrollo de la personalidad (art 10) y los derechos de integridad física y moral (art.15), a la libertad de ideas y creencias (art 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art 18.1)"

La STC profundiza en el posible conflicto existente entre el derecho a la vida del nasciturus, y la dignidad y el derecho vida de la mujer. A través de la determinación de la constitucionalidad del aborto mediante la implementación de ciertas indicaciones, el TC trata de ponderar los bienes y derechos de ambos, negando el aborto libre, al igual que un aborto castigado bajo toda circunstancia[77]. El justo y adecuado equilibrio entre ambas posiciones de carácter maximalista justifica la constitucionalidad de las previsiones de las indicaciones anteriormente enumeradas.

Asimismo, el Tribunal analiza cada una de las tres indicaciones establecidas en el art. 417 bis del Código Penal, propuesto en el Proyecto de Ley Orgánica. En cuanto a la indicación terapéutica, el Tribunal avala su constitucionalidad, argumentando que, de lo contrario *"se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la de la mujer por defender su derecho a la vida*"[78]. Igualmente, la STC 53/1985 señala el carácter constitucional de la indicación ética, debido a que no resultaría exigible obligar a la mujer a soportar las consecuencias derivadas de un acto donde se lesiona de manera tan grave y grosera su dignidad y libre desarrollo. También resulta avalada la constitucionalidad de la indicación eugenésica, ya que, la decisión materna de no abortar, dadas las especiales circunstancias concurrentes en el feto, exceden de lo moralmente exigible a una madre y su familia.

Por último, la STC analiza en su fundamento jurídico decimosegundo, si las garantías previstas en el proyecto de ley resultan suficientes para garantizar el derecho a la vida y a la integridad física de la mujer e incluso el derecho a la vida del nasciturus fuera de los tres supuestos contemplados, ya que de este modo se delimita el ámbito de la protección penal del nasciturus. Los presupuestos consistían en que, con carácter general, el aborto debía ser practicado por un

[77] Capodiferro Cubero, Daniel, "La evolución de la regulación del aborto en España: Perspectivas teóricas y proyección normativa". *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña,* vol 20, p. 87, 2016
[78] STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 11º

médico con el consentimiento de la mujer, así como que el hecho debe existir denuncia en el caso de violación, y que, en el supuesto de aborto eugenésico, el pronóstico desfavorable ha de constar en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la mujer gestante.

Con relación al aborto terapéutico la STC 53/1985 considera que la simple intervención de un médico para practicar la interrupción del embarazo, sin que se prevea dictamen médico alguno, resulta insuficiente: *"La protección del nasciturus exige, en primer lugar, que, de forma análoga a lo previsto en el caso del aborto eugenésico, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un Médico de la especialidad correspondiente, que dictamine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto".*

En los supuestos de aborto terapéutico y eugenésico, la comprobación del supuesto de hecho, que habilita para su práctica, por su propia naturaleza, debe producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto y, dado que de llevarse éste a cabo se ocasionaría un resultado irreversible, el Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación. Igualmente considera que el Estado debe velar porque la interrupción del embarazo se realice con las debidas garantías sanitarias con el fin de disminuir el riesgo para la gestante y, de este modo, garantizar la adecuada protección de la vida del nasciturus y el derecho a la vida y a la salud de la madre. Con esa finalidad el TC estima que: *"Por ello el legislador debería prever que la comprobación del supuesto de hecho en los casos del aborto terapéutico y eugenésico, así como la realización del aborto, se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto, o adoptar cualquier otra solución que estime oportuna dentro del marco constitucional. Las exigencias constitucionales no quedarían incumplidas si el legislador decidiera excluir a la embarazada de entre los sujetos penalmente responsables en caso de incumplimiento de los requisitos mencionados en el párrafo anterior, dado que su fundamento último es el de hacer efectivo el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la mujer".*

La STC 53/1985, de 11 de abril, dictada en el recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983, interpuesto contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del art. 417 bis del Código Penal, indica con claridad que es la madre quien ostenta la legitimación para adoptar la decisión de interrumpir el embarazo. Al respecto en su fundamento de derecho decimotercero establece:

"Consideran los recurrentes que el consentimiento en los supuestos previstos en los núms. 1 y 3 del art. 417 bis del Código Penal, en la redacción dada por el proyecto, no debería corresponder únicamente a la madre y hacen especial referencia a la participación del padre, estimando que la exclusión de ésta vulnera el art. 39.3 de la Constitución.

El Tribunal entiende que la solución del legislador no es inconstitucional, dado que la peculiar relación entre la embarazada y el nasciturus hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla".

De los votos particulares a la sentencia, cabe señalar que los cinco formulados, uno de ellos de modo conjunto por dos magistrados, coinciden en una misma idea, la de que el Tribunal se extralimita de sus competencias. De este modo, el magistrado Arozamena Sierra, en su voto particular, señala que al Tribunal le está vedado *"establecer modificaciones o adiciones del texto impugnado o establecer o adicionar otros pretextos*" no debiendo el tribunal señalar las modificaciones que el legislador ha de realizar para poder determinar la constitucionalidad de la norma objeto de recurso.

Uno de los votos particulares a la sentencia que merece ser destacado, ya que se aleja de la línea mayoritaria seguida por el Tribunal, es el del Magistrado Tomás y Valiente, que se posiciona de modo crítico con el fundamento jurídico decimosegundo, previamente comentado, relativo a las garantías constitucionales, que ha de cumplir el aborto para proteger el derecho a la vida, entre otros del nasciturus, ya que, a su juicio, *"sólo es titular de derechos quien es persona, y el nasciturus no lo es, por lo tanto, no es titular de un derecho fundamental a la vida*". Asimismo, critica la ausencia de pronunciamiento acerca de la libertad de la mujer embarazada, derecho fundamental también recogido en la Constitución, y que además constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico junto a la justicia, la igualdad y el pluralismo político, de conformidad con el art. 1.1 CE.

El voto conjunto de los magistrados, Latorre Segura y Díez de Velasco, ratifican que el feto no es titular del derecho fundamental a la vida lo que no excluye que exista un deber del Estado de proteger la vida humana en las diversas fases de su evolución, incluida la intrauterina. Ahora bien, determinan que, aunque es preciso prestar protección al nasciturus, esta no tiene que ser siempre de naturaleza jurídico penal.

Por su parte, la STC 116/1999, de 17 de junio, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por sesenta y tres Diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular del Congreso, contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Junto a otro tipo de consideraciones sumamente interesantes como la relativa al concepto constitucional de la familia como garantía institucional que no se identifica exclusivamente con la familia de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura, en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales, esa modalidad de vida familiar, dado que existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, las argumentaciones más relevantes con relación a la protección del concebido y no nacido se pueden resumir en:

-la experimentación o investigación sobre los gametos sin que haya tenido lugar aun la fecundación no supone atentado alguno sobre el derecho a la vida sin que se vulnere la protección jurídica que se debe dispensar a los nasciturі,

-los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 de la Constitución,

-el nasciturus constituye un bien jurídico protegido, cuya protección implica, con carácter general, para el Estado el cumplimiento de una doble obligación: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales.

d) La actual regulación: la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo, y su reforma operada por la LO 1/2023, de 28 de febrero

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010, la práctica abortiva dejó de estar permitida única y exclusivamente en aquellos casos indicados expresamente por la ley, tratándose verdaderamente de una excepción a la norma para convertirse en un derecho, como luego tendré la ocasión de exponer, dejando a un lado la relación entre la práctica del aborto y la comisión de un delito[79]. La LO 2/2010, en su Preámbulo indica que, tanto el desarrollo de la sexualidad, como la capacidad de procreación de las mujeres, están íntimamente ligadas al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona, protegidos a través de dos derechos fundamentales, la intimidad y la integridad física y moral. Debido al carácter privado de estos derechos, los poderes públicos han de evitar, en todo caso, interferir en estos aspectos tan vinculados a la intimidad de las personas, aunque deben tratar de garantizar la libertad y

[79] Capodiferro Cubero, Daniel, op. cit., p 88

responsabilidad a la hora de tomar decisiones en este ámbito de la vida privada de la mujer gestante, mediante el fomento del desarrollo de diversas políticas educativas, sanitarias y sociales, cuyo objetivo consista en intentar garantizar el acceso a servicios y programas de salud de forma universal.

La LO 2/2010, configura un sistema de plazos vinculado a la efectiva concurrencia de dos indicaciones concretas con el fin de reforzar la autonomía de las mujeres y, hace pivotar el sistema diseñado en torno al concepto de salud sexual y reproductiva recogido por la Organización Mundial de la Salud y definido en el artículo 2 de la Ley[80]. La norma ha sido objeto de dos modificaciones de cierta importancia. La primera de ellas, mediante la LO 11/2015, de 21 de septiembre[81], para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. La segunda mediante la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, modificación más amplia, que afecta al consentimiento de la mujer gestante, a la adecuada información que se debe prestar a la embarazada con carácter previo a la toma de decisiones, y a la garantía de la materialización del derecho a interrumpir legalmente el embarazo frente a la objeción de conciencia del personal sanitario.

El artículo 13 de la Ley establece los requisitos comunes que necesariamente han de concurrir para la interrupción voluntaria del embarazo. Los mismos consisten:

a) Que se practique por un médico especialista, preferiblemente en obstetricia y ginecología o bajo su dirección.

b) Que se lleve a cabo en centro sanitario público o en un centro privado acreditado.

c) Que se realice con el consentimiento expreso informado y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, de

[80] La Ley Orgánica 2/2010, tras la modificación de 2023 define salud sexual como "el estado general de bienestar físico, mental y social, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia y no la mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con la sexualidad de la persona". La ley también define salud reproductiva como "el estado general de bienestar físico, mental y social, y no la mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con la reproducción."

[81] La Exposición de Motivos de la LO 11/2015 establece: "Es, por ello, que esta Ley Orgánica suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas, sin informar siquiera a sus progenitores. De este modo, para la interrupción voluntaria del embarazo de las menores de edad será preciso, además de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad".

14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Con relación al consentimiento, este precepto ha sufrido varias modificaciones en lo que respecta a las mujeres comprendidas entre las edades de 16 y 17 años. En la primera versión de la Ley, el consentimiento de los padres o tutores legales de las menores de edad no se precisaba. Con posterioridad la L.O. 11/2015 introdujo la necesidad del citado consentimiento. Con la nueva modificación operada por la L.O. 1/2023, de 28 de febrero, la necesidad del consentimiento de los representantes legales de las mujeres de 16 y 17 años ha vuelto a ser suprimida. De este modo, en la actualidad las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales.

Continuando con el consentimiento, parece preciso apuntar que el consentimiento expreso de las mujeres gestantes requerido de conformidad a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, no resulta preciso en aquellos casos en los que se presente "riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, mediante consulta a sus familiares o a las personas vinculadas a él"[82]. De hecho, el último párrafo del art. 13 establece que podrá prescindirse del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002. El Tribunal Supremo determina que el consentimiento supone el *"ejercicio del derecho a decidir sobre la propia salud, materialización de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad ideológica y religiosa consecuencia de la capacidad de auto disposición sobre el propio cuerpo*"[83], entendiendo que *"el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, consecuencia necesaria de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia*"[84].

En cuanto a los plazos e indicaciones recogidas en los artículos 14 y 15 de la Ley, estos no han sufrido ninguna modificación con respecto a la Ley aprobada en 2010. El artículo 14 establece la libertad de la mujer para solicitar la práctica del aborto durante las catorce primeras semanas de gestación. Con la modificación operada con la LO 1/2023, se suprime la necesidad de informar a la gestante sobre los derechos y prestaciones con los que cuenta la mujer, y la necesidad del transcurso de al menos tres días desde que se toma la decisión hasta que se practica el aborto. Con anterioridad a reforma de 2023, resultaba necesario, en los casos en los que la

[82] Artículo 9.3 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica
[83] STS 74/2001 de 12 de enero de 2001, Sala de lo Civil, Fundamento de Derecho 1º
[84] *Ibídem*, Fundamento de Derecho 1º

embarazada optase por el aborto libre regulado en el artículo 14 dentro de las primeras catorce semanas de gestación, suministrarla información acerca de la existencia de centros de asesoramiento e información, la existencia de ayudas públicas, y los derechos laborales y prestaciones públicas disponibles vinculadas a la maternidad y embarazo. Con la reforma de la Ley esta información ya no tiene carácter obligatorio, y únicamente se prestará a aquellas mujeres que así lo requieran[85].

El artículo 15 recoge la interrupción del embarazo por causas médicas en tres circunstancias:

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

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

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

De este modo, siguiendo a Macia Morillo[86] se puede señalar que la LO 2/2010 ha fijado tres periodos distintos para la interrupción voluntaria del embarazo:

> *"- Semanas 1 a 14 (art. 14): sistema de aborto libre, sin alegación de causa o concurrencia de indicación alguna (sólo condicionado a información previa y a un periodo de reflexión).*
>
> *- Semanas 14 a 22 (art. 15.a y b): sistema de indicaciones (realmente este sistema rige desde la primera semana, pero en el periodo de solapamiento con el plazo anterior no se necesita alegación de causa alguna, por lo que es de imaginar que la gestante que desee interrumpir voluntariamente el embarazo, aunque sea por la presencia de una de las indicaciones contempladas en el mencionado artículo 15, acudirá al procedimiento más sencillo del artículo 14). Se mantiene la indicación embriopática prevista en la regulación anterior, aunque con ciertos cambios menores en la redacción; concretamente, ha de existir riesgo de graves anomalías en el feto y constar así en un dictamen*

[85] Artículo 17 de la Ley Orgánica 2/2010, tras la redacción dada por el art. único.14 de la LO 1/2023

[86] Macia Morillo, Andrea, "El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo", *RJUAM* n.º 23 (2011), p. 89

> *emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. Junto a ello, se mantiene la indicación del riesgo para la vida o la salud de la gestante.*
>
> *- Semanas 22 a término del embarazo (art. 15.c): sistema de indicaciones restrictivo, referido a dos supuestos: anomalías fetales incompatibles con la vida (hipótesis que conduce al nacimiento de criaturas que fallecen por causa de estas anomalías, por lo que no puede llegar a plantearse una reclamación por el hecho de vivir en esas condiciones) y, de nuevo, una indicación embriopática, si bien agravada: "cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico".*

Dos notables diferencias con relación al sistema de indicaciones anterior consisten en la previsión de un sistema de aborto libre durante las primeras catorce semanas de gestación y, ampliación durante todo el tiempo del embarazo del aborto embriopático en los supuestos de falta de viabilidad fetal o enfermedad extremadamente grave e incurable.

la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, fue objeto de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por setenta y un diputados del Partido Popular en el Congreso en junio de 2010, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de ocho artículos de la Ley y la Disposición Final Segunda, recurso que el Tribunal Constitucional ha resuelto y que a continuación analizaré.

Una cuestión sumamente interesante es la de considerar si la regulación del aborto protege los intereses de la futura criatura aún en estado embrionario o la de los progenitores, más bien los de la madre gestante, cuestión ésta que posteriormente analizaré al comentar la STC 44/2023, en todo caso, Pantaleón Prieto[87] indica al respecto:

> *"No cabe negar que en ocasiones cuando los padres recurren al aborto para evitar tener un hijo tarado (o cuanto solicitan el diagnóstico y asesoramiento al respecto), lo hacen desde la consideración de los intereses de la criatura. Pero innegable parece también que, cuando el legislador permite el aborto en tales supuestos, no lo hace para dar a la madre o a los padres la posibilidad de proteger los que a su juicio sean los intereses del futuro ser, sino exclusivamente sus propios intereses".*

Junto al consentimiento y la suficiente información que se deber prestar a la gestante, la reforma abordada en el año 2023 y aprobada mediante LO 1/2023, de 28 de febrero, ha incidido en la necesidad de garantizar el libre acceso a la prestación prevista en la cartera de servicios en los

[87] Pantaleón Prieto, Fernando, "Procreación artificial y responsabilidad civil" en La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987

hospitales públicos a lo largo de toda la geografía nacional, con la finalidad de asegurar, en todo caso, la igualdad efectiva a la hora de acceder a la práctica del aborto.

De conformidad con el último informe[88] disponible del Ministerio de Sanidad sobre interrupciones voluntarias del embarazo, a continuación, se muestran las tablas estadísticas relativas al número de abortos practicados entre los años 2012 a 2022, Comunidad Autónoma de residencia de la mujer, distribución porcentual del tipo de centro público o privado donde se practicó, semanas de gestación en que se practicó y motivo por el que se interrumpió el embarazo.

Tabla III. Número de Centros que han notificado IVE. Número de abortos realizados. Tasas por 1.000 mujeres entre 15 y 44 años. Total Nacional.

Año	Centros notificadores de I.V.E.	Total I.V.E.	Tasa por 1.000 mujeres
2022	222	98.316	11,68
2021	210	90.189	10,70
2020	207	88.269	10,33
2019	211	99.149	11,53
2018	211	95.917	11,12
2017	212	94.123	10,51
2016	201	93.131	10,36
2015	200	94.188	10,40
2014	191	94.796	10,46
2013	198	108.690	11,74
2012	189	113.419	12,12

Tabla IV. Tasas por 1.000 mujeres por cada grupo de edad. Total, Nacional.

Año	19 y menos años	20 - 24 años	25 - 29 años	30 - 34 años	35 - 39 años	40 y más años
2022	8,54	18,32	17,10	14,62	10,73	4,52
2021	7,90	16,09	15,54	13,74	10,28	4,19
2020	7,41	15,81	15,39	13,43	9,60	3,97

[88] Fuente: Informe Ministerio de Sanidad sobre interrupciones voluntarias del embarazo disponible en https://www.sanidad.gob.es/areas/promocionPrevencion/emabarazo/docs/IVE_2022.pdf

2019	9,19	18,71	17,49	14,50	10,08	4,18
2018	8,96	18,59	16,73	13,85	9,51	3,99
2017	8,84	17,42	15,74	12,61	8,98	3,90
2016	8,97	16,72	15,41	12,53	8,89	3,80
2015	9,38	16,67	15,21	12,50	8,79	3,80
2014	9,92	16,56	15,34	12,33	8,65	3,83
2013	12,23	19,43	16,84	13,42	9,22	3,92
2012	13,02	20,55	17,58	13,40	9,00	3,90

Tabla V. Distribución porcentual del número de abortos realizados según tipo de centro. Total Nacional.

Año	*Centros públicos*			*Centros privados*		
	total (%)	*hospital (%)*	*extrahosp. (%)*	*total (%)*	*hospital (%)*	*extrahosp. (%)*
2022	17,02	7,37	9,65	82,70	7,423	75,28
2021	15,67	6,27	9,40	84,33	7,34	76,99
2020	15,49	6,28	9,21	84,51	6,47	78,04
2019	14,32	6,20	8,12	85,68	6,66	79,02
2018	13,95	5,88	8,07	86,05	6,53	79,52
2017	12,39	5,05	7,34	87,61	6,58	81,03
2016	11,73	4,48	7,25	88,26	6,45	81,81
2015	11,72	4,67	7,05	88,28	6,86	81,42
2014	10,09	4,62	5,47	89,91	7,84	82,07
2013	8,96	4,22	4,74	91,04	7,62	83,42
2012	7,34	3,67	3,67	92,67	7,00	85,67

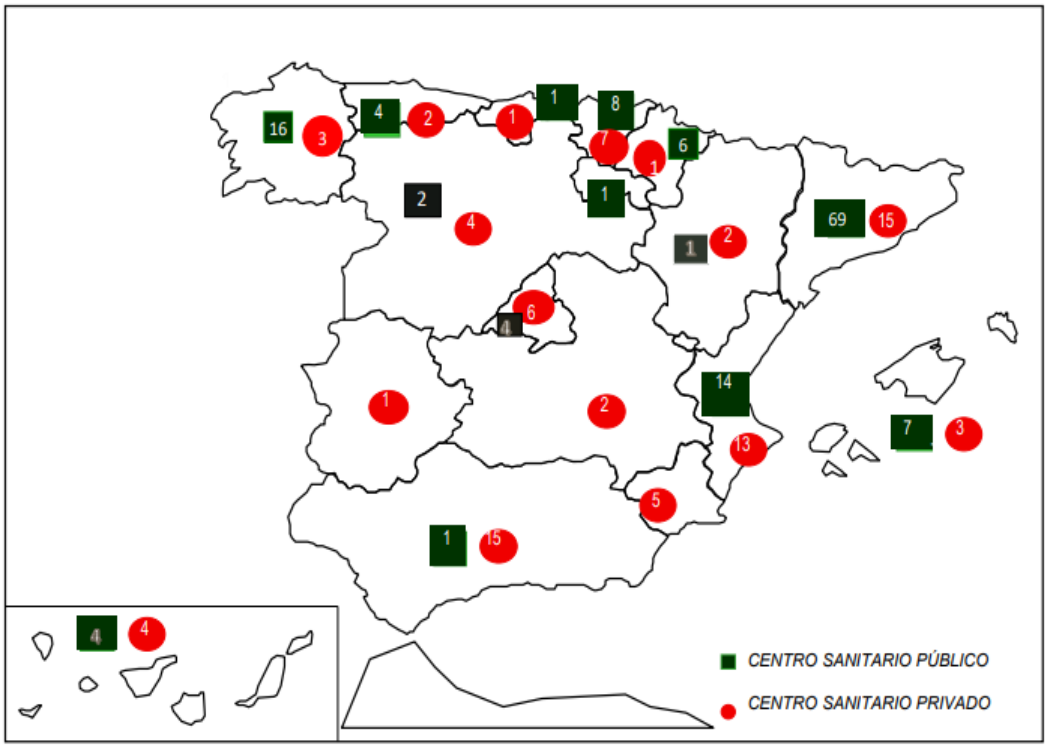
Tabla VI. Distribución porcentual del número de abortos realizados según semanas de gestación. Total Nacional.

Año	*8 o menos semanas (%)*	*9 -14 semanas (%)*	*15 - 22 semanas (%)*	*23 o más semanas (%)*
2022	73,04	21,90	4,88	0,18
2021	72,42	22,46	4,96	0,16

Tabla VII. Distribución porcentual del número de abortos realizados según motivo de la interrupción. Total, Nacional.

Año	A petición de la mujer (%)	Grave riesgo para vida o la salud de la embarazada (%)	Riesgo de graves anomalías en el feto (%)	Anomalías fetales incompatibles con la vida o enfermedad extremadamente grave e incurable (%)	Varios motivos (%)
2022	91,23	5,66	2,80	0,31	0,00
2021	90,98	5,58	3,12	0,29	0,03
2020	90,87	5,73	3,10	0,31	0,00
2019	90,90	5,85	2,93	0,32	0,01
2018	90,44	5,95	3,32	0,28	0,00
2017	89,75	6,38	3,56	0,30	0,01
2016	89,67	6,38	3,61	0,34	0,00
2015	89,46	6,51	3,71	0,31	0,00
2014	88,90	7,15	3,61	0,32	0,01
2013	89,93	6,94	2,84	0,28	0,01
2012	91,34	5,62	2,76	0,27	0,01

Imagen I. Distribución de centros que han notificado interrupciones voluntarias de embarazos según Comunidad Autónoma y dependencia patrimonial. España 2022



Analizando los datos estadísticos se llega a la conclusión que, durante el año 2022, la mayoría de los abortos se practicaron dentro de las catorce primeras semanas de gestación y a petición de la mujer embarazada sin que concurriera causa médica. Concretamente, el 73,04% de los abortos se produjeron con anterioridad a la octava semana de gestación; mientras que otro 21,9% se produjo entre las ocho y las 14 semanas. De este modo, el 94,94% de las interrupciones voluntarias del embarazo tuvieron lugar sin tener que ser informadas las gestantes por ningún facultativo, con la única decisión de la mujer embarazada.

Con relación a los motivos, en el 91,2 % de los casos fue a petición propia (89.697), en el 5,66% por grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada (5.565) y en el 2,79 % (2.748) por el de graves anomalías en el feto.

Las 98.316 interrupciones voluntarias del embarazo fueron realizadas en un total de 222 centros autorizados en todo el territorio nacional, el 82,70% de ellos centros derivados (concertados o no) y el 17,02% centros públicos. Cuatro comunidades autónomas no practicaron ninguna intervención voluntaria de embarazos en centros públicos.

En cuanto a la edad de las mujeres, las menores de 20 años representaron el 10,61% del total. El 41,28% de ellas declararon no usar ningún método anticonceptivo.

La modificación legislativa trata de resolver el problema que se venía dando en la sanidad pública española, la objeción de conciencia generalizada en la red pública de hospitales que comprometía seriamente la prestación del servicio. Con la nueva reforma se han añadido dos artículos (artículos 19 bis y 19 ter) relativos a la objeción de conciencia, derecho que de modo individual asiste a los profesionales sanitarios directamente implicados en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. En todo caso, el acceso o la calidad asistencial de la prestación no pueden verse afectados por el ejercicio individual del derecho a la objeción de conciencia. La Ley mandata que los servicios públicos se deberán organizar de modo que se garantice el personal sanitario necesario para el acceso efectivo y oportuno a la interrupción voluntaria del embarazo. Asimismo, todo el personal sanitario dispensará siempre tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a la práctica de una interrupción del embarazo.

El rechazo a practicar abortos en ejercicio del derecho a la objeción de conciencia debe manifestarse con antelación y por escrito, decisión que afectarán tanto a sus funciones en el

ámbito de la sanidad pública como de la privada. De este modo, la reforma trata de poner fin a otro de los problemas existentes en la práctica del aborto, la objeción de conciencia en la sanidad pública y la práctica de la interrupción del embarazo en la sanidad privada por parte de un mismo profesional sanitario. Así el artículo 19 ter. 2 establece que, aquellas personas que se declaren *"objetoras de conciencia lo serán a los efectos de la práctica directa de la prestación de la interrupción voluntaria del embarazo tanto en el ámbito de la sanidad pública como de la privada"*.

El artículo 19 ter de la Ley estipula la creación de un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia en cada una de las comunidades autónomas y en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA). La creación de dichos registros de objetores resultó inicialmente muy controvertida, al considerar que se pudieran vulnerar ciertos derechos fundamentales de los profesionales sanitarios, como la libertad de conciencia y el derecho a la privacidad. El legislador, previsor de este problema, determina que se deberá crear un protocolo que garantice la protección de los datos personales de los objetores de conciencia. Además, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a esta esta cuestión, pronunciamiento que, a continuación, analizaré. Por último, se encomienda a los servicios sanitarios, la adopción de aquellas medidas organizativas necesarias para garantizar la no discriminación tanto de las personas profesionales sanitarias no objetoras, evitando que se vean relegadas en exclusiva a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, como de las personas objetoras para evitar que sufran cualquier discriminación derivada de la objeción.

e) La STC 44/2023, de 9 de mayo

La STC 44/2023, de 9 de mayo, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por setenta y un diputados del Grupo Parlamentario Popular frente a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, sin perjuicio de declarar extinguido el recurso de inconstitucionalidad, por pérdida sobrevenida de su objeto, respecto de la impugnación del apartado cuarto del art. 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, y de la disposición final segunda de la misma ley orgánica, que modificó el apartado cuarto del art. 9 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El recurso tuvo por objeto específicamente los arts. 5.1 e), 8 in limine y letras a) y b), 12, 13.4, 14, 15 a), b) y c), 17.2 y 5, 19.2 y la disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo.

El TC considera que la aprobación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modificó la Ley Orgánica 2/2010, no deja sin objeto dicho recurso: (i) porque en las sesiones plenarias que tuvieron lugar los días 8 y 9 de febrero (con anterioridad a la aprobación de citada Ley Orgánica) el Pleno deliberó todos los puntos de la demanda y acordó por mayoría desestimar el recurso en su integridad, y (ii) porque lo que se cuestiona no es la concreta regulación contenida en la redacción originaria de la Ley de 2010, sino la posibilidad de pasar de un sistema de indicaciones a otro de plazos, cuestión que continúa plenamente vigente tras la entrada en vigor de la Ley de 2023.

La STC 44/2003 establece una serie de cuestiones previas a modo de pautas interpretativas esenciales para comprender el sentido de esta. Entre ellas, con relación al alcance del control de constitucionalidad de leyes, la aseveración de que la Constitución no es un programa cerrado, sino un texto abierto, tratándose de un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo, dando cabida a todas ellas, como no podría ser de otro modo en un ordenamiento constitucional que consagra como uno de sus valores superiores el pluralismo político (art. 1.1 CE). De este modo señala[89]: *"La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo" (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7, y citándola entre otras muchas, SSTC 194/1989, de 16 de noviembre, FJ 2; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 197/1996, de 28 de diciembre, FJ 8; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 1, y 49/2008, de 9 de abril, FJ 12).*

Por ello, la función del Tribunal al realizar el juicio de constitucionalidad —como afirmara ya la STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3— consiste en fijar los límites dentro de los cuales puede moverse libremente el legislador y convertir en ley sus opciones políticas, plasmar sus preferencias ideológicas y sus juicios de oportunidad. Libertad del legislador que deriva de su específica legitimidad democrática, de su naturaleza como representante en cada

[89] Fundamento jurídico 2º A)

momento histórico de la soberanía popular (art. 66 CE). "La ley, como emanación de la voluntad popular, solo puede ser en principio derogada o modificada por los representantes de esa voluntad, y solo para el caso de que el precepto legal infrinja la Constitución se ha concedido a este tribunal la potestad de anularla" (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 7)".

En el desarrollo de su labor de control el Tribunal debe interpretar la Constitución atendiendo al concreto contexto histórico y la necesidad de mantener una adecuada conexión entre los juicios de constitucionalidad que viene llamado a realizar y la realidad social sobre la que habrán de incidir tales juicios. Todo ello con relación al modo en que deben interpretare las normas de conformidad con los criterios hermenéuticos contemplados en el art. 3.1 del Código Civil que establece que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. Para ello se basa también en que el TEDH adopta igualmente un enfoque dinámico y evolutivo como forma de interpretar el Convenio para lograr que sus derechos sean prácticos y efectivos, teniendo presente las condiciones cambiantes en el Estado demandado, y en los Estados contratantes en general, y responder, por ejemplo, a cualquier convergencia evolutiva en cuanto a los estándares que deben alcanzarse.

Dado que la parte actora fundamenta buena parte de su recurso de inconstitucionalidad en la doctrina fijada en la STC 53/1985, la sentencia fija de modo categórico las diferencias entre el objeto del presente recurso de inconstitucionalidad y el objeto de aquella sentencia. Para ello, en primer lugar, indica que la STC 53/1985, ni ninguna otra constituyen parámetro de control de constitucionalidad. En segundo lugar, fija las diferencias sustanciales de los dos procedimientos. A estos efectos, recuerda que La STC 53/1985 fue dictada en el marco de un recurso previo de constitucionalidad contra un proyecto de ley orgánica de naturaleza penal del año 1983 y que tenía por objeto introducir en el Código penal un art. 417 bis, que excluía la punibilidad del aborto en determinados supuestos y que respondían a las denominadas indicaciones terapéutica, ética y embriopática. Quedando fuera del debate constitucional el análisis de una eventual inconstitucionalidad de una despenalización absoluta del aborto. En cambio, el objeto del recurso resuelto por la STC 44/2023 viene constituido por determinados preceptos de la LO 2/2010, cuyo objetivo es regular la interrupción voluntaria del embarazo como derecho de la mujer y, correlativamente, como prestación sanitaria, al margen del Código Penal. Y aquí radica una de las diferencias fundamentales atendiendo específicamente a la

realidad social de ambos momentos. La consideración jurídica y el tratamiento legal de la interrupción voluntaria del embarazo ha experimentado una profunda evolución, entre los años 1985 y el 2010, que transita desde el estricto castigo penal del aborto con severas sanciones, hacia un sistema de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo como derecho público subjetivo de la mujer y prestación sanitaria, de obligado cumplimiento para el Sistema Nacional de Salud, en el que se debe tratar de buscar el adecuado y justo equilibrio entre el respeto a los derechos e intereses legítimos de la mujer y la protección del nasciturus.

En palabras de la STC 44/2023[90]: "*En definitiva, desde la STC 53/1985 los consensos acerca de la consideración jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo han experimentado una profunda evolución hasta su regulación como derecho de las mujeres y correlativa prestación sanitaria, tratando de buscar el equilibrio entre el respeto a tales derechos y la protección de la vida prenatal*".

Lo que en el año 1985 suponía el establecimiento de una serie restringida de indicaciones en las que se admitía la despenalización de las prácticas abortivas se ha pasado, desde el año 2010, al reconocimiento del derecho de las mujeres gestantes a interrumpir voluntariamente su embarazo, ya que el mismo y su continuación o interrupción, afectan tanto al cuerpo de la mujer embarazada, a su proyecto de vida, a su forma de estar en el mundo y al modo de establecer relaciones personales, laborales, educativas, culturales, incluso de ocio y esparcimiento.

Para el TC, el derecho de la gestante a decidir interrumpir su embarazo se encuentra amparado, tanto en el art. 10.1 CE, que consagra "la dignidad de la persona" y el "libre desarrollo de la personalidad", y en el art. 15 CE, que garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral.

Ahora bien, reconoce, como no podría ser de otro modo, que el citado derecho a la interrupción voluntaria del embarazo no tiene carácter absoluto, dado que su ejercicio se encuentra limitado por otros derechos o bienes constitucionales con los que puede entrar en colisión. Especialmente se puede generar un conflicto entre aquél y la vida prenatal, que, como ya expresó la STC 53/1985 es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 CE (STC 53/1985, FFJJ 5 y 7).

[90] Fundamento jurídico 2º C) c) iv) in fine

Para determinar si los preceptos impugnados son o no conformes con la Constitución, el TC analiza, y utiliza como criterio esencial, si los preceptos recurridos responden a una correcta ponderación entre los derechos constitucionales de la mujer embarazada y el deber del Estado de proteger la vida prenatal. Para ello, acude a la llamada técnica de la ponderación, con la finalidad de verificar si la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo constituye una limitación proporcionada de los derechos y bienes en conflicto.

En primer lugar, considera que la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad sirven como fundamento del derecho de la mujer a su autodeterminación respecto de la decisión de interrumpir su embarazo. Los citados principios otorgan una primera protección constitucional a la mujer embazada a la hora de adoptar una decisión que afecta directamente a su esfera de libertad. De hecho, considera que cualquier restricción a la libertad de la mujer para adoptar por sí misma una decisión que resulta trascendental en su vida, compromete su desarrollo vital incide sobre su libertad, proclamada como valor superior del ordenamiento jurídico en art. 1.1 CE.

Por otra parte, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad no constituyen tan solo fundamentos abstractos informadores del ordenamiento jurídico en su conjunto, sino que supone auténticos mandatos jurídicos objetivos que poseen un valor relevante en la normativa constitucional. El hecho de decidir abortar o proseguir con el embarazo tiene una relación inmediata y directa con la dignidad de la mujer gestante definida aquella como: *"el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida"*[91].

La dignidad de la persona garantiza a todos un ámbito mínimo de autonomía en el que se incluyen las decisiones que puede considerarse que afectan al libre desarrollo de su personalidad. Así entendida es fácil comprender que la decisión de la gestante con relación a continuar con su embarazo, con las consecuencias que ello implica en todos los órdenes de su vida enlaza de forma directa con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, en cuanto afecta a la libertad de procreación de la mujer y condiciona indiscutiblemente su proyecto de vida desde todos los puntos de vista: físicos, psicológicos, sociales, familiares, etc.

[91] STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7

El TC concluye que ambos principios se verían abrogados si desde el punto de vista legislativo se impusiera en todo caso a la mujer gestante, de modo general y absoluto, la culminación de su embarazo mediante el nacimiento.

En segundo lugar, considera igualmente que el derecho a interrumpir el embarazo forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral de la mujer consagrado constitucionalmente en el art. 15, tanto en su vertiente estrictamente corporal como moral o espiritual, al incidir directamente en su proyecto de vida en el libre desarrollo de su personalidad[92]: *"Con fundamento en todo lo expuesto, consideramos que la interrupción voluntaria del embarazo, como manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE)".*

Ahora bien, como he señalado, el derecho de la gestante a interrumpir voluntariamente su embarazo no tiene carácter absoluto, al igual que el ejercicio del resto de derechos, constituyendo su principal límite el bien jurídico y constitucionalmente protegido de la vida prenatal.

El TC se ratifica en la idea sentada en la STC 53/1985, consistente en que la "vida humana es un devenir", cuyo comienzo coincide con gestación y que finaliza con la muerte de la persona. Proceso en el que[93]: *"se genera un tertium, existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en su seno, y en el que se producen "cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el estatus jurídico público y privado del sujeto vital", gozando de especial trascendencia en dicho estatus "el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana".*

El feto, que no ostenta la condición de persona, si constituye un bien jurídico protegido, ya que difícilmente puede protegerse la vida, si no se protege igualmente la etapa de su proceso que debe desarrollarse de modo efectivo para que sea factible, en el futuro, la vida independiente.

[92] Fundamento Jurídico 3º B) b) in fine
[93] Fundamento Jurídico 3º C)

Ahora bien, el TC se reafirma en su doctrina[94] de que la titularidad del derecho a la vida proclamado por el art. 15 CE corresponde exclusivamente a quienes han nacido y cuentan, por el hecho del nacimiento, con personalidad jurídica plena, sin que se pueda extender esta titularidad a quienes han sido concebidos, pero todavía no han nacido. Quien no es persona no puede ser, no es, titular de derechos, ni, por ende, de derechos fundamentales.

Por esta razón en el supuesto de la vida prenatal no nos encontramos, pues, ante el derecho fundamental mismo, sino ante un bien jurídico constitucionalmente protegido, como parte del contenido normativo del art. 15 CE.

Tras estas fundamentales consideraciones la STC 44/2023, efectúa un exhaustivo análisis del sistema de plazos recogido en la LO 2/2010, catalogándolo como un *"sistema "de tutela gradual" de la vida del nasciturus o, más propiamente, de limitación de los derechos constitucionales de la mujer en aras de proteger la vida prenatal"*[95]. Por lo que respecto al aborto practicado dentro de las primeras 14 semanas de gestación, el TC indica que, el hecho de reconocer el aborto libre dentro de estas 14 primeras semanas no significa que la vida prenatal carezca de protección alguna, ya que la Ley brinda la posibilidad de desarrollo de políticas públicas de "apoyo a la maternidad" y de "promoción de una sexualidad responsable y segura"[96]. Del mismo modo, en el fundamento jurídico cuarto, argumenta que, el reconocimiento del aborto libre hasta la semana 14 de gestación constituye un requisito indispensable para garantizar la efectividad de los derechos constitucionalmente protegidos de la mujer. A ello hay que añadir la sanción penal de la interrupción del embarazo llevada a cabo sin el consentimiento informado de la mujer embarazada (art. 144 CP), o sin cumplir con las condiciones exigidas por la L.O. 2/2010.

La Ley sustituye el anterior sistema de indicaciones por un sistema de plazos vinculado a la gestación, tal y como ya expuse con anterioridad.

En cuanto a la interrupción voluntaria del embarazo dentro del periodo comprendido entre el fin de la catorce y el fin de la vigésimo segunda semana de gestación, en el que sólo se permite la interrupción voluntaria del embarazo en dos supuestos médicamente acreditados: *"grave riesgo*

[94] STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 3, "en el caso de la vida del nasciturus, no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino, como veremos, ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15 CE De ahí que no quepa invocar una garantía normativa, la del contenido esencial, que la Constitución reserva precisamente a los derechos y libertades mismos, reconocidos en el capítulo segundo del título I de la Constitución (art. 53.1 CE). No cabe, por tanto, en rigor, hablar de un contenido esencial de un bien jurídico constitucionalmente protegido en el sentido del art. 53.2 CE".
[95] *Ibídem*, Fundamento Jurídico 4º
[96] *Ibídem*, Fundamento Jurídico 5º

para la vida o salud de la embarazada",[97] o *"riesgo de graves anomalías del feto"* el TC determina su constitucionalidad, ya que, lejos de existir una "imposibilidad de control" como alegan los recurrentes, la Ley obliga a la emisión, por parte de un médico especialista, de un dictamen que acredite la existencia del peligro para la salud de la mujer gestante[98], o de anomalías en el feto. En ambos supuestos, la tutela de la vida prenatal se lleva a cabo mediante la sanción penal (art. 145 CP) de la interrupción del embarazo llevada a cabo durante este periodo al margen de los supuestos específicos regulados por la LO 2/2010, o, sin respetar las condiciones legalmente establecidas para la realización de la intervención (art. 145 *bis* CP).

Con relación al último periodo, a partir de la finalización de la semana vigesimosegunda de gestación, momento en el que parece existir un consenso científico en que se sitúa el umbral de la viabilidad fetal, tan sólo se admite la interrupción del embarazo en los supuestos de detección de anomalías fetales incompatibles con la vida, así determinado previamente por un médico o especialista, distinto del que practique la intervención, o, que concurra una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico confirmada por un comité clínico, supuesto al que se dota de una mayor garantía, para su constatación por parte de un comité clínico, formado por un equipo multidisciplinar integrado por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal, y un pediatra.

El modelo de plazos fijados en la Ley, con los diferentes supuestos a partir de la semana decimocuarta, constituye a la vez una tutela gradual de la vida del nasciturus más intensa a partir de la catorce y aún mayor a partir de la veintidós de gestación, junto a una paralela limitación gradual de los derechos de la mujer, fruto de los cambios cualitativos que sucesivamente van aconteciendo y que, deben reflejarse en el diferente grado de protección dispensado al nasciturus. Opción legislativa, a juicio de la sentencia, plenamente constitucional, dado que garantiza la adecuada protección de la vida prenatal, mediante la exigencia de medidas preventivas y sancionadoras, cuyo alcance varía conforme avanza el estado de gestación, protección que no vulnera los derechos de la mujer. Sistema de plazos, por otra parte, común en los países integrantes del Consejo de Europa[99]: *"Este sistema de plazos, declarado conforme con el Convenio europeo de derechos humanos por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión de 19 de mayo de 1992, relativa a la admisibilidad del asunto H. c. Noruega (17004/90), se corresponde con el adoptado*

[97] Artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo
[98] Fundamento Jurídico 6º

[99] *Ibídem, Fundamento Jurídico 4º c)*

por la práctica totalidad de los Estados integrantes del Consejo de Europa, cuya Asamblea Parlamentaria se pronunció, ya en el año 2008, en favor de su extensión a aquellos otros Estados con legislaciones más restrictivas".

Para la STC 44/2023, la restricción de los derechos de la mujer a partir de la finalización de la semana catorce de gestación, con la exigencia de concurrencia de una serie de circunstancias adicionales a la libre voluntad de la mujer para poder interrumpir voluntaria y de modo legal su embarazo, es constitucional porque:

1º.- obedece al legítimo fin de proteger la vida prenatal;

2º.- resulta suficiente y necesaria para alcanzar una adecuada protección;

3º.- su configuración gradual, según avanza la gestación y el desarrollo fisiológico-vital del concebido, justifica desde el punto de vista del canon de la proporcionalidad, la limitación o afección de derechos fundamentales de la gestante;

4º.- se efectúa respetando, la posibilidad de un ejercicio "razonable" de los derechos de la mujer, a través del reconocimiento a la gestante de un ámbito temporal en que poder decidir, de manera libre e informada, si continúa adelante con la gestación u opta por interrumpirla, asumiendo de modo consciente y voluntario todas las consecuencias derivadas de una u otra decisión.

Teniendo presente, respecto de las garantías legales de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, que el TC establece, en todo caso, la obligación del Estado de garantizar el acceso al aborto. Además, señala que, aquellas acciones destinadas a limitar injustificadamente, o de forma desproporcional el acceso de las mujeres al aborto[100] *"constituyen una discriminación por sexo prohibida en el art. 14 CE*", ya que el embarazo afecta de manera exclusiva a las mujeres.

A partir de la semana veintidós de gestación, resulta evidente que la LO 2/2010, prioriza la protección de vida prenatal sobre los derechos constitucionales de la mujer, los cuales han quedado suficientemente garantizados a través de las opciones concedidas a la gestante con anterioridad a ese momento, al permitir la interrupción del embarazo en dos supuestos absolutamente excepcionales en los que, o bien no cabe hablar de "vida" prenatal en sentido propio, dada la falta de viabilidad del feto, o acontece un gravísimo compromiso, no solo de los derechos de la mujer gestante sino también de integridad física y moral del propio feto, al concurrir una enfermedad extremadamente grave e incurable.

[100] *Ibídem*, Fundamento Jurídico 8º

Compromiso de integridad física y moral del propio feto a partir de la semana veintidós, por la existencia de una enfermedad extremadamente grave e incurable que es lógicamente trasladable al supuesto de aborto a partir de la finalización de la semana catorce hasta la finalización de la vigésimo segunda, cuando concurren graves anomalías en el feto, que obviamente también pueden producir ese compromiso moral del propio feto. Compromiso físico y moral del feto al que luego aludiré para justificar la viabilidad de las acciones por *wrongful life* por el propio hijo.

Como ya he indicado, el artículo 15 apartados b) y c) de la L.O. 2/2010 regula dentro de la rubricada interrupción por causas médicas la denominada "indicación embriopática" o "eugenésica", cuando concurra alguna de los siguientes presupuestos:

1º) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

2º) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

En la STC 44/2023 se analiza la constitucionalidad de estas previsiones desde distintos puntos de vista.

El primero de ellos, tiene que ver con la posible discriminación de los concebidos con discapacidad que merecen una protección constitucional en condiciones de igualdad con los no discapacitados, y la posible vulneración de los preceptos constitucionales: 14 (principio de igualdad), 15 (derecho a la vida), 43 (derecho a la protección de la salud) y 49 (protección de personas con discapacidad).

El TC considera que, aunque el nasciturus o más bien la vida prenatal, constituye un bien jurídico protegido, el feto en sí mismo considerado no es titular del derecho a la vida proclamado por el art. 15 CE, ni de derecho fundamental alguno, derechos cuya titularidad se reserva exclusivamente a los nacidos, es decir, a las personas. De este modo, no pueden considerarse vulnerados por el art. 15 de la Ley Orgánica 2/2010, los arts. 14 CE, 15, 43 y 49 CE, pues el no

nacido no es titular de los derechos proclamados por aquellos o que se deriven directa o indirectamente de los citados preceptos constitucionales.

En este sentido, cabe recordar que, entre otros autores, Torre de Silva[101], entiende que la LO 2/2010, estatuye una clara discriminación hacia los discapacitados en el régimen de la interrupción voluntaria del embarazo, que se proyecta sobre la responsabilidad por *wrongful birth,* tanto civil extracontractual como patrimonial de la Administración: *"En efecto, esta se construye tutelando el poder judicial conductas abiertamente contrarias al principio de igualdad y no discriminación por razón de la discapacidad y en claro contraste con el espíritu y la finalidad de la Convención. Solo cabe confiar en que la sensibilidad de la sociedad y de los aplicadores del derecho conduzca a una rectificación en este campo".*

Considera que la normativa española al contemplar en los apartados b) y c) del art. 15 la posibilidad de interrumpir el embarazo cuando no hayan transcurrido 22 semanas de gestación y exista riesgo de graves anomalías en el feto, o aun superándolas, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable, configura un tratamiento profundamente desigualitario a las personas que sufren algún tipo de discapacidad con relación a las que no la padecen: "*Como es obvio, se está configurando un tratamiento legal excepcional y mucho menos favorable para los fetos con «graves anomalías» o con enfermedades «extremadamente graves e incurables». Su dignidad, precisamente por su discapacidad, no se respeta de modo adecuado, pues en vez de promover medidas para favorecer su integración en la sociedad se dan mayores facilidades para su eliminación, como algo indeseable. De modo implícito se considera de distinto valor la vida en función de la capacidad o discapacidad*"[102]. Estima que la regulación y la jurisprudencia, que posteriormente analizaré sobre el *wrongful birth*, contravienen la Convención sobre la Protección de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España mediante instrumento de 23 de noviembre de 2007 (Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008).

En el mismo sentido, se pronuncia Lora-Tamayo Rodríguez[103] que al comentar la STC 44/2023 establece dos conclusiones:

> "*Primera. En la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, el derecho a la vida de algunos concebidos con discapacidad es inferior al de los concebidos*

[101] Torre de Silva, Víctor, "Responsabilidad por wrongful birth y discapacidad", *Revista de Administración Pública* 203, mayo-agosto año 2017, p. 136
[102] Torre de Silva, Víctor, op. cit., p..128
[103] Lora-Tamayo Rodríguez, Isidro, "Concebidos con discapacidad en la Ley reguladora del aborto*", Revista Notario del Siglo XXI* n.º 110, julio-agosto, 2023, disponible en https://www.elnotario.es

con capacidad.
Segunda. La adopción del modelo médico es regresiva, pues el modelo social es el que había adoptado el legislador en leyes anteriores. Así, en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, durante la presidencia del Sr. Rodríguez Zapatero, dice en su Preámbulo: "La presente Ley, de acuerdo con la Convención, supera este modelo médico asumiendo la perspectiva social y de derechos y capacidades, que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social". En igual sentido se manifiestan las Exposiciones de Motivos de la Ley de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía; de la Ley 9/2018, de 24 de abril, de modificación de la Ley 11/2003, de la Generalitat Valenciana; de la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de Castilla y León; el Preámbulo de la Ley de Garantías de los Derechos de las Personas con discapacidad de la Comunidad de Cantabria y el de la Ley Foral de atención a las personas con discapacidad en Navarra. Por su parte la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se inspira en este modelo social al decir en su Preámbulo: "Que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio. La reforma normativa impulsada por esta Ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social".

La citada Convención cabe recordar que, tal y como establece su art. 1º, tiene por finalidad la igualdad de las personas con discapacidad en el libre ejercicio y reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas: "*El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.*

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

Para conseguir esa igualdad real y efectiva la Convención estipula una serie de mandatos a los Estados parte, como adoptar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad, o, el conjunto de obligaciones contempladas en su art. 5:

"1. Los Estados Parte reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Parte prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fi n de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Parte adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad".

Torre de Silva parte de dos ideas clave en su argumentario. Primera, basada en la premisa de que la Convención no supedita el ejercicio y reconocimiento de los derechos que en ella se reconocen al requisito de que el discapacitado tenga o no reconocida personalidad jurídica por lo que sería de aplicación igualmente al nasciturus: "*El que los nascituri no gocen de personalidad jurídica no implica que no pueda existir una discriminación en el régimen jurídico de la interrupción de embarazo"*[104].

La segunda, basada en la premisa de que la LO 2/2010, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, no configura el aborto como un derecho de modo expreso, sino que lo que asiste a la mujer gestante es el derecho a recibir una prestación sanitaria requerida para la interrupción legal del embarazo. Para ello, se basa en el tenor literal del art. 12 de la LO 2/2010, que con relación al aborto únicamente garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones determinadas en la propia Ley. Su fundamento lo encuentra en las argumentaciones del dictamen del Consejo de Estado[105], emitido durante la elaboración del anteproyecto de ley, en cuyo apartado IV de consideraciones señala:

"De la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la que se mueve la presente consulta y del conjunto del propio texto del anteproyecto no resulta un derecho al aborto —algo desconocido en los ordenamientos de nuestro entorno susceptibles de ser tomados como modelos—, sobre el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha rehusado pronunciarse (TEDH/2007/20, caso Tysiac contra Polonia, par. 104), que ni siquiera se menciona en los instrumentos internacionales relativos a los derechos de la mujer (véase Res 48/104 de 20 de diciembre de 1993, art. 3) y cuya formulación carece de fundamento en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, una vez que, como antes se expuso, el Tribunal Constitucional ha sentado y reiterado la tesis de que el feto constituye un "tertium" independiente de la madre y que, aún sin ser titular de un derecho a la vida, sí es un bien

[104] Torre de Silva, Víctor, op. cit., p 130.

[105] Dictamen de 17 de septiembre de 2009, número 1384/2009.

jurídico digno de protección —en cuanto esperanza de vida—, resulta lógica una doble conclusión, a saber: de un lado, en caso de conflicto, puede considerarse su sacrificio en aras de un interés superior; incluso si, por hipótesis más adelante analizada, fuera la madre gestante la única que debiera hacer tal ponderación y tomar la decisión oportuna. Pero, de otro lado, no puede reconocerse un derecho subjetivo —semejante al de propiedad— o un derecho personalísimo —como el que existe sobre el propio cuerpo— a eliminar tal bien, dotado de sustantividad propia, de relieve vital y, en consecuencia, de interés objetivo y general, como, tomando pie en la normativa francesa al respecto, ha reconocido expresamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 13 de febrero del 2003 (TEDH/2003/, caso Odièvre contra Francia, par. 45). Ello aconseja matizar la confusa y, por ende, polémica expresión del art. 12 del anteproyecto consultado, referente, según se precisa más adelante, no a un derecho al aborto sino a la prestación sanitaria requerida por la interrupción voluntaria del embarazo. Basta a estos efectos decir "se garantiza" puesto que la expresión "se reconoce" es propia de las declaraciones constitucionales de derechos fundamentales".

En cambio, la STC 44/2023 considera que, de los Tratados internacionales suscritos por España no puede derivarse que exista una obligación de atribuir al concebido la consideración de "persona" a efectos de reconocerle la titularidad de derechos y, en concreto, del derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación. Y ello pese a que el art. 10 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, habla del derecho a la vida "de todos los seres humanos" frente al resto de tratados que se refieren a la persona cuando atribuyen la titularidad de los derechos en ellos indicados y fundamentalmente respecto la igualdad y no discriminación, art. 26 PIDCP, art. 14 CEDH y art. 20 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. De este modo indica que: *"la extensión de los beneficios previstos en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 al concebido queda dentro del margen de apreciación de cada Estado. El legislador español ha optado por no atribuir al embrión y al feto personalidad jurídica, rigiendo a estos efectos lo dispuesto en el art. 29 del Código civil para el que "el nacimiento determina la personalidad". Partiendo de esta opción del legislador —cuya constitucionalidad fue expresamente declarada por la STC 53/1985 y ha sido reiterada en las SSTC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 3, y 116/1999, de 17 de junio, FJ 4— no puede afirmarse que la Convención de 2006, en concreto su art. 10, obligue al legislador a modificar sus opciones o a este tribunal a reinterpretar su doctrina en esta materia a fin de garantizar a los concebidos con discapacidad la titularidad de los derechos fundamentales a la vida o a la no discriminación, ni que de ello pueda derivarse la inconstitucionalidad de la indicación embriopática"*[106].

[106] Fundamento Jurídico 7ª A) a)

El segundo reproche a la regulación del aborto embriopático va referido a la supuesta imprecisión de los términos empleados: "graves anomalías en el feto", "anomalías fetales incompatibles con la vida" y "enfermedad extremadamente grave e incurable", que justifican la interrupción voluntaria del embarazo en estos supuestos, lo que a juicio de los recurrentes puede generar inseguridad jurídica, reconducible a la vulneración del art. 9.3 CE. La STC 44/2023 considera que los términos empleados son susceptibles de ser definidos de forma "acorde con el sentido idiomático general" pese a que contienen un margen de apreciación. Destaca lo acertado de la sustitución del término taras por anomalías en el feto, concepto comprensivo de malformación, alteración biológica, congénita o adquirida y que la exigencia de que la misma sea grave o la enfermedad extremadamente grave, denota su trascendencia y su permanencia en el tiempo. Al igual que la enfermedad sea incurable expresa que la misma es irreversible.

La utilización por los apartados b) y c) del art. 15 de la LO 2/2010, de las citadas expresiones que delimitan los supuestos de hecho justificativos de la posibilidad de practicar un aborto embriopático, es fiel reflejo de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. Como señala Martín Rebollo[107] el Derecho es lenguaje:

> *"Y en efecto, el Derecho, las normas se montan sobre las palabras y las palabras evocan realidades, ideas, conceptos, muchos de los cuales apelan a la experiencia personal, a las pautas culturales, al entorno social, a la propia educación y a las costumbres. Muchas de estas ideas y conceptos son incontrovertibles, cerrados, objetivos, tangibles. En definitiva, son conceptos determinados que es fácil aplicar en cada caso. Pero muchas otras veces son conceptos abiertos, es decir, indeterminados, que hay que concretar y determinar a la hora de aplicar o no la consecuencia que la norma prevé".*

Las normas jurídicas a menudo contienen términos o conceptos jurídicos indeterminados. Estos conceptos presentan dos áreas de certeza: una negativa, donde está claro que el concepto no se cumple, y otra positiva, donde se cumple el requisito y el concepto indeterminado se aplica plenamente. En medio de estas áreas se encuentra la zona de incertidumbre, también conocida como el "halo" del concepto.

Constituye responsabilidad del intérprete de la norma reducir al máximo esta zona de incertidumbre, ya que es el único espacio donde puede existir cierto margen de discrecionalidad. Sin embargo, en la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados, solo hay una solución correcta o justa, a diferencia de lo que ocurre con la discrecionalidad, donde la Administración

[107] Martín Rebollo, Luis, *"Manual de Derecho Administrativo",* 7ª edición, Aranzadi, 2023, p.609

suele tener margen interpretativo para aplicar diversas soluciones, todas potencialmente correctas y legítimas.

En el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, es necesario determinar si se cumple o no el requisito indeterminado establecido en el caso concreto que el operador jurídico debe aplicar. Es decir, se trata de verificar si se cumple o no ese requisito para deducir el régimen jurídico específico que corresponde. En resumen, el objetivo es determinar si se dan las condiciones necesarias para aplicar el concepto indeterminado en cuestión y derivar, en consecuencia, el régimen jurídico correspondiente.

Las expresiones "graves anomalías en el feto", "anomalías fetales incompatibles con la vida" o "enfermedad extremadamente grave e incurable", responden a la utilización por parte del legislador orgánico de conceptos jurídicos indeterminados. En los distintos supuestos que se pueden presentar, con apoyo de la ciencia médica, seguramente existirán en ellos una zona de certidumbre negativa en la que se coincidirá que la enfermedad no resulta extremadamente grave o no se trata de graves anomalías fetales; otra zona, al contario de certidumbre positiva en la que si se tratará de una enfermedad extremadamente grave o de una grave anomalía fetal; y otra zona del halo del concepto, en la que surgirán ciertas dudas, pero en la que aun así, habrá que determinar si efectivamente concurre la extrema gravedad de la enfermedad o la gravedad de la anomalía fetal. Para ello, el operador jurídico tendrá que basarse en las opiniones técnicas suministradas a lo largo del expediente o mediante la práctica de las pruebas periciales pertinentes que arrojen luz sobre una cuestión que resulta trascendental a la hora de considerar viable la interrupción legal del embarazo por causas médicas.

No cabe duda de que, al no existir más que una solución justa, resultará difícil, incluso para los especialistas en la materia, determinar en determinados supuestos si efectivamente concurre el supuesto de hecho previsto en la norma.

A mi juicio, el tratamiento tan escueto de la sentencia a esta importantísima cuestión, a la que sólo dedica dos párrafos, es una de las principales carencias de la STC 44/2023. Cuestión trascendental debido a que constituyen los supuestos de hecho delimitadores o justificativos de la práctica de aborto embriopático, y cuya concurrencia resulta exigible. Comprendo la dificultad de ofrecer soluciones válidas aplicables a todos los supuestos que pueden presentarse, pero un mayor esfuerzo argumental con determinación de criterios jurisprudenciales trasladables a los distintos supuestos hubiera sido más que deseable.

Por ejemplo, en el caso, que motivo esta tesis, del feto afectado por la anomalía de síndrome de Morris, analizado en el apartado 2º del capítulo I, y que pudiera justificar, en su caso, una interrupción legal del embarazo en aplicación del apartado b) del art. 15 por la existencia de riesgo de graves anomalías en el feto y su detección dentro de las veintidós semanas de gestación, no existe la certeza, ni jurídica ni científica, de que efectivamente nos encontremos verdaderamente ante una grave anomalía. Que se trata de una anomalía resulta incuestionable. Ahora bien, más dudoso se presenta su carácter de gravedad. ¿Hasta qué punto es grave padecer la anomalía de síndrome de Morris? ¿Resulta tan grave como para justificar la apreciación del supuesto de hecho previsto en la norma que justifique la práctica de un aborto? La respuesta se antoja nada pacífica. He podido consultar con varios expertos en la materia y no existe ni mucho menos unanimidad al respecto. Opiniones en todos los sentidos dentro de la comunidad científica. Sí existe unanimidad en que, en modo alguno, esa anomalía justificaría una interrupción del embarazo transcurridas veintidós primeras semanas de gestación al amparo del apartado c) del art. 15 L.O.2/2010, ya que no se trata de una anomalía fetal incompatible con la vida, ni de una enfermedad del feto extremadamente grave e incurable, tal y como dictaminó el comité clínico de Cantabria. Pero ¿constituye o no un supuesto de grave anomalía fetal contemplado en el art. 15 b)? La respuesta, como he dicho no resulta pacífica desde el punto de vista científico-sanitario. Pero, pese a su dificultad debe darse una respuesta, debido a que si constituye una anomalía fetal grave estaría justificada la interrupción y, en caso contrario, la misma no estaría permitida. En el supuesto del apartado b) del art. 15 se requiere un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. Por lo que nos podemos encontrar con un mismo supuesto de hecho, detección del síndrome de Morris en estado gestacional dentro de las veintidós primeras semanas de gestación, y, que la opinión de los facultativos pueda ser diferente al respecto y, por tanto, otorgar o no cobertura legal a la pretendida interrupción del embarazo. Y esto resulta sumamente importante, dado que, la prosperabilidad del ejercicio de acciones *wrongful life* y *wrongful birth*, presupone, en todo caso, que se haya privado a la gestante del derecho a decidir entre optar por la continuación de la gestación o por la interrupción del embarazo, lo que inevitablemente supone que nos encontremos ante un supuesto en que sea factible y viable jurídicamente la práctica del aborto.

La interrupción voluntaria del embarazo desde la semana catorce hasta la terminación de la semana veintidós de gestación, por la concurrencia de riesgo acreditado de graves anomalías en el feto, a juicio del TC encuentra su legitimación constitucional en la "inexigibilidad de otra

conducta" desde el punto de vista jurídico-penal, y también por la inevitable y excepcional afectación a los derechos constitucionales de la mujer. El derecho fundamental a su integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), amparan el reconocimiento a la gestante de un espacio de libertad razonable en que poder adoptar, de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo, la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación, asumiendo las consecuencias derivadas de una u otra decisión de forma consciente y meditada. Resulta evidente que, con independencia de la decisión que adopte la gestante, no resulta similar, contar con el conocimiento de que el feto presente anomalías de carácter grave que desconocer tal situación. El libre desarrollo de la personalidad de la gestante justifica el que se la conceda un plazo superior a las catorce primeras semanas de gestación para poder llevar a cabo una interrupción voluntaria del embarazo en estos supuestos. Y ello se basa en el hecho irrefutable, desde el punto de vista científico, que las semanas catorce a veintidós de gestación, constituyen el periodo temporal apto para la detección de la mayoría de las anomalías y enfermedades que puede presentar el feto y que condicionaran en el futuro su existencia como ser humano. Solo alcanzado ese margen temporal se puede garantizar adecuadamente que la decisión que adopte la gestante pueda ser con pleno conocimiento de causa, incluyendo la posible o probable presencia de anomalías fetales graves y las eventuales consecuencias de tales anomalías para la mujer como para su descendiente.

En definitiva, nos encontramos ante supuestos de conflicto entre la protección jurídica de la vida prenatal y los derechos constitucionales de la mujer embarazada, en los que, a juicio del TC, priman estos últimos por las especiales características de los supuestos delimitadores que justifican la práctica de abortos embriopáticos, tal y como aparecen configurados en los apartados b) y c) del art. 15 de la LO 2/2010. Precisamente por esta colisión hubiera sido deseable un mayor esfuerzo argumental del TC a la hora de avalar la constitucionalidad de precepto con base en los términos empleados en el precepto.

La STC 44/2023 destaca, a la hora de declarar la constitucionalidad del art. 12 de la LO 2/2010, relativo a la efectiva garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones determinadas legalmente, que tanto el embarazo como su eventual interrupción constituyen acontecimientos que afectan de manera exclusiva a las mujeres, y, por tanto, las limitaciones injustificadas o desproporcionadas de sus derechos derivadas de tales

acontecimientos, anudados indisolublemente a su sexo, constituyen una discriminación por sexo prohibida por el art. 14 CE.

En efecto, la STC se apoya en su doctrina orientada a la construcción de un ámbito de protección constitucionalmente reforzada de los derechos de las mujeres que optan por ser madres, partiendo del hecho de que la maternidad, los hechos biológicos asociados a la misma, como son el embarazo, parto y lactancia natural, y las tareas asociadas al cuidado de los hijos, asumidas por las mujeres de manera claramente mayoritaria hasta la fecha, se sitúan en el origen y la base de la histórica desigualdad entre sexos.

A juicio del TC para alcanzar que la igualdad entre hombres y mujeres sea real y efectiva, no basta con proteger de manera reforzada los derechos y expectativas legítimas de las mujeres que optan por la maternidad. Se hace preciso proteger los derechos de las gestantes que, ante un acontecimiento asociado a su sexo como es el embarazo, deciden interrumpirlo libremente, dentro de los supuestos y condiciones establecidos por la propia ley.

Esta cuestión resulta sumamente importante a la hora de delimitar, como posteriormente desarrollaré, la legitimación activa para el ejercicio de las acciones por *wrongful birth* o nacimiento injusto, en el sentido de si debe reconocerse exclusivamente a la madre, a la madre y al padre conjuntamente, o también al padre de modo individual. Y unido a ello, la extensión de los conceptos que pueden ser objeto de indemnización que, a mi juicio, va a depender de que sujeto o sujetos ejerciten la acción.

De los votos particulares a la STC 44/2023 debo destacar que el formulado por los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño, pone especial énfasis sobre el exceso de jurisdicción que comete la sentencia al enjuiciar el modelo de plazos en lugar de preceptos concretos y, al calificar el aborto como derecho, como un nuevo derecho fundamental, siguiendo las pautas de la STC 19/2023, de 22 de marzo, en relación con la eutanasia. A su juicio, la STC 44/2023 alumbra el nuevo derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción voluntaria del embarazo, como un derecho fundamental anclado en el art. 15 CE, en su dimensión de "derecho a la integridad física y moral", como manifestación de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), en conexión con el valor libertad (art. 1.1 CE), y contrapuesto al deber del Estado de proteger la vida prenatal como bien constitucionalmente protegido. A Juicio de los magistrados discrepantes de la mayoría: *"Con ello, la sentencia se sitúa fuera de los márgenes del control de constitucionalidad que a este*

tribunal corresponden, pues reconocer derechos fundamentales es una potestad del poder constituyente, no de los poderes constituidos y, por tanto, no lo es del Tribunal Constitucional".

En definitiva, estiman que no es necesario alumbrar, como hace la sentencia, un nuevo derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo, sino que lo correcto es considerar que sobre el Estado pesa no solo el deber de tutelar la vida humana en formación, como bien jurídico cuya protección constitucional encuentra fundamento en el art. 15 CE, sino también los derechos e intereses legítimos de la mujer embarazada, muy en particular sus derechos fundamentales, cuyo contenido esencial delimita el alcance del deber de protección, debiendo, por tanto, el legislador abstenerse de realizar intervenciones desproporcionadas en esos derechos.

El voto particular de la magistrada Balaguer Callejón, parte de la idea de que, con relación a la interrupción voluntaria del embarazo, no se está en presencia de derechos constitucionales en conflicto, en la medida en que el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer y son la libertad (art. 17.1. CE) de esta, su dignidad (art. 10.1 CE), su integridad física y moral (art. 15.1 CE), su facultad para configurar su proyecto de maternidad (art. 18 CE), y su salud sexual y reproductiva (art. 43 CE), los únicos elementos con soporte constitucional expreso, en tanto que la mujer es titular plena de todos estos derechos reconocidos en la Constitución.

Considera que el axioma de que la vida prenatal constituye un bien constitucionalmente protegido puede y debe ser reconsiderado y revisado, sin negar que el *nasciturus* pueda ser considerado como un bien jurídico digno de protección penal, debiendo ser la libre disposición de la mujer embarazada el eje constitucional sobre el que debe pivotar el diseño legal de la interrupción voluntaria del embarazo.

Por su parte, el voto particular de la magistrada Espejel Jorquera discrepa de la creación "ex novo", por parte de la sentencia, de lo que denomina derecho de la mujer a la autodeterminación respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, que fundamenta en los arts. 10.1 y 15 CE. Considera que la jurisprudencia del TEDH no reconoce un pretendido derecho al aborto cuya titularidad correspondería a la mujer gestante.

Efectúa una interesante serie de argumentaciones con relación a las consideradas imprecisiones terminológicas, de los apartados b) y c) el art. 15 de la ley, en las que, como ya he indicado, se contemplan tres supuestos distintos de indicación eugenésica, previstos de menor a mayor

gravedad. A juicio de la magistrada, la regulación prevista puede tener efectos indeseados, dada la imprecisión e indefinición de los términos utilizados para determinar las condiciones fácticas de aplicabilidad de cada uno de los supuestos que permite la realización del aborto embriopático. A su juicio: *"Si existen criterios científicos que sirvan para clarificar los conceptos, y que no sean objeto de controversia por su aceptación entre la comunidad científica, debieran incorporarse al texto normativo, pues la utilización básicamente del mismo término, o de conceptos que engloban otros, también incluidos en el mismo texto normativo, plantea el riesgo de aplicación indebida de los supuestos contemplados en la norma, en especial en situaciones en que la línea entre unos casos y otros sea difusa. Habrá supuestos que no planteen duda, pero también otros que den lugar a ella, y son estos a los que se debe atender especialmente en materias como la que nos ocupa. No cabe ignorar que ello afecta a la seguridad jurídica y a la legalidad, por arrostrar el incumplimiento de la ley la responsabilidad penal".*

Considera que el art.2 dedicado a las definiciones, debiera definir los términos que resultan determinantes para la extensión del aborto a supuestos en los que se han superado las catorce semanas de gestación y que incluso, en algunos casos no quedan sujetos a plazo.

Estima que la STC debía haber puesto en valor la consideración del nasciturus como un bien constitucionalmente protegido y la protección que merece el feto que padezca graves anomalías, en vez de centrar su argumentario en el margen de libertad que debe garantizarse a la madre, con omisión a cualquier referencia al padre

Entiende que los argumentos de la sentencia, tendentes a privar al feto en el que se detectan anomalías graves de la protección de la que goza la persona, chocan, no solo con la evolución de la normativa internacional, sino también con la interna, que en los últimos años ha efectuado importantes avances en materia de reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad y un notable incremento de la labor pública asistencial.

Considera que debió de ser estimada la impugnación relativa al segundo supuesto del apartado c) del artículo, el de "enfermedad extremadamente grave e incurable del feto" detectada en el momento del diagnóstico, no sujeta a plazo alguno de gestación. Se trata de un supuesto en el que se permite el aborto, pero, según su consideración, se trataría, en puridad, de un parto pretérmino, en el que la interrupción del embarazo podría producirse sin destrucción de la vida fetal en un caso en que, en contraposición con el del primer inciso del apartado c) (anomalías fetales incompatibles con la vida), una vez nacido pretérmino, aquél sería susceptible de vida independiente de la madre

Entiende que el sacrificio de una vida humana viable, permitiendo a la madre acabar con la misma mediante un aborto, y excluyendo la posibilidad de un parto pretérmino, resulta incompatible con la garantía del respeto a la vida del nasciturus, bien constitucionalmente protegido que el Estado debe garantizar.

Estima que la STC, permite a la mujer y al Estado acabar con las expectativas de vida de un ser humano viable para evitar que sea una carga para el "proyecto vital" de la madre, cuando existen otras opciones de cuidado que compatibilizarían los derechos de la madre con la salvaguarda del interés superior de la vida del hijo, aun cuando el mismo padezca una enfermedad grave e incurable, lo que no justifica que se le prive de protección, atendidos los deberes que a los poderes públicos competen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 CE.

Concluye señalando que "*La imprecisión terminológica y la regulación legal de este supuesto, a mi juicio, además de afectar al principio de seguridad jurídica, comporta una discriminación del no nacido por el hecho de padecer en el momento del diagnóstico, una enfermedad extremadamente grave e incurable, que puede ser detectada una vez transcurridas las veintidós semanas de gestación, cuando ya es susceptible de vida independiente".*

Por último, es preciso hacer mención que el Pleno del Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad presentado por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de Vox en el Congreso de los Diputados contra diversos preceptos de la Ley 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, al considerar que la Ley impugnada podría vulnerar diversos preceptos constitucionales, entre otros, el principio de libertad y pluralidad (1.1 CE), el de legalidad (9.3 CE), el derecho a la igualdad (14 CE), el derecho a la vida (15 CE) o el derecho a la libertad ideológica (16.1 CE)[108].

a) Otras Sentencias relevantes: las SSTC 66/2022, 11/2023 y 78/2023

La resolución de dos recursos de amparo por parte del TC sirve igualmente para aclarar determinadas cuestiones sumamente trascendentales en cuanto a la protección del nasciturus como bien jurídico protegido.

1º.- Recurso de amparo núm. 6313-2019, desestimado por STC 66/2022, de 2 de junio. Tiene por objeto la impugnación de las resoluciones dictadas por los órganos de la jurisdicción penal,

[108] Nota informativa del Gabinete de Prensa del Tribunal Constitucional n.º 49/2023

Juzgado de Instrucción núm. 1 de Oviedo y Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo que autorizaron y ratificaron el ingreso obligatorio de una mujer gestante, en un centro hospitalario para ser atendida en su último período de gestación, previo al parto, como consecuencia de la valoración clínica, efectuada por los servicios sanitarios públicos, al tratarse de una situación de riesgo inminente para la vida y la salud del feto, que podría requerir la necesaria atención médica asistencial y hospitalaria.

2º.- Recurso de amparo núm. 899-2021, desestimado por STC 11/2023, de 23 de febrero. Tiene por objeto la actuación del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada por el Hospital Universitario Central de Asturias (HUCA), así como las resoluciones judiciales: sentencia núm. 164/2019, de 10 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Oviedo; la sentencia núm. 84/2020, de 11 de febrero, de la Sección Única de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y la providencia de 26 de enero de 2021, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que inadmitió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia anterior.

Los recurrentes, ambos progenitores en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de su hija menor, alegan que la actuación del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada por el HUCA, habría vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), el derecho a la integridad física y moral y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE). Consideran que se ha privado a la madre, de sus derechos a la autonomía y al consentimiento informado en el ámbito sanitario, priorizando de forma explícita el interés del nasciturus a sus derechos fundamentales, incluso a la integridad física y psíquica, así como a la intimidad familiar y a la libertad ideológica, dando lugar a una discriminación directa e indirecta por razón de sexo.

Los hechos más significativos del asunto son los siguientes:

a) Una mujer estaba siendo controlada en su embarazo por los servicios médicos del HUCA y, simultáneamente, al margen de la sanidad pública, por una comadrona, ya que la gestante y su pareja habían decidido de que el parto tuviera lugar en su domicilio de Oviedo, con la asistencia de la citada matrona.

b) Con fecha 23 de abril de 2019, la pareja acudió al HUCA con la finalidad de realizar un control de bienestar fetal, dado que el embarazo había sobrepasado las cuarenta y dos semanas de gestación. En dicha consulta se les indicó que, por tratarse de una gestación prolongada, se proponía "la inducción del parto 'o, en su defecto, prolongación del monitorio y si se normaliza, control estricto del bienestar fetal"'. La pareja indicó que adoptarían su decisión tras consultar con los profesionales privados que también les estaban controlando el embarazo. Sin embargo, tras la consulta no hubo contacto posterior con ese servicio médico por parte de la gestante, o su pareja.

c) El día 24 de abril, el hospital emite informe dirigido a la gerencia del Servicio de Salud del Principado de Asturias, en el que se señala que: "*la paciente está actualmente embarazada de 42+3 semanas acorde a la datación ecográfica y amenorrea. Ha seguido controles de su embarazo en el Hospital Central de Asturias hasta la semana 35+2 que cursa sin alteraciones. No acude la semana 37 a consulta. Se establece contacto por teléfono siendo informados de que no va a hacer más controles en nuestro centro. El 23 de abril se pone en contacto con nosotros que la citamos en el mismo día en consulta de monitorización fetal. […Tras la práctica de la prueba] [s]e informa a la paciente del requerimiento de terminación del embarazo por gestación prolongada, dado el incremento del riesgo de hipoxia fetal y muerte fetal intraútero a partir de la 42ª semana de gestación. Esta recomendación está establecida en el protocolo del servicio, guía de práctica clínica del MSPS [Ministerio de Sanidad y Política Social] y en las guías basadas en la evidencia de las principales sociedades científicas internacionales. Se informa de que el monitor no es normal y precisa de controles frecuentes. La paciente solicita los informes para las matronas que le asisten el embarazo y parto domiciliario que se le adjuntan. Nos informa de que volverá a comentarnos tras la conversación, pero no aparece*".

d) A la vista de ese informe el Servicio de Salud del Principado de Asturias, ese mismo día, dirige escrito al juzgado de guardia de Oviedo en el que, indica que la *"paciente ha manifestado su voluntad de llevar a término su gestación en su domicilio, por parto natural asistida por matronas"*, y *que "habiendo resultado infructuosos todos los intentos practicados por los facultativos de la sección de obstetricia para prevenirle acerca de la necesidad de ingresar en el hospital para inducción inmediata del parto, y dados los graves riesgos derivados para la vida del feto, se traslada a este juzgado de guardia el conocimiento de esta situación, sugiriendo la adopción de orden de ingreso obligado para la práctica inmediata de parto inducido"*.

e) El Ministerio Fiscal emite informe solicitando del juzgado que ordenara *"el ingreso no voluntario en el hospital de la embarazada para la inmediata práctica de parto inducido, de conformidad con lo establecido*

en la Ley de jurisdicción voluntaria y artículos 29 y 158 del CC, en relación con el artículo 9 de la Ley de autonomía del paciente 41/2002 y 15 de la Constitución Española".

f) El juzgado dictó auto acordando *"el ingreso obligado de la gestante, para la práctica, de ser preciso, de un parto inducido".* El mismo día la Policía Local de Oviedo se personó en el domicilio de la gestante, conduciéndola al HUCA.

h) Dos días más tarde se produjo el nacimiento por cesárea. Como conclusiones, en el informe clínico se destaca: (i) "Gestación postérmino (42+5)"; (ii) "parto de inicio espontáneo"; (iii) "detención del primer periodo por desproporción pelvifetal y deflexión de la cabeza fetal en occipito sacra"; y (iv) "cesárea urgente".

La pareja recurrente arguye, a lo largo del proceso en la instancia y en su recurso de amparo, que se ha infligido a la gestante*., "un trato humillante y vejatorio, se la ha expuesto a un sufrimiento físico y psíquico totalmente innecesario, se ha perjudicado su salud y la de su bebé. Se ha vulnerado asimismo la intimidad personal y familiar y se ha producido un daño moral a la madre, el padre y el bebé. Todo ello sin que hayan cometido ningún delito, sin oírlos y sin oportunidad de defenderse y contar con asistencia letrada".* Consideran que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los derechos a la libertad personal (art. 17 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), Y ello debido a que se omitió el trámite de audiencia de los interesados, quebrantando las garantías procesales requeridas para la adopción y mantenimiento de la medida de ingreso; y, que las resoluciones judiciales carecían de la motivación reforzada que les era exigible.

La STC niega legitimación activa a la pareja de la gestante y a la hija menor de ambos. Respecto de ésta establece*: "En efecto, no puede serle reconocida la condición de "parte legítima procesal" como demandante de amparo porque, además de tratarse de la reclamación de derechos fundamentales de otra persona, en la posición del nasciturus existe un interés contrapuesto al de sus padres, toda vez que estos denunciaron, tanto en vía judicial como en sede de amparo, que habían sido lesionados sus derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la libertad personal, por entender que no podía ser limitado el derecho a dar a luz en el domicilio familiar y que no podía imponerse el ingreso obligatorio de la gestante en un centro hospitalario para la realización del parto. Frente a la invocación de tales derechos y a la limitación en su ejercicio, el auto impugnado ha confrontado y reconocido la prevalencia de la vida y salud del nasciturus sobre aquellos derechos".* En consecuencia, la hija menor, que tenía la condición de nasciturus al tiempo del dictarse el auto, no puede invocar la eventual lesión de unos derechos fundamentales de los que no solo no es

titular, sino que, además, fueron objeto, precisamente, del enjuiciamiento judicial para resultar limitados al otorgarse prevalencia al interés constitucionalmente protegido que, según el criterio del órgano judicial, representaban la vida y salud del nasciturus.

Con relación al padre y pareja de la gestante, estima que los derechos fundamentales (libertad, intimidad personal) presuntamente violentados con la decisión judicial de ingreso en el hospital para practicar un probable parto inducido, corresponden en exclusiva a la madre.

El TC con abundante cita de jurisprudencia del TEDH entiende que corresponde a la mujer adoptar, con entera libertad, la decisión de ser madre y decidir libremente sobre su cuerpo durante la gestación, sin que pueda ser objeto de injerencias, teniendo presente, eso sí, que ningún derecho constitucional es ilimitado cuando entra en colisión con otros bienes o valores constitucionales igualmente protegidos: *"Por su parte, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la noción de "vida privada" es amplia e incluye, entre otros, el derecho a la autonomía personal y al desarrollo personal (Pretty c. Reino Unido, § 61), así como el derecho a la integridad física y moral (Tysiąc c. Polonia, § 50), y cuestiones tales como la decisión de tener o no un hijo o llegar a ser padres genéticos (Evans c. Reino Unido, § 71). En particular, en la STEDH (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2016, asunto Dubská y Krejzová c. República Checa, § 162 y 163), al abordar el problema de si el art. 8 CEDH cubre el derecho de definir las condiciones en las que una mujer debe dar a luz, el Tribunal afirma (con cita del asunto Odièvre c. Francia) que "'[e]l nacimiento, y singularmente, las circunstancias de este, concierne a la vida privada del niño, y después del adulto, garantizada por el artículo 8 de la Convención'. Además, en el asunto Ternovszky (precitado, 14 de diciembre de 2010), el Tribunal ha dicho que 'las condiciones en las cuales se da a luz forman innegablemente parte integrante de la vida privada de una persona a los fines de esta disposición'". Y añade el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que "dar a luz es un momento único y delicado en la vida de una mujer. Traer un hijo al mundo engloba cuestiones relativas a la integridad física y moral, a la atención médica, a la salud genésica y a la protección de las informaciones relativas a la salud. Estas cuestiones, comprendida la elección del lugar de alumbramiento, están pues fundamentalmente unidas a la vida privada de una mujer y conciernen a esta noción a los efectos del artículo 8 de la Convención"*[109].

El TC considera que el deseo de ser padres y la materialización de dicho deseo, que culmina de modo definitivo con el parto, se integra en el derecho a la intimidad personal y familiar, como proyección directa y derivada de la dignidad humana, en especial de la dignidad de la mujer que da a luz a su hijo, un nuevo ser humano, alcanzando, igualmente, a todas las decisiones que

[109] STC 66/2002, Fundamento Jurídico 3º A) c) ii)

tienen que ver con la gestación y con ese alumbramiento. Por tanto, decidir, donde y como la gestante quiere dar a luz, en este caso, en el domicilio familiar, forma parte del derecho a la intimidad personal, extensible también a la familiar del art. 18.1 CE, en conexión con la dignidad de la persona, en un aspecto muy concreto como es el de la condición de la mujer y de la maternidad, que entronca, además, con el derecho de la mujer a la integridad física, ex art. 15 CE.

Ahora bien, el TC entiende que junto a los derechos supuestamente infringidos por las resoluciones judiciales que ordenan el ingreso hospitalario alegados por la recurrente concurre un bien constitucionalmente protegido, constituido por la vida y salud del feto que albergaba en su seno la gestante, bien susceptible de protección, que ha de ser tenido en cuenta y confrontado con los derechos fundamentales cuya titularidad corresponden a la madre y cuya lesión alega. La vida y salud del nasciturus constituye un bien constitucionalmente legítimo según declaró la STC 53/1985 y cuya protección y garantía se encuentra en el art. 15 CE. Existe un conflicto entre los derechos fundamentales de la madre y el bien jurídico constitucionalmente protegido que es la vida y salvaguarda del nasciturus.

El TC, a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las resoluciones judiciales impugnadas, parte de su doctrina relativa a que la limitación de derechos fundamentales debe obedecer tanto a la preservación de fines o de bienes constitucionalmente legítimos, debe estar contemplada en la ley, y debe respetar el principio de proporcionalidad.

Respecto de la precisa habilitación legal que otorgue cobertura a la decisión de internamiento hospitalario parte de la doctrina del TEDH sobre la cuestión: *"En la sentencia de 15 de noviembre de 2016 (Gran Sala), asunto Dubská y Krejzová c. República Checa, el alto tribunal europeo ha subrayado, remitiéndose a su precedente sentencia de 11 de diciembre de 2014 (Sección Quinta), que "los intereses del niño pueden prevalecer sobre los de la madre, que no está amparada por el art. 8 del Convenio para tomar decisiones que puedan perjudicar la salud y desarrollo de aquel" ya que "el lugar, circunstancias y método del parto pueden incrementar el riesgo para la salud del neonato, como acreditan las cifras de muerte perinatal y neonatal" (§ 74); "cifras que pese a los avances médicos, no son irrelevantes" (§ 185). A la vista de lo cual, en el caso concreto allí analizado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos descartó que se hubiera producido una injerencia desproporcionada en el derecho a la vida privada y familiar por no permitirse el parto domiciliario (§ 190)"*[110].

[110] STC 66/2022, Fundamento Jurídico 6º B) d)

El TC estima que la decisión de internamiento no tiene propiamente encaje, en las medidas del art. 158.6 CC, precepto que habilita al juez para acordar la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, para adoptar "las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas por lo que este precepto no ha sido establecido para prestar habilitación legal a la actuación aquí desarrollada por el juzgado. Y ello debido a que, en el momento del internamiento, no existía aún la relación paternofilial, ya que todavía la hija no había nacido, ni, por consiguiente, había adquirido aún la condición de sujeto titular de derechos al que hubiera que apartar de un riesgo o evitarle perjuicios.

Por otra parte, la decisión tampoco viene amparada por el art. 9.6, segundo inciso, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que contempla aquellos supuestos en los que se deban autorizar las intervenciones médicas por el representante legal o por las personas vinculadas por razones familiares o de, en los que la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Si las decisiones fueran contrarias a dichos intereses, se prevé la necesaria puesta en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo razones de urgencia que impidieran recabar la autorización judicial. Dentro de los supuestos a los que se refiere el art. 9.6, la decisión judicial parece acogerse a las eventuales intervenciones que afecten a menores de edad, en las que deba prestar su consentimiento su representante legal. El TC estima que no estamos en presencia de un supuesto de menor de edad que se encuentre en dicha situación, y ello dado que la hija aún no había nacido. De hecho, en este caso, la paciente era la madre gestante y, por consiguiente, era ella quien debía prestar el consentimiento para cualquier actuación médica que le afectara, en los términos del art. 8 Ley 41/2002.

Por último, en cuanto a la invocación del art. 29 CC., que estipula que el nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el art. 30 CC., una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. El TC restringe el ámbito de la citada previsión, principalmente a los casos regulados por el Código civil y, en concreto, a los efectos favorables

de carácter patrimonial que le puedan reportar al concebido y no nacido, sin que sea procedente extender sin más su ámbito de aplicación a un conflicto entre derechos fundamentales y bienes o valores a los que la Constitución otorga protección.

El TC considera que el órgano judicial debía resolver un conflicto entre un bien constitucionalmente protegido, como es la vida del nasciturus cuya protección encuentra fundamento constitucional en el art. 15 CE, STC 53/1985, y la limitación de derechos fundamentales cuya titularidad corresponde a la madre, sin disponer de una previsión legal específica que le sirviera de fundamento a la decisión de ordenar el ingreso obligatorio de la madre gestante en el centro hospitalario. Y considera correcta y ajustada al ordenamiento constitucional la labor de integración normativa efectuada, al acudir a los preceptos legales que ha entendido que podían otorgar cobertura al internamiento decretado, considerando que se trataba de una situación similar a cuando existe una actuación o decisión de quienes ejercen la patria potestad o tienen la representación legal del menor que pueden perjudicar a este o ponerlo en peligro.

En palabras de la STC 66/2022:

"Este es un dato esencial que no se puede dejar de tener en cuenta por parte de este tribunal: la actuación judicial se ha servido de los preceptos legales indicados como instrumento de integración de la insuficiente habilitación legal para poder tomar su decisión ante un supuesto de existencia de un interés aparentemente contrapuesto entre la decisión de la madre de dar a luz en su domicilio y la salud del nasciturus, cuya vida podía correr un riesgo cierto ante aquella decisión de la gestante, tal y como indicaron los servicios médicos que habían realizado el seguimiento del embarazo.

Y, desde esa perspectiva, la forma en que ha suplido esa ausencia de previsión legal específica el juzgado, aunque pueda resultar discutible, ha de ser admitida por este tribunal, en la medida en que no se ha empleado el conjunto normativo esgrimido como forma de eludir las previsiones constitucionales, sino, antes al contrario, como un instrumento que permitiera al órgano judicial dar una respuesta satisfactoria a un conflicto entre derechos fundamentales y valores constitucionales que había sido sometido a su decisión. Todos ellos dignos de protección, sin que pudiera eludir la obligación de resolver que le venía impuesta por el propio texto constitucional, que otorga su tutela tanto a unos como a otros.

En consecuencia y, desde este exclusivo planteamiento interpretativo, podemos concluir que el marco normativo al que sometió su actuación el órgano judicial, ante la ausencia de una previsión legal expresa, ofrecía, sin embargo,

una razonable cobertura legal, justificada por el juzgado para efectuar la ponderación que se le había pedido entre los derechos fundamentales de la gestante y el bien jurídico constitucionalmente protegido que representa la vida del nasciturus, en cuanto encarna —como hemos reiterado— el valor fundamental de la vida humana, garantizado por el art. 15 CE"[111].

Por lo que respecta a la alegación consistente en la falta de audiencia de la gestante con carácter previo a su ingreso hospitalario y posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, he de indicar que conocido es que la adecuada salvaguarda de los derechos fundamentales exige del órgano judicial, previamente a la adopción de una resolución jurisdiccional limitativa o restrictiva del ejercicio de aquellos que, se otorgue debido trámite audiencia al titular de tales derechos, como garantía procesal de que, su parecer al respecto, al menos será objeto de valoración, en cumplimento de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, y de este modo, evitar cualquier atisbo de indefensión.

La STC 66/2022, tras analizar las circunstancias de premura y extremada urgencia en que se tuvo que adoptar la resolución judicial que ordenaba el ingreso hospitalario entiende que, excepcionalmente, el necesario trámite de audiencia a la gestante pudo ser omitido, con la finalidad de atender la urgencia que requería una respuesta motivada del órgano judicial a la comunicación presentada y a la solicitud de ingreso obligatorio. Concluyendo que la omisión del preceptivo trámite de audiencia queda justificada por la extremada urgencia en que tuvo que resolver para preservar la vida del nasciturus.

A mi juicio, esta consideración constituye el aspecto más criticable de la STC 66/2022, y ello debido a que, como constatan los votos particulares, el órgano judicial, tras recibir la petición de ingreso cursada desde el Servicio Asturiano de Salud, otorgó trámite de audiencia al Ministerio Fiscal antes de tomar una decisión al respecto, sin concederle un plazo específico para ello, pese a lo cual el representante público cumplimentó el trámite con toda celeridad. Acreditado que el órgano judicial pudo conferir sin dificultad alguna el trámite de audiencia al Ministerio Fiscal, la ausencia de este mismo trámite, respecto de la persona directamente afectada en sus derechos fundamentales, agrava la supuesta lesión de los principios de igualdad de armas y de contradicción. Con carácter previo a la adopción de ingreso hospitalario, el órgano judicial tuvo la oportunidad de atender las alegaciones efectuadas tanto por el peticionario del

[111] STC 66/2022 Fundamento Jurídico 6º B) d)

ingreso como por el Ministerio Fiscal, en cambio, no otorgó la posibilidad de alegar y probar a aquella parte, cuyos derechos fundamentales iban, sin ningún género de dudas, a ser restringidos, aunque fuese a través de una decisión justificada constitucionalmente. Ninguna justificación existe para no haber otorgado de modo simultáneo trámite de alegaciones y audiencia tanto al Ministerio Fiscal como a la gestante, para así de este modo, evitar cualquier atisbo de indefensión en esta última, al decidir sobre la restricción de sus derechos fundamentales sin la posibilidad de ser previamente oída.

Respecto de la no vulneración del principio de proporcionalidad, los derechos fundamentales y libertades públicas, pueden ser objeto de limitaciones, siempre que estén debidamente justificadas en protección de otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, y que sean proporcionadas a la finalidad legítima que las justifica. Para ello, los órganos judiciales que adopten esas limitaciones deben efectuar un previo juicio de proporcionalidad, el cual debe tener adecuada plasmación en la resolución judicial de modo específico y no mediante frases abstractas o estereotipadas.

Partiendo de la anterior premisa, el TC estima que el auto que acordó el internamiento identificó, como fin legítimo a obtener con la medida, la preservación de la vida y la salud del nasciturus, que, indudablemente, se configura como un bien susceptible de protección. Apreció, igualmente, el presupuesto de hecho sobre el que asentó la adopción de la medida, el "riesgo de hipoxia fetal (deficiencia de oxígeno en la sangre) y de muerte intrauterina a partir de la 42 semana", según lo comunicado por el centro hospitalario, que era el que había efectuado el seguimiento de la evolución del embarazo, a través de su sección de obstetricia. Y con base en lo anterior, autorizó el ingreso hospitalario, ante la negativa de la gestante a aceptar trasladarse al hospital para llevar a efecto el parto.

El TC considera suficiente motivado el auto de internamiento, estimando que, el ingreso hospitalario era una medida adecuada al fin perseguido, que era la realización del parto en condiciones seguras, garantizando, de este modo, la preservación del bien constitucionalmente legítimo de la vida y salud del nasciturus que prima sobre el derecho de la madre a su libertad personal y a elegir libremente el lugar del parto y la forma en que este tuviera lugar. De este modo, el auto de internamiento, con su adecuada motivación supera, el "test de proporcionalidad constitucional", habiendo limitado, de modo justificado, los derechos fundamentales afectados, la libertad y la intimidad personales y familiar de la gestante, para

preservar el bien jurídico a proteger, esto es la vida y salud del nasciturus, al que otorga prevalencia en razón, precisamente, a que se trataba de un parto de riesgo, que además concluyó en cesárea. La STC concluye que: *"Las anteriores consideraciones justifican que no podamos apreciar la vulneración de los derechos a la libertad y a la intimidad personal y familiar, en conexión con la tutela judicial efectiva, que denuncia la parte recurrente, toda vez que las resoluciones judiciales impugnadas han limitado proporcionadamente el ejercicio de aquellos derechos. Aquellas resoluciones han incluido una motivación que explica la razón del ingreso obligatorio de doña C.P., en el HUCA de Oviedo, apoyado en la identificación del bien constitucionalmente legítimo susceptible de protección (la vida y salud del nasciturus), así como del grave riesgo que aquel corría de no ser adoptada la medida cautelar. Igualmente, han justificado la idoneidad y necesidad de tal medida, así como han ajustado, en términos de proporcionalidad, la intensidad de su aplicación a la limitación estrictamente indispensable de los derechos de la parte recurrente"*[112].

De los votos particulares a la sentencia, junto a lo ya señalado respecto de la omisión del trámite de audiencia a la gestante y la posible conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva he de resaltar, por novedoso, el análisis que de la cuestión se efectúa por la magistrada Montalbán Huertas, desde la perspectiva de género, concluyendo al efecto:

> *"En mi opinión y reiterando el respeto a la mayoría, este tribunal debió anular una actuación judicial que no ha respetado las garantías esenciales, exigidas constitucionalmente y de manera severa, para los supuestos de injerencia en derechos fundamentales individuales relacionados con la dignidad humana y, de manera particular con la dignidad de la mujer por razón sexo y maternidad. Debió declarar, con contundencia, que no puede prescindirse de la habilitación constitucional que exige el respeto de las garantías de audiencia de la titular de los derechos afectados y un motivado juicio de ponderación de los derechos y bienes en conflicto. No puede prescindirse de estas garantías aun cuando lo que esté en juego sean los bienes constitucionalmente protegidos del nasciturus.*
>
> *Validar la injerencia preventiva del órgano judicial —que pretirió a la mujer gestante como titular de derechos— implica un debilitamiento muy relevante de los derechos fundamentales de las mujeres por el factor diferencial, que le es propio, de la maternidad y el embarazo. Esto determina, como ya expuse, una discriminación directa palmaria por razón de sexo, terminantemente prohibida por el artículo 14 CE; y, además, un riesgo evidente de que se puedan legitimar futuras injerencias en la vida y derechos de la mujer embarazada, sin la observancia de garantías esenciales a la dignidad de la persona, incluso de manera preventiva.*
>
> *Concluyo, la decisión del órgano judicial no puede calificarse de razonable ni fundada, y sí arbitraria y discriminatoria por razón de sexo, además de contaminada por prejuicios de género.*

[112] STC 66/2022 Fundamento jurídico 6º C) e) in fine

> *En consecuencia, con estimación del recurso de amparo, procedería reponer a la demandante en su derecho a la dignidad personal —recogida en el art. 10.1 CE— derecho esencial y base ontológica que hace posible todos los demás; y, en concreto el derecho a la libertad y el derecho a la intimidad y autonomía personal, que le fueron violentados con el ingreso hospitalario forzoso".*

La STC 11/2023, de 23 de enero, ratifica las consideraciones efectuadas en la 66/2022, considerando ajustadas a derecho las actuaciones de la administración sanitaria y la necesidad de su adopción, principalmente, por el inminente riesgo fetal existente. Con ellas se trataba de preservar la vida y salud del nasciturus, a la par que satisfacer la necesidad de proporcionarle una atención sanitaria adecuada a la gestante, para superar un parto calificado como de riesgo, eventualmente causado por aquella prolongación excesiva de la gestación. En palabras de la STC: *"La vida y salud del precitado nasciturus constituye un bien constitucionalmente legítimo según ha declarado este tribunal "cuya protección encuentra en dicho precepto [art. 15 CE] fundamento constitucional". En conclusión, "[h]emos, pues, de identificar la vida y salud del feto que albergaba en su seno la gestante, como bien susceptible de protección, que ha de ser tenido en cuenta en nuestro enjuiciamiento constitucional, en su confrontación con los derechos fundamentales cuya lesión alega la parte recurrente" [STC 66/2022, FJ 4 C)][113]".*

Por su parte, la STC 78/2023, de 3 de julio, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, cuyo ponente fue el presidente Cándido Conde-Pumpido Tourón, estimó el recurso de amparo interpuesto al considerar que el Servicio Murciano de Salud vulneró el derecho fundamental de la mujer gestante, a su integridad física y moral, que integra su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones y las garantías legalmente previstas (art. 15 CE en relación con el 10.1 CE), al derivarla a una clínica privada en Madrid para que se realizase fuera de su comunidad autónoma (Murcia) la práctica de la interrupción de su embarazo. La derivación de la demandante a un centro sanitario privado en Madrid, una comunidad autónoma distinta a su lugar de residencia habitual infringió su derecho de configuración legal, según estableció la sentencia STC 44/2023. Dicho derecho se enmarca en su derecho fundamental a la integridad física y moral (artículo 15 CE, en conexión con el artículo 10.1 CE).

Los antecedentes del hecho consisten en que los progenitores ante la patología que presentaba el feto, con ausencia total de cuerpo calloso y, con el dictamen favorable del comité clínico de la región de Murcia, deciden solicitar la interrupción voluntaria del embarazo el encontrarse

[113] STC 11/2023 Fundamento Jurídico 3 D) in fine

dentro de los supuestos contemplados por el art. 15 c) LO 2/2010[114]. Tras esa petición, desde el Servicio Murciano de Salud, se deriva a la madre gestante a un hospital privado de la Comunidad Autónoma de Madrid para practicar el aborto. Tras la interrupción del embarazo y ya en Cartagena solicita revisión, tal y como la habían prescrito, y la derivan de nuevo a una clínica privada rechazando darle tratamiento médico y psicológico en la red hospitalaria pública.

Ante tal situación, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios sanitarios. En esta reclamación sostiene que el Hospital General Universitario Santa Lucía de Cartagena ha vulnerado sus derechos a la salud, en particular a su salud reproductiva, su derecho de acceso a la información en materia de salud, sus derechos fundamentales a la vida privada, a la dignidad y a vivir libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes, todos ellos en relación con el derecho a no sufrir discriminación. Según aduce la vulneración de estos derechos le ha causado los siguientes daños: (i) daños morales producidos por el trato sufrido por el Servicio Murciano de Salud durante su embarazo, por la obstaculización de su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y por tener que desplazarse a otra comunidad autónoma que no era la suya; (ii) daños psiquiátricos y psicológicos consistentes en un "trastorno por estrés postraumático crónico asociado a un trastorno depresivo mayor único grave con síntomas psicóticos congruentes con el estado de ánimo", y (iii) daños patrimoniales derivados de los gastos que ha tenido que incurrir a causa de los desplazamientos dentro de la Región de Murcia y a Madrid para la realización de pruebas médicas en clínicas privadas y los derivados de la mudanza que ha tenido que realizar para poder estar más acompañada y poder hacer frente a los trastornos graves que le ha producido la actuación de los servicios públicos de salud.

Producida la desestimación presunta por silencio, interpuso recurso contencioso-administrativo que fue resuelto por sentencia de 22 de julio de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que lo desestimó al considerar que la actuación de los servicios sanitarios había sido conforme a la *lex artis*. La sentencia considera acreditado, por las declaraciones de los facultativos especialistas del servicio de obstetricia del Hospital General Universitario Santa Lucía de Cartagena, que el tratamiento del embarazo de la recurrente fue correcto y que la informaron del desarrollo de su embarazo así como de la enfermedad fetal, pues según afirma esta resolución "consta paso a paso el seguimiento del

[114] Art. 15 c) LO 2/2010: "Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico".

embarazo de la actora en la historia clínica, en su cartilla de embarazada, en los informes clínicos de los ginecólogos y en la historia de atención primaria". Asimismo, concluyó que la derivación a la clínica privada de Madrid era correcta, ya que "en Murcia ningún facultativo ha pedido poder practicar interrupciones voluntarias de embarazo en la sanidad pública, según consta en certificado remitido por el director gerente del área I". Contra la referida sentencia interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que fue inadmitido al considerar que (i) no se había fundamentado de forma suficiente la concurrencia del interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; y (ii) que el recurso carecía de interés casacional objetivo en los términos en los que se había preparado.

La STC 78/2023, con base en la precedente 44/2023, reitera que la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). Derecho de configuración legal, dado que para su ejercicio se necesita un desarrollo legislativo que establezca una regulación que sea respetuosa con los derechos y los bienes constitucionales concernidos por la interrupción voluntaria del embarazo, el derecho fundamental de la mujer a la integridad física y moral (art. 15 CE) en relación con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) y el deber del Estado de proteger la vida prenatal como bien constitucional (art. 15 CE).

El TC indica que, en aquellos supuestos en los que no se respeten las previsiones legales que tienen como objeto proporcionar garantías para que la mujer pueda tomar la decisión de interrumpir voluntariamente su embarazo de modo libre, con pleno conocimiento de causa y con todos los elementos de juicio necesarios, así como aquellas que tienen como finalidad asegurar que la prestación de la interrupción del embarazo se va a efectuar con respeto de los derechos fundamentales de la mujer, se producirá además de la infracción de la LO 2/2010 también la del derecho fundamental a la integridad física y moral de la gestante.

La STC 78/2023 concluye que los facultativos no ocultaron información a la recurrente sobre el desarrollo de su embarazo ni sobre la enfermedad del feto, y no pusieron obstáculos para que pudiera ejercer su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, diagnóstico que se produjo en el momento adecuado, dado que se trata de una enfermedad no puede detectarse antes de la

semana veintidós de gestación. Por tanto, la actuación relativa a la atención sanitaria dispensada fue conforme a la *lex artis ad hoc*.

En segundo lugar, por lo que respecta a la derivación a la Comunidad de Madrid para la práctica del aborto, la sentencia, considera no acreditado que todos los profesionales de la Región de Murcia de la sanidad pública o de los centros vinculados a ella hayan ejercido su derecho a la objeción de conciencia en los términos legalmente establecidos, que son los únicos en los que este derecho puede ejercerse para que puedan quedar eximidos de la obligación que la ley les impone de practicar la interrupción del embarazo en los supuestos previstos en ella. Y ello, debido a que lo único acreditado, mediante certificación del director gerente, es que ninguno de los facultativos de la Región de Murcia había pedido practicar abortos, cuestión diferente a la anterior. Y esa circunstancia no puede justificar que la prestación de la interrupción del embarazo se efectúe en un centro privado. La derivación a un centro privado es de naturaleza excepcional y se condiciona a que el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación de conformidad con el art. 19.5 LO 2/2010.

Por esta razón, la STC 78/2023 concluye que la derivación a una clínica privada en Madrid infringió lo dispuesto en el art. 19 de la Ley Orgánica 2/2010. En este sentido y con cita de la STC 44/2023, recuerda que la ley ha creado la obligación a cargo de las administraciones públicas de garantizar la prestación pública de la interrupción voluntaria del embarazo, que se configura como un derecho público subjetivo de carácter prestacional. Este derecho supone que la prestación ha de efectuarse en los términos que la ley lo configura (art. 12 de la Ley Orgánica 2/2010) y, esta norma establece que la interrupción del embarazo ha de efectuarse en los centros de la red sanitaria pública, salvo en los supuestos excepcionales en los que el servicio público de salud no pueda facilitar en tiempo la prestación. En el presente caso, no se ha acreditado que concurra esta circunstancia, al derivar a la mujer gestante a una clínica privada en Madrid para realizar la interrupción del embarazo, sin demostrar que existían circunstancias excepcionales que impidiesen a los servicios públicos de salud de la región de Murcia llevar a cabo esta prestación en tiempo y forma. No solo considera infringido lo establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica 2/2010, sino que también estima lesionado el derecho de la recurrente a interrumpir su embarazo con las garantías legales pertinentes, derecho que recuerda el TC forma parte del contenido, protegido constitucionalmente, del derecho fundamental a la integridad física y moral de la mujer. Una de estas garantías legales es que la interrupción del embarazo debe ser practicada por los servicios públicos de salud de la comunidad autónoma donde reside la mujer gestante, a menos que se den las circunstancias excepcionales previstas en la normativa.

Esta disposición tiene como objetivo asegurar que el proceso de interrupción del embarazo sea lo menos gravoso posible para la mujer, evitando desplazamientos que pueden acarrear gastos y resultar perjudiciales para la mujer que ha sido sometida a una intervención médica de esta índole. Considera que se pretende garantizar que la mujer que decide interrumpir su embarazo, encontrándose en una situación de vulnerabilidad física y emocional, pueda permanecer en su entorno habitual y contar con el apoyo de sus seres queridos para enfrentar esta difícil situación de la manera menos traumática posible.

Por estas razones estima el recurso de amparo, reconoce que el Servicio Murciano de Salud vulneró el derecho fundamental de la mujer gestante, a su integridad física y moral, que integra su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones y las garantías legalmente previstas (art. 15 CE en relación con el 10.1 CE), al derivarla a una clínica privada en Madrid para que se realizase fuera de su comunidad autónoma la práctica de la interrupción de su embarazo. Procede a la anulación de la desestimación por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial, así como de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación por silencio de la referida reclamación y la providencia de inadmisión del recurso de casación dictada por la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Ordenando retrotraer las actuaciones al momento en que el Servicio Murciano de Salud debió resolver expresamente la reclamación de responsabilidad patrimonial para que la resuelva de modo respetuoso con los derechos fundamentales vulnerados.

La STC 78/2023 cuenta con dos votos particulares, el formulado por el magistrado Enríquez Sancho que comparte el fallo de la sentencia y las razones que conducen a otorgar el amparo pero que discrepa de doctrina de la STC 44/2023[115] a la que se remite la sentencia, sobre el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho constitucional que forma parte del derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE., ya que estima que no existe tal derecho constitucional a una regulación legal de plazos.

El segundo voto particular es emitido por la magistrada Espejel Jorquera que reitera sus argumentos expuestos en su voto particular a la STC 44/2023, al entender que la misma

[115] La STC 44/2023 en su Fundamento de Derecho 3º apartado b) considera la interrupción voluntaria del embarazo como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral contemplado en el art. 15 CE, partiendo de la consideración de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo al amparo de los arts. 1.1 y 10.1 CE

configuró un pseudoderecho fundamental de la mujer a la autodeterminación para la interrupción del embarazo, no recogido en la Constitución, cuya configuración compete al poder constituyente y no al Tribunal Constitucional. A su juicio, el aborto no puede considerarse un derecho fundamental de la mujer basado en su autodeterminación en la interrupción del embarazo, todo ello, sin perjuicio de considerar que, en el supuesto de referencia, una vez aprobada por el comité ético la interrupción del embarazo al presentar el feto graves anomalías que supondrían en el futuro una situación de dependencia grave y ausencia de autonomía y que la intervención por lo avanzado de la gestación debía efectuarse mediante parto inducido, en consideración a las demás circunstancias de la recurrente, la imposición del desplazamiento a otra ciudad alejada del domicilio de la gestante comportó la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente.

En declaraciones al periódico El País[116] la mujer gestante recurrente en amparo indicó que su deseo es*: "Que nadie más tenga que pasar por todo lo que pasé yo"*

4.2 Referencia a la cuestión central de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios

El artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce la libertad de pensamiento, conciencia y religión, reconociendo el derecho a la objeción de conciencia al prever que*: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio"*[117].

De este modo, el ordenamiento jurídico comunitario, pone de manifiesto la estrecha vinculación existente entre la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y el derecho a la objeción de conciencia.

Según Francesco Viola, la objeción de conciencia es

[116] Periódico El País edición del miércoles 5 de julio de 2023, sección sociedad, p. 26
[117] Artículo 10 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007

> *"la pretensión de quién, en nombre de la propia conciencia se niega a obedecer un precepto jurídico, a cuya observancia está obligado como destinatario de las normas de un determinado ordenamiento jurídico*"[118].

La objeción de conciencia, por tanto, supone la disconformidad, a cumplimentar un mandato jurídico, por resultar incompatible con la conciencia de una persona. Disconformidad que puede estar fundamentada, en una creencia religiosa o en otro tipo de motivos ideológicos.

La objeción de conciencia requiere la concurrencia de tres elementos: la existencia de un deber jurídico que recaiga sobre un ciudadano, un mandato establecido en una norma jurídica; en segundo lugar, la conciencia del ciudadano individual, basada en arraigadas convicciones de tipo moral, ético o religioso; y en tercer lugar, la existencia de una colisión frontal entre el contenido del mandato jurídico que impone un deber y la conciencia del ciudadano que le imposibilita el cumplimiento del deber.

Ahora bien, como expondré a continuación, al no existir un derecho general e incondicionado al ejercicio de la objeción de conciencia que justifique el incumplimiento de un deber, las leyes, en supuestos concretos y específicos contemplan la regulación del ejercicio del citado derecho. Aunque la doctrina en esta cuestión no es uniforme al respecto. Como he señalado, la objeción de conciencia resulta de la no asunción de un deber de obediencia. Nogueira Alcalá[119], considera que, en los Estados democráticos, el ciudadano que se encuentre impedido por razones de conciencia a acatar un determinado mandato debe encontrar alternativas, siempre que constituya una excepción de desobediencia a una norma concreta. Igualmente, Peces-Barba Martínez[120] si estima que la objeción de conciencia necesita una regulación de carácter jurídico, al suponer una excepción a la obligación determinada por el ordenamiento. En sentido contrario, Navarro-Valls[121], estima que la objeción de conciencia deriva del derecho fundamental a la libertad de conciencia, sirviendo como instrumento que permite negarse a la realización de prácticas contrarias a la conciencia de quienes las desarrollan, en concreto aquellas relacionadas con el derecho a la vida. Una parte de la doctrina considera que la objeción de conciencia se configura

[118]Viola, Franceso, "L´obiezione di coscienza come diritto", *Persona y Derecho*, nº 61, 2009, p 53

[119]Nogueira Alcalá, Humberto, "La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno". *Ius et Praxis*, 2006, p.18
[120]Peces-Barba Martínez, Gregorio, "Desobediencia civil y objeción de conciencia". *Anuario de Derechos Humanos, 5,* 1988-1989, *p. 168*
[121]Navarro-Valls, Rafael, "La mala conciencia del poder", en *La eutanasia en España: Perspectivas desde la vulnerabilidad"*, Madrid: Rialp,2021, p 66

como un derecho general dentro del marco de la libertad ideológica reconocida por el artículo 16 CE. Bajo esa concepción, nos situaríamos ante un problema de ausencia de límites al ejercicio de derechos fundamentales[122], ya que el ejercicio de este derecho se extendería más allá de lo determinado por el texto constitucional y por las leyes. Otra parte de la doctrina sostiene que la objeción de conciencia no es un derecho general que legitime a desobedecer el cumplimiento de un deber jurídico en todo caso, considerando esa posibilidad totalmente incompatible con el funcionamiento de un Estado Democrático de Derecho[123].

Inicialmente, el TC consideró la objeción de conciencia como derecho fundamental. Así la STC 15/1982, previa a la aprobación de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria[124], estableció en su fundamento jurídico sexto que *"la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma*"[125], y que *"puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español*". Por tanto, el Tribunal considera la objeción de conciencia como un derecho enmarcado en el artículo 16 CE. Además, concreta que "*el que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la interpositio legislatoris no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado*"[126]. La interpositio legislatoris será necesaria, en todo caso, para la determinación de la aplicabilidad y eficacia del presente derecho.

La STC 53/1985, se pronuncia en los mismos términos al considerar que *"la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales*"[127], por lo que tal derecho se puede ejercer independientemente de la regulación de este en la norma concreta.

Posteriormente el TC modifica su jurisprudencia, y si bien califica a la objeción de conciencia como un derecho autónomo relacionado con la libertad de conciencia y religión, no lo eleva a

[122] Gascón Abellán, Marina, "Objeción de conciencia sanitaria". *Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas.* Madrid: Aranzadi, 1997, p. 20
[123]Navarro Casado, Silvia, "*La objeción de conciencia en sanidad: contraprestación y registro de objetores"*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2021 p. 108
[124]Aramburu Royo, Maddi, "*La objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo"*. Universidad Pública del País Vasco, 2021-2022 p.8
[125] STC 15/1982, de 23 de abril, Fundamento Jurídico 6º
[126]*Ibídem*, Fundamento Jurídico 7º
[127] STC 53/1985, de 11 de abril, Fundamento Jurídico 14º

la categoría derecho fundamental. Así, la STC 160/1987, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto frente a la hoy derogada Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, interpuesto por el Defensor del Pueblo, que consideraba que el derecho a la objeción de conciencia debería ser regulado por ley orgánica al tratarse de un derecho fundamental, indica que la objeción de conciencia es "*un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art.30.2, protegido si, por el recurso de amparo (art.53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental*"[128]. En este mismo fundamento jurídico determina que el reconocimiento constitucional de dicho derecho resulta necesario para su ejercicio, debido a su carácter excepcional.

Posteriormente, la STC 161/1987, al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, núm. 34, 35, 600 y 702/86, promovidas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por supuesta inconstitucionalidad de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, considera que la objeción de conciencia se trata *"de un derecho que supone la concreción de la libertad ideológica reconocida en el art. 16 de la Norma suprema. Pero de ello no puede deducirse que nos encontremos ante una pura y simple aplicación de dicha libertad"*, ya que, en tal caso nos encontraríamos ante una *"negación misma de la idea de Estado"*[129]. En el ATC 71/1993, de 1 de marzo, al inadmitir un recurso de amparo, por supuesta vulneración de los derechos a la libertad ideológica y a la objeción de conciencia, reconocidos, respectivamente, en los arts. 16.1 y 30.2 C.E., supuestamente vulnerados por la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Cataluña el 29 de mayo de 1992, por la que se desestimó el recurso interpuesto contra anteriores resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Provincial de Barcelona y de la Administración Tributaria, que consideraron improcedentes las deducciones que el recurrente de amparo había efectuado en la cuota del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas en la parte que estimó que correspondía a los gastos de armamento en los Presupuesto Generales del Estado para el ejercicio de 1986, EL TC señaló que la objeción de conciencia no puede prolongarse más allá del ámbito objetivo establecido por la Constitución, por lo que resulta preciso su reconocimiento explícito en la norma concreta del supuesto que se trate para el ejercicio de tal derecho[130]. De todo ello se deriva que la aplicación

[128]STC 160/1987, de 27 de octubre, Fundamento Jurídico 3º
[129] STC 161/1987, de 27 de octubre, Fundamento Jurídico 3º
[130] Auto TC 71/1993, de 1 de marzo, Fundamento Jurídico 3º

de este derecho va a estar condicionada a la normativa existente en cada caso concreto. De conformidad con el fundamento jurídico tercero:

"*De la anterior doctrina claramente se infieren dos consecuencias, aplicables al presente caso. De un lado, que la objeción de conciencia, en cuanto derecho constituido por una excepción a un concreto deber constitucional (el del art. 30 C.E., de prestar el servicio militar, sustituyéndolo, en su caso, por una prestación social sustitutoria), no puede ser extendida subjetivamente, por razón de las propias creencias, más allá del ámbito objetivo del deber general que la Constitución establece. Por lo que no cabe invocar la objeción de conciencia como excepción al deber general previsto en el art. 31 C.E., por carecer tal pretensión de fundamento constitucional y no estar, además, prevista en el ordenamiento tributario. De otro lado, que no cabe ampararse en la libertad ideológica del art. 16 C.E. para pretender de este Tribunal, con base en este derecho, ni que se reconozca una excepción al cumplimiento del deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 C.E.), ni la adopción de formas alternativas de este deber, como parece haber sostenido el recurrente ante la Administración Tributaria. Estas últimas, es obvio, entrañarían el riesgo de una relativización de los mandatos jurídicos, como se ha dicho en la citada STC 160/1987 (fundamento jurídico 3.°), atribuyendo a cada contribuyente la facultad de autodisponer de una porción de su deuda tributaria por razón de su ideología. Facultad individual que no es compatible con el Estado social y democrático de Derecho que configura la Constitución Española, en el que la interacción entre Estado y sociedad (STC 18/1984) se traduce, entre otros, en dos aspectos relevantes en esta materia: en primer lugar, en la atribución a las Cortes Generales, que representan al pueblo español, de la competencia para el examen, enmienda y aprobación de los Presupuestos Generales del Estado (art. 134.1 C.E.). Y en segundo término, en el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos eligiendo a sus representantes a través de elecciones periódicas, en las que podrán censurar o dar su aprobación, mediante su voto, a la actuación llevada a cabo en las Cortes Generales por los partidos políticos en relación con la concreta determinación en los Presupuestos Generales del Estado de las previsiones de ingreso y las autorizaciones de gastos para cada ejercicio económico".*

La negación a la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de carácter general que ampare el incumplimiento de un determinado deber impuesto como mandato en una determinada norma también ha sido reconocida por el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de la Sala Tercera n.º 342/2009, de 11 de febrero, RC 905/2008, referida al derecho de los padres a ejercer la objeción de conciencia frente a la asignatura educación para la ciudadanía y derecho a que su hijo no la curse. En ella se afirma que *"el art. 16.1 CE no da base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general "*[131], ya que, en tal caso,

[131]STS 342/2009, de 11 de febrero, Sala de lo Contencioso Administrativo, Fundamento de Derecho 8º

esto implicaría *"el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias"*[132].

No cabe duda de que, en el ámbito sanitario, se pueden encontrar manifestaciones claras de ámbitos específicos donde puede entrar en colisión el cumplimiento de una concreta prestación sanitaria a la que el ciudadano tiene derecho, con la conciencia de los profesionales sanitarios que deben garantizar la adecuada prestación mediante el ejercicio de sus funciones insertas en el normal funcionamiento del servicio.

Y dos claras manifestaciones, en las que se reconoce el derecho de los profesionales a la objeción de conciencia junto al adecuado cumplimiento de las prestaciones reconocidas en la cartera de servicios y el correlativo ejercicio de los derechos reconocidos a los ciudadanos, las encontramos con relación a la eutanasia y la interrupción voluntaria del embarazo.

El art. 3 de la LO 3/2021, de 24 de marzo de regulación de la eutanasia (LORE), establece una serie de definiciones para el buen entendimiento de la norma. Entre ellas se encuentra en el apartado f) la relativa a la objeción de conciencia sanitaria definida como el derecho individual de los profesionales sanitarios a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en esa Ley que resultan incompatibles con sus propias convicciones.

El art. 16 de la LORE reconoce expresamente que los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda a morir podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia. Considera el citado derecho como una decisión individual del profesional sanitario, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito.

Establece que las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de esta y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir. El registro se someterá al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos de carácter personal.

De conformidad con la Disposición Final Tercera, el apartado primero del art. 16 ostenta el carácter de ley ordinaria, es decir, el apartado que reconoce el derecho a la objeción de

[132]Ibídem, Fundamento de Derecho 8º

conciencia, su carácter individual y los requisitos de efectividad a través de su manifestación por escrito y de manera anticipada. En cambio, el mandato de creación de un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia y sus criterios de funcionamiento ostentan el carácter de ley orgánica.

La LORE fue objeto de dos recursos de inconstitucionalidad resueltos por la SSTC 19/2023, de 22 de marzo, y STC de 12 de marzo de 2023 que posteriormente comentaré. En el primero de los recursos interpuesto por diputados del Grupo Parlamentario Vox, los recurrentes consideraban que otorgar rango de ley ordinaria al reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia resultaba inconstitucional, dado que la objeción de conciencia a la práctica de la eutanasia constituye una parte esencial del derecho a la libertad religiosa e ideológica contemplados en el art. 16 CE, por lo que en virtud de lo dispuesto en el art. 81 CE exigiría su regulación mediante ley orgánica.

En cuanto a la creación de los registros de objetores de conciencia, los recurrentes consideraban que la misma contrariaba la Constitución por diversos motivos:

Primero.- Condicionar la objeción a la inscripción registral supone señalar a quienes objeten, pudiendo producirse supuestos de riesgo de discriminación y estigmatización de los objetores.

Segundo.- La configuración del registro del modo y manera que establece el art. 16.2, sin ningún tipo de relativización, no resulta eficaz, debido a que pueden existir profesionales sanitarios que se muestren partidarios de "ayudar a morir" en determinadas circunstancias y, en cambio, objetar en otras, dependiendo de las especiales características concurrentes en el supuesto de hecho específico. Junto a ello la posición objetora puede variar a lo largo del ejercicio profesional.

Tercero.- La previa obligación de declararse objetor entra en contradicción con el art. 16.2 CE, que exime a cualquier persona de declarar sobre sus creencias.

Cuarto.- La creación de registros con estos caracteres conculca el principio de proporcionalidad, pues no es preciso ni necesario, existiendo alternativas igualmente eficaces como resulta la creación de un archivo interno que permitiría a la administración sanitaria adoptar las medidas organizativas necesarias para el adecuado cumplimiento de la prestación.

A estos efectos baste recordar que el art. 30.2 CE se refiere expresamente a la objeción de conciencia, al indicar que la ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria. De este modo se configura como un supuesto de exención a las obligaciones militares de los españoles y al cumplimiento del posible servicio militar obligatorio. Objeción de conciencia que se encuentra directamente relacionada con la libertad ideológica y religiosa, y su ejercicio, garantizada en el art. 16 CE. Ahora bien, el TC ha reiterado en su jurisprudencia[133] que la garantía de la libertad ideológica, religiosa o de culto, por sí misma, no resulta suficiente para liberar a los ciudadanos del cumplimiento de los deberes constitucionales o 'subconstitucionales' por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos y, en definitiva, que carezcan de virtualidad. De ser así, se configuraría una especie de derecho fundamental de los ciudadanos a exonerarse del cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes. Ahora bien, en determinados ámbitos, no cabe duda de que la imposición de determinados deberes o mandatos puede chocar con las arraigadas convicciones de determinadas personas, mandatos que pueden llegar a alterar de modo grave y considerado su conciencia.

La STC 19/2023 considera que la objeción de conciencia no supone en sí misma un derecho fundamental que exija para su desarrollo su regulación mediante ley orgánica, debido a que la exigencia de ley orgánica sólo es necesaria para la regulación de los derechos comprendidos en la sección primera del capítulo segundo del título I de la propia Constitución, arts. 15 a 29, entre los que no se encuentra la objeción de conciencia que se sitúa en el pórtico de la sección segunda. Pese a ello, la definición, contemplada en el art. 3 f), anteriormente transcrita si ostenta el rango de ley orgánica.

Por lo que respecta a la configuración de los registros de objetores de conciencia, considera la misma plenamente constitucional, sin que resulte contraria al art. 16.2 CE que establece que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Y ello debido a que el adecuado ejercicio de la objeción de conciencia no puede quedar en la esfera privada del objetor, ya que la administración sanitaria debe conocer los profesionales que, por motivos de conciencia, no van a prestar la ayuda a morir, para así organizar adecuadamente los servicios. La

[133] SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 3; 321/1994, de 28 de noviembre, FJ 4, y 55/1996, de 28 de marzo, FJ 5, así como el ATC 135/2000, de 8 de junio, FJ 2.

configuración de los registros no se considera una medida desproporcionada para la finalidad perseguida.

Por su parte, la STC de 12 de septiembre de 2023, desestima el recurso de inconstitucionalidad 4313-2021 interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la LORE, y en su fundamento jurídico cuarto aborda la cuestión relativa a la alegada vulneración de la libertad ideológica y religiosa prevista en el art. 16 CE al restringir desproporcionadamente, a su juicio, el derecho a la objeción de conciencia. La STC considera que la creación de un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia en cada comunidad autónoma es plenamente respetuosa con la atribución al Estado de la competencia sobre las bases y coordinación general de la sanidad contemplada en el art. 149.1.16 CE, debido a que lo que se pretende es garantizar una adecuada gestión en todo el territorio nacional de la prestación de ayuda a morir, configurándose como un elemento normativo básico, correspondiendo a las comunidades autónomas la configuración, organización y funcionamiento del registro en su ámbito territorial específico. Por lo que respecta a la supuesta inconstitucionalidad derivada del no reconocimiento expreso de la objeción de conciencia a las personas jurídicas por la LORE al limitarla directamente a los profesionales sanitarios, la STC invoca su dotrina relativa a que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales, aunque no con la misma extensión e intensidad de una persona física, siendo preciso analizar tanto los fines específicos o concretos de la persona jurídica que condicionan la titularidad de derechos como la naturaleza concreta del derecho fundamental en cuestión. A juicio del TC, las únicas actuaciones susceptibles de ser exoneradas del deber legal de garantizar el derecho de la prestación de ayuda a morir, tal y como configura la LORE el citado derecho, por motivos de objeción de conciencia, son las intervenciones precisas de los profesionales sanitarios necesaria para hacer efecita la prestación del derecho a morir. Sólo con relación a esas actuaciones puede surgir un conflicto por motivos de conciencia que justifiquen la negativa del facultativo a intervenir directamente, sin que sea posible extender su ámbito de aplicación a un ámbito institucional (personas jurídicas), ya que pondría en riesgo la efectividad de la prestación sanitaria.

En segundo lugar, con relación a la objeción de conciencia y el aborto, el art. 19 de la LO 2/2010 en su redacción original establecía en su apartado 2ª párrafo segundo:

"Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar

menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo".

La reforma operada por la LO 1/2023, de 28 de febrero, introduce el art. 19 bis en la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo, en cuya virtud se reconoce a los profesionales sanitarios directamente implicados en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, la objeción de conciencia, sin que el ejercicio de este derecho individual pueda menoscabar el derecho humano a la vida, la salud y la libertad de las mujeres que decidan interrumpir su embarazo.

Considera igualmente que la negativa a realizar el aborto por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse con antelación y por escrito, objeción que podrá ser revocada en cualquier momento.

La persona objetora podrá revocar la declaración de objeción en todo momento por los mismos medios por los que la otorgó.

Por su parte, el art. 19 ter, también introducido en la reforma del año 2023, establece que, a efectos organizativos y para una adecuada gestión de la prestación se creará, en cada comunidad autónoma y en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), un registro de personas profesionales sanitarias que decidan objetar por motivos de conciencia respecto de la intervención directa en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

Añade que quienes se declaren personas objetoras de conciencia lo serán a los efectos de la práctica directa de la prestación de interrupción voluntaria del embarazo tanto en el ámbito de la sanidad pública como de la privada.

Igualmente contempla que se adoptarán las medidas organizativas necesarias para garantizar la no discriminación tanto de las personas profesionales sanitarias no objetoras, evitando que se

vean relegadas en exclusiva a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, como de las personas objetoras para evitar que sufran cualquier discriminación derivada de la objeción.

La STC 44/2023 reitera la doctrina contenida en la STC 19/2023 relativa a que el art 16.1 CE no resulta suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o 'subconstitucionales' por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos, sin perjuicio de que, en determinados ámbitos específicos la libertad de conciencia pudiera resultar seriamente comprometida de no contemplarse la posibilidad de objetar.

El TC, con relación a los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo legalmente permitidos, considera que la ley ha de armonizar el derecho que asiste al objetor de conciencia con la adecuada garantía de la prestación por parte de los servicios de salud del derecho de la mujer gestante a interrumpir voluntariamente el embarazo en los supuestos legalmente previstos.

La STC 44/2023 avala que la objeción de conciencia se reconozca directamente a todos los profesionales directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo, es decir, a todos aquellos profesionales sanitarios que intervienen de modo directo en la ejecución del aborto cualquiera que sea su categoría profesional y su esfera de intervención en el aborto, siempre que se trate de actuaciones en el seno de intervenciones clínicas directas, y no de otras actuaciones auxiliares, administrativas o de apoyo instrumental a cargo de profesionales que, por lo demás, no tienen por qué conocer la naturaleza y circunstancias de la intervención clínica de que se trata. Al margen de las actuaciones clínicas directas, el reconocimiento a la objeción de conciencia pudiera poner en riesgo el carácter efectivo de la prestación sanitaria.

En segundo lugar, considera plenamente constitucional que la ley regule el ejercicio de la objeción de conciencia, de tal forma que lo haga compatible con las exigencias derivadas de otros bienes y derechos constitucionales a cuya tutela se orienta el deber del que el objetor es eximido con la salvaguarda de que, en todo caso, las administraciones sanitarias garantizarán el acceso a la prestación.

El reparo opuesto por los recurrentes al hecho de que la objeción se manifieste por escrito por supuesta vulneración de los arts. 16.2 y 18.1 CE, el TC lo enmarca en la necesaria colaboración que el profesional sanitario debe prestar para que su derecho sea efectivo con el fin de facilitar la tarea de los poderes públicos, colisión que en palabras del TC: "*desaparece por el mismo ejercicio*

del derecho a la objeción, que en sí lleva la renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas a la violencia y/o a la prestación del servicio militar, bien entendido que sin esa voluntad del objetor dirigida a extraer consecuencias jurídicas —y por tanto exteriores a su conciencia— de su objeción nadie podrá entrar en su intimidad ni obligarle a declarar sobre su ideología, religión o creencias. La intimidad personal y el derecho a no declarar íntimas convicciones es algo que el objetor ha de valorar y ponderar en el contexto de las garantías que la Constitución le reconoce y decidir, nunca mejor dicho, en conciencia, pero a sabiendas también de la especial naturaleza del derecho de objeción y de las garantías que asimismo compete exigir a la comunidad y en su nombre al Estado"[134].

De este modo, el personal sanitario puede objetar, si así lo considera oportuno, si objeta debe exteriorizar sus reservas ideológicas, religiosas o morales hacia la práctica del aborto. La renuncia a mantener estas reservas en la intimidad personal es un presupuesto necesario para el ejercicio del derecho, que a juicio del TC no colisiona con los derechos reconocidos en los arts. 16.2 y 18.1 CE. El hecho de que se deba realizar de modo anticipado y por escrito no suponen unos requisitos desproporcionados sin que supongan una limitación al contenido del derecho a la objeción de conciencia, sino que simplemente se configuran como condiciones de su ejercicio, teniendo en cuenta que nos encontramos ante la exoneración de un deber, que, en todo caso, debe garantizarse por el sistema sanitario que no puede dejar de cumplimentar la prestación. Que la objeción además de por escrito se efectúe de modo anticipado, resulta necesario para organizar los servicios sanitarios y garantizar la prestación, constituyendo la manifestación por escrito de una mera formalidad con tal finalidad sin que, la alternativa de manifestación verbal suponga una menor incidencia sobre los derechos reconocidos en los arts. 16 y 18 CE que la formalización por escrito.

En esta materia existía un pronunciamiento previo del TC configurado por la STC 151/2014, de 25 de septiembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad núm. 825-2011, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, contra La Ley Foral de Navarra 16/2010, de 8 de noviembre, por la que se crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo. La sentencia desestimó el recurso salvo el inciso del art. 5 de la Ley, que contemplaba que podían acceder al

[134] STC 44/2023, de 9 de mayo, Fundamento Jurídico 9º

registro aquellas personas que autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, en ejercicio legítimo de sus funciones.

La Ley establece que, "*los profesionales sanitarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea directamente implicados en una intervención sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo que, por razones de conciencia, no puedan realizar dicha intervención deberán presentar una declaración de objeción de conciencia, así como especificar para cuáles de los supuestos recogidos la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, objetan"*[135]. Además, en su artículo 4 prevé la creación de un registro de objetores donde se recogerán las declaraciones de objeción de conciencia realizadas.

La STC 151/2014, fundamentalmente resolvió dos cuestiones esenciales: la competencia de la Comunidad Foral de Navarra para el desarrollo legislativo de la Ley 2/2010, y la posible limitación o restricción de los derechos a la libertad ideológica (art. 16.1CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE).

En cuanto a la competencia de la Comunidad Foral de Navarra para el desarrollo legislativo de la LO 2/2010, el Alto Tribunal reconoce su competencia, en el fundamento jurídico tercero de la citada Sentencia, argumentando que esta comunidad autónoma ha asumido competencias para la organización y administración de sus servicios sanitarios. A tal efecto, "*que la planificación y la organización de los servicios sanitarios en Navarra corresponde a la Administración de la Comunidad Foral, lo que se plasma en los art. 32 y 33 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de salud, en cuanto que asignan a dicha Comunidad Foral las potestades de administración en materia de sanidad interior y asistencia sanitaria, y en cuanto disponen que el Departamento de Salud es el que ejerce las funciones de planificación, ordenación y programación en las áreas de salud pública y asistencia sanitaria"*[136].

Una vez determinada la competencia de la Comunidad para el desarrollo de la Ley, el Tribunal pasa a analizar el fondo del asunto. La STC 151/2014 determina la constitucionalidad de la creación de un registro de objetores por parte de una comunidad autónoma, siempre que ello no afecte al contenido del derecho en juego y no se extralimite de las competencias autonómicas estatutariamente asumidas[137]. Adicionalmente, determina que el registro de objetores constituye una manera de informar de la condición de objetor de forma anticipada y por escrito, y defiende que, "*lejos de constituir un límite al ejercicio del derecho, como aducen los recurrentes, establece, por un lado, una*

[135] Artículo 3 de la Ley Foral de Navarra 16/2010, por la que se crea el registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo
[136]STC 151/2014, de 25 de septiembre, Fundamento Jurídico 3º
[137]*Ibídem*, Fundamento Jurídico 5º

prueba de que el objetor ha realizado la declaración cumpliendo con los requisitos legalmente previstos, y por otro, ayuda a garantizar, como se verá más adelante la seguridad y confidencialidad de unos datos a los que necesariamente tienen que tener acceso los responsables pertinentes del servicio público de salud"[138]. De este modo, considera que la creación del registro de objetores en cuestión no supone la limitación del derecho a la objeción de conciencia, ni el sacrificio de los derechos a la intimidad y libertad ideológica.

En el fundamento jurídico sexto, la STC analiza los requisitos que se precisan en la Ley Foral de Navarra para prestar declaración de la condición de objetor de conciencia, determinando, que el hecho de que se ordene la presentación de datos como el DNI, nombre, centro sanitario donde se opera y especialidad, con el fin de formalizar la declaración, no supone un problema desde el punto de vista constitucional, ya que consiste únicamente en datos identificativos del personal sanitario. Del mismo modo, en cuanto al requisito de concretar en qué supuesto se objeta, el Tribunal determina que, "*lejos de tratarse de un requisito restrictivo del derecho, como pretenden los demandantes, ofrece al objetor la posibilidad de ejercitar el derecho, bien en todos los supuestos o, por el contrario, en sólo alguno de ellos"*[139]. El Tribunal subraya que todas las condiciones establecidas para prestar declaración como objetor de conciencia cumplen con la Constitución, no suponiendo las mismas un límite desproporcionado al ejercicio de la objeción de conciencia[140].

En su fundamento jurídico séptimo, la STC 151/2014 se pronuncia con relación a las personas que pueden acceder al registro de objetores, avalando el acceso de los directivos médicos y enfermeros del centro con el fin de asegurar una buena gestión y organización del servicio a prestar. Por el contrario, el Tribunal niega la constitucionalidad del acceso al registro a aquellas personas autorizadas por el Gerente del Servicio Navarro de Salud en el ejercicio de sus funciones, por limitar injustificadamente el derecho a la protección de datos de carácter personal recogido en el artículo 18.4 de la Constitución Española, debiendo el interesado ser informado de la cesión y destino de sus datos personales[141].

Por último, hay que destacar que la STC 151/2014 cuenta con un voto particular suscrito por el Magistrado Andrés Ollero Tassara, en el que se arguye que la existencia de un registro de

[138] *Ibídem*, Fundamento Jurídico 5º
[139] *Ibídem*, Fundamento Jurídico 6º B
[140] *Ibídem*, Fundamento Jurídico 6º
[141] *Ibídem*, Fundamento Jurídico 7º

objetores de conciencia supone un límite a tal derecho, generando, entre los profesionales inscritos, temor a ser discriminados por razón de conciencia[142].

5 *Incidencia del reconocimiento del derecho a morir en la LO 3/2021, de 24 de marzo, reguladora de la eutanasia. Las SSTC 19/2023, de 22 de marzo y 94/2023, de 12 de septiembre.*

Una de las argumentaciones constantemente expuestas para negar la posibilidad del ejercicio de acciones *wrongful life* por vida injusta consistía precisamente en la negación de la existencia del derecho a morir.

El derecho a la vida constitucionalmente consagrado en el art. 15 CE opera como un prius lógico ontológico con relación al resto de derechos fundamentales. El hecho de aparezca como el primer derecho reconocido en la Sección 1º del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución Española relativa a los derechos fundamentales y las libertades públicas no resulta baladí.

Ahora bien, como todo derecho no resulta ser absoluto. Se encuentra directamente relacionado y limitado por otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos como son la integridad física y moral reconocidos igualmente en el propio art. 15 CE, el derecho a la intimidad personal art. 18 CE y la dignidad de la persona consagrada en el art. 10 CE al prever que: *"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"*.

El ejemplo más claro de limitación del derecho a la vida por los citados derechos aparece con el reconocimiento a nivel legal de la eutanasia, entendida como el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento. La LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico, la prestación de ayuda a morir ante supuestos de

[142] *Ibídem*, voto particular del Magistrado Andrés Ollero Tassara

fracaso de la ciencia médica, incapaz de sanar al enfermo o aliviar el sufrimiento que padece una determinada persona.

No cabe duda de que, la intervención de un tercero en la muerte de otra persona puede tener lugar en situaciones de sufrimiento excesivo fruto de enfermedades o padecimientos graves e incurables. En este contexto es donde entra en juego la "eutanasia", inserta en la realidad más amplia de la llamada "muerte digna" o "buena muerte", que en sentido estricto comprende la provocación por un tercero, activa o pasivamente, de la muerte de otra persona. A su vez se puede dividir en "eutanasia pasiva", relativa a la limitación del esfuerzo terapéutico (omisión de tratamientos médicos o retirada de dispositivos de soporte vital), de "eutanasia activa indirecta", identificada con las medidas paliativas dirigidas a aliviar el dolor del paciente que aceleran el proceso de morir, y de "eutanasia activa directa", entendida como la causación directa de la muerte a petición del enfermo.

La Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia considera "conductas eutanásicas" tanto la eutanasia activa directa en sentido estricto, esto es, *"la acción por la que un profesional sanitario pone fin a la vida de un paciente de manera deliberada y a petición de este",* como el suicidio médicamente asistido, en el que la propia persona realiza el acto de poner fin a su vida, bien que con la determinante *"colaboración de un profesional sanitario que, de forma intencionada y con conocimiento, facilita los medios necesarios, incluido el asesoramiento sobre la sustancia y dosis necesarias de medicamentos, su prescripción o, incluso, su suministro con el fin de que el paciente se lo administre".*

Tal y como señala el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, su legalización y regulación se basa en la compatibilidad entre el derecho a la vida y a la integridad física y moral, con otros bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad de las personas. El citado Preámbulo establece:

"En definitiva, esta Ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia. Se entiende por esta la actuación que produce la muerte de una persona de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata, a petición informada, expresa y reiterada en el tiempo por dicha persona, y que se lleva a cabo en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable que la persona experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios. Así definida, la eutanasia conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida, pero que se debe cohonestar también con otros derechos y bienes, igualmente protegidos constitucionalmente,

como son la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Cuando una persona plenamente capaz y libre se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad, intimidad e integridad, como es la que define el contexto eutanásico antes descrito, el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida. Por esta misma razón, el Estado está obligado a proveer un régimen jurídico que establezca las garantías necesarias y de seguridad jurídica".

De este modo, el legislador reconoce que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida, en los supuestos de padecer una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, en los términos contemplados en el art. 3 b) de la LO 3/2021: *"situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico".*

Comparto la idea expresada por Romero Coloma[143]: "*Desde mi punto de vista, hay que criticar el valor vida como valor absoluto. El reconocimiento del valor vida ha de depender, en buena medida, de valoraciones que nunca han de ser olvidadas o postergadas en pro de otras consideraciones, o en aras de una absolutización de la vida como derecho. Baste decir que los derechos tienen también sus límites. Pensemos en el derecho a la libertad de expresión (o de información). Es un derecho, pero tiene sus limitaciones, las cuales están más o menos definidas por la Jurisprudencia. Nadie podría pensar que la libertad de expresión sea un derecho absoluto. La vida tampoco lo es. Lo que sucede es que es más complejo establecer unos límites, unas matizaciones que sean válidas para todos y en todo momento".*

Quien puede determinar verdaderamente si vivir en unas determinadas condiciones de padecimiento y sufrimiento resulta admisible es la propia persona que las padece que, en definitiva, es la titular del derecho a ejercer la eutanasia activa. Quien puede valorar si ha merecido la pena venir al mundo con determinados padecimientos es la persona que los soporta. Todos los demás, al margen de consideraciones éticas o religiosas, tendremos nuestra respetable

[143] Romero Coloma, Aurelia María: "Las acciones de wrongul birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* n.º 272, 2010, pp. 2559 a 2608

opinión al respecto, pero la persona directamente afectada es la única que puede realmente valorar si en esas condiciones le resulta soportable su vida.

En las acciones *wrongful life* el niño con discapacidad o que padece determinadas enfermedades no ejercita la acción por el hecho de vivir, sino por el hecho de vivir bajo determinadas circunstancias. El término comparativo no debe efectuarse entre la opción de la vida que lógicamente reporta un indudable beneficio y el hecho de no nacer. Entre otras cuestiones porque la opción de no nacer no es perceptible y, por lo tanto, no puede ser objeto de comparación. Lo que no se percibe no es susceptible de ser comparado contra la realidad perceptible. La comparación debe efectuarse entre el hecho de no nacer o nacer con determinadas disfunciones de carácter grave, lo que supone vivir una vida padeciendo una enfermedad penosa que imposibilite a la persona su adecuado goce y disfrute. Resulta ser la ausencia de calidad de vida del niño la que provoca el daño, cuestión ésta directamente vinculada con el nacimiento. La permanente sensación de insatisfacción con uno mismo. Piénsese en lo dramático que debe resultar para una persona sufrir esa sensación de modo continuo y permanente durante toda su vida. El dato de sentirse diferente, inferior, resultar ser una carga para tu entorno familiar, no poder disfrutar para nada de las ventajas de vivir. En definitiva, tener la concepción de que no merece vivir esa concreta vida llena de padecimientos.

En virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica 2/2010, nuestro sistema legal permite la interrupción del embarazo poniendo fin a la gestación la gestación, en el entendido de que esta posibilidad es aplicable durante las primeras catorce semanas de gestación, si así lo solicita la mujer embarazada de modo libre y voluntario. Además, se extiende esta facultad cuando no se superan las veintidós semanas de gestación, siempre y cuando existan graves anomalías detectadas en el feto. Estas anomalías han de ser debidamente certificadas por dos médicos especializados distintos de aquel que llevará a cabo o supervisará el procedimiento. Asimismo, si aun habiendo sobrepasado las veintidós semanas de gestación se identifica en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable, corroborada por un comité clínico, igualmente se permite la interrupción del embarazo.

De manera paralela, nuestro ordenamiento jurídico también reconoce el derecho a la eutanasia activa para personas que padecen una enfermedad grave, crónica y discapacitante, o una enfermedad de carácter grave e incurable, que conduce a sufrimientos constantes e insoportables de índole física o psicológica sin posibilidad de alivio que la persona considera intolerables.

En estas situaciones particulares de enfermedades y dolencias graves e incurables, se aprecia una relativa atenuación del derecho a la vida debido a la confluencia de otros valores igualmente significativos que requieren protección y salvaguardia. Bajo estas circunstancias específicas, se plantea la cuestión de ¿por qué no es factible entender o considerar que la lesión tiene lugar debido al nacimiento del niño que padece estas deficiencias?

En puridad, y desde el punto de vista de los daños resarcibles, identificar la lesión con el nacimiento resuelve los problemas conceptuales del daño y su extensión. De lo contrario, únicamente considero acertado el resarcir el daño moral producido a los padres por la privación del derecho de elección entre interrumpir voluntariamente el embarazo o someterse a un aborto eugenésico y el daño consecuencia de la privación del derecho de información sobre el estado del feto. Y ello, porque resultan ser las dos únicas manifestaciones de perjuicio alejadas del hecho del nacimiento. Todos los demás perjuicios relativos al daño moral derivado de tener un niño con discapacidad, daño moral derivado de no tener la preparación psicológica adecuada con anterioridad al parto, y los daños de carácter patrimonial derivados del coste añadido por la crianza y manutención de un niño con discapacidad en comparación a un niño que no sufre disfunción alguna, derivan indefectiblemente del nacimiento del niño.

Ahora bien, identificar la lesión con el nacimiento puede contradecir la protección dispensada al nasciturus. Siguiendo a Romero Coloma[144]:

> "*Esta tesis contradice, sin embargo, el reconocimiento constitucional del bien «vida» y la protección dispensada a los nascituri. A este respecto hay que recordar la previsión contenida en el artículo 29 del Código Civil, cuando afirma que al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, surgiendo la duda en torno al concepto de «efecto favorable», aplicado a un derecho que consiste precisamente en no nacer. Pero el pretendido «derecho a no nacer» se encuentra en oposición con la proclamación del artículo 15 de la Constitución —derecho a la vida—, que, según el Tribunal Constitucional, y parte de la doctrina, no implica también el derecho a la propia muerte. Pero la negación del derecho a la propia muerte arrastra consigo una negación de un derecho a no nacer. Sin embargo, para evitar las connotaciones negativas que el propio enunciado contiene, como negación de la vida, se ha tratado también de enunciarlo en positivo, como derecho a nacer sano, pretendiendo, de este modo, el encaje dentro del artículo 15 de la Constitución, aunque, desde luego, con ciertos matices eugenésicos: existe un derecho a la vida, pero sólo a la vida sana y en condiciones de salud. Pero la interrogante siguiente es: ¿protege el artículo 15 de la Constitución solamente el derecho a nacer sano o, en otras palabras, el derecho a una vida sana?".*

[144] Romero Coloma, Aurelia María, op. cit p.2575.

De conformidad con la autora citada, si la negación del derecho a la propia muerte arrastra consigo la negación del derecho a no nacer, el reconocimiento del derecho a morir al padecer determinadas enfermedades, a sensu contrario, posibilitaría el surgimiento del derecho a no nacer bajo esas mismas condiciones de padecimiento y sufrimiento. Nuestro ordenamiento jurídico, mediante la aprobación de la LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia ha reconocido un nuevo derecho individual, como es el derecho a una buena muerte o muerte digna, bajo la concurrencia determinadas circunstancias, debido a que a través de la eutanasia activa se produce la muerte de una persona de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto, única e inmediata, en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable que la persona experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios.

Importa reiterar que la acción por "vida injusta", la ejercita el niño discapacitado o que sufre determinadas patologías, a través de sus representantes legales, contra el médico y/o centro médico o institución, alegando que el nacimiento con una malformación o anomalía podría haberse evitado de haberse recibido un diagnóstico adecuado y la información necesaria. En otras palabras, la demanda se basa en la premisa de que, si el diagnóstico médico hubiera sido correcto, el niño no habría nacido para enfrentarse el sufrimiento asociado a su condición y llevar una vida insatisfactoria. Se busca así la reparación del daño causado por la pérdida de la oportunidad de evitar el nacimiento, debido a la negligencia médica que impidió que la madre optara por un aborto cuando aún era posible desde el punto de vista legal.

La cuestión referida a si el padecimiento de graves patologías inherentes a enfermedades congénitas e incurables puede generar responsabilidad derivada de la falta de diagnóstico previo fue abordada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 16 de junio de 2014 (Asunto no. 39974/10, MP y otros contra Rumania) en la que señala que:

"En la medida en que las quejas presentadas en nombre del demandante M.-DP se refiere a su derecho a no nacer, la Corte sostiene que tal derecho no puede derivarse del artículo 2 de la Convención. Como ya ha dicho en su jurisprudencia, "el artículo 2 no puede interpretarse, sin una distorsión del lenguaje, en el sentido de que confiere el derecho diametralmente opuesto, a saber, el derecho a morir; ni puede crear un derecho a la autodeterminación en el sentido de conferir a un individuo el derecho a elegir la muerte en lugar de la vida "(Pretty contra el Reino Unido, no. 2346/02, § 39, ECHR 2002III)."

La sentencia del TEDH indica que no vulnera el artículo 8 del Convenio, la falta reparación al menor discapacitado por el hecho de haber nacido, analizando las diversas regulaciones existentes en los estados, argumentando que:

"En el caso Kelly de 2005, el Tribunal Supremo de los Países Bajos otorgó una indemnización por daño material e inmaterial a los padres y al niño, que nació con una discapacidad debido a una deformidad cromosómica; la indemnización por daño material incluía los costos del cuidado y la educación de la niña y los relacionados con su discapacidad.

Inglaterra y Gales no reconocieron las demandas de "vida ilícita" (para la legislación pertinente, véase Reeve c. Reino Unido, nº 24844/94, decisión de la Comisión de 30 de noviembre de 1994); Sin embargo, en unos pocos casos se permitieron las reclamaciones por nacimiento ilícito (por ejemplo, Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust de 2003).

Tras el caso Perruche de 2001, en el que la Cour de Cassation aceptó ambos tipos de reclamaciones, se modificó la legislación francesa, prohibiendo expresamente las reclamaciones de vida ilícita (para más detalles, véase Draon c. Francia [GC], no. 1513/03, § § 49-50, 6 de octubre de 2005).

Las demandas de vida por negligencia fueron igualmente desestimadas en Alemania, mientras que las solicitudes de nacimiento por negligencia fueron aceptadas, bajo ciertas condiciones, en algunos casos evaluados por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo).

Se informó de un enfoque similar para Italia, donde, en virtud del derecho contractual, se permitían las reclamaciones por nacimiento ilícito, y los padres tenían derecho a recuperar sus gastos de atención médica, pérdida de ingresos y también daños morales. No se aceptaron demandas de vida por negligencia.

En la medida en que no reconoció el derecho a no nacer, el Tribunal Supremo portugués desestimó un caso en el que se interpusieron demandas de vida ilícita (decisión 1008/01, inédita)."

La sentencia concluye que:

" 44. El Tribunal observa que la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Apelación de Bucarest desestimó las reclamaciones presentadas en nombre del niño porque no era víctima de los daños reclamados.

La sentencia está ampliamente razonada. Las conclusiones del tribunal se basaron en el equilibrio no solo de los diversos intereses de los involucrados, sino también de los principios relevantes para la decisión, a saber, la responsabilidad civil por daños. Al sostener que el niño no fue víctima de la negligencia médica denunciada, el tribunal consideró que no se debía ofrecer protección a un supuesto derecho del niño a no nacer, especialmente

porque la malformación del niño no era de una naturaleza sustancialmente significativa. Tal decisión no parece haber sido arbitraria o manifiestamente irrazonable.

45. Además, habida cuenta de las consideraciones morales y éticas en este ámbito y del amplio margen de apreciación que se concede a los Estados en materias tan delicadas en las que, además, no existe consenso dentro de los Estados miembros del Consejo de Europa, tampoco en cuanto a la importancia relativa del interés en juego o sobre la mejor forma de protegerlo, la Corte considera que el enfoque restrictivo adoptado por el tribunal interno debe considerarse dentro del margen de apreciación del Estado (ver, mutatis mutandis, SH y otros contra Austria [GC], núm. 57813/00, § 94, TEDH 2011).

Además, la Corte considera que el enfoque antes mencionado es razonablemente proporcionado, dado que en la medida en que el hecho ilícito afectó a los padres, estos tenían derecho a entablar una acción por el daño que habían sufrido.

Tal y como señala Hernández Villalón[145]:

> *"A diferencia del derecho al inicio de la vida, el TEDH, si se ha pronunciado sobre si el derecho a morir de forma asistida puede entenderse incluido en el art. 2 del CEDH. Fue en la SEEDH Dianne Pretty c. Reino unido donde el Tribunal mantuvo que no puede entenderse incluido un derecho opuesto al defendido en el art. 2, es decir, el derecho a morir, ni a que el demandante pueda elegir su muerte sobre su vida. No obstante, el Tribunal no es tajante al impedir que una legislación interna contemple la posibilidad.*
>
> *A su vez en HASS C. Suiza a pesar de ser abordada la cuestión desde la perspectiva del derecho a la vida privada (art. 8 del CEDH), igualmente, el TEDH declaró que no existe consenso entre los países del Consejo de Europa sobre la posibilidad de que una persona pretenda elegir cuándo y cómo morir, ya ello a pesar de la despenalización del suicidio asistido en la mayoría de los países".*

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico tras la entrada en vigor de la LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia y su interpretación conforme a la carta magna propiciada por la STC 19/2023, que a continuación comentaré, se contempla el derecho a morir en un contexto eutanásico con el adecuado y preciso auxilio necesario por parte del servicio sanitario. La LO 3/2021 reconoce, a nivel legislativo, que bajo ciertas circunstancias puede ser considerado preferible no vivir. Pero ¿qué situaciones son esas? Pues precisamente aquellas en las que se experimenta un sufrimiento constante debido a una enfermedad incurable, tal como se encuentra definido legalmente en los art. 3 b) y 5 d) de la citada ley.

[145] Hernández Villalón, Yolanda*: "Recurso ante el TEDH. Requisitos de admisibilidad y prosperabilidad. Grado de vinculación de sus sentencias en el ámbito nacional",* monografía administrativa, SEPIN,2023

Teniendo en cuenta esta premisa establecida por el legislador, surge la interrogante de si la mala calidad de vida que legalmente justifica la posibilidad de la muerte también puede fundamentar la responsabilidad de aquellos que impiden el acceso a esa muerte, aquellos que no brindan la asistencia necesaria para llevarla a cabo, e incluso si se puede considerar la responsabilidad de aquellos que, con su negligencia, permitieron el nacimiento con las condiciones que justifican el derecho a la muerte digna.

Siempre ha existido la posibilidad de que uno mismo ponga fin a su propia vida, pero el cambio cualitativo radica en que ahora el Estado reconoce que ciertas circunstancias pueden justificar esa decisión, al punto de ofrecer su ayuda y asistencia en el proceso, bajo el reconocimiento del derecho a recibir esa prestación.

A mi juicio, el concepto de *wrongful life* o vida injusta ha sido definido legalmente, con la aprobación de la LO 3/2021, y lo que antes eran solo circunstancias que justificaban una máxima protección para aquellos que las padecían, ahora esas mismas circunstancias se convierten en factores que pueden justificar la muerte en un contexto eutanásico. Supone un cambio de paradigma desde el punto de vista jurídico. Y ese cambio de paradigma es radical. Donde antes existía una vida con discapacidad que solo podía ser protegida por el Estado, ahora nos encontramos con una vida con discapacidad que igualmente puede ser protegida, pero que también puede plantear la posibilidad de justificar el anticipo de la muerte de la persona, incluso con la ayuda y asistencia del Estado.

Hoy día, tras la entrada en vigor de la LO 3/2021 se pueden plantear supuestos de responsabilidad por no prestar adecuadamente el auxilio necesario y preciso a morir cuando se dan las circunstancias legalmente previstas para ello, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda relativa al régimen sancionador que, sin perjuicio de su aplicación, deja a salvo las posibles responsabilidades civiles, penales y profesionales o estatutarias que se puedan derivar, e igualmente surge el interrogante de si idénticas razones justifican la responsabilidad por *wrongful life* o vida injusta por no haber efectuado el diagnóstico correcto y no haber evitado una vida injusta, sobre la que se puede decidir poner fin.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 12 de junio de 2023, dictada en el procedimiento ordinario n.º 130/2022, desestimó el recurso interpuesto frente a la Resolución de la Vicepresidenta de la Comisión de Garantía y Evaluación del Derecho a la Prestación de Ayuda a Morir de fecha 19 de enero de 2022, por la que se desestima la reclamación presentada contra la denegación del médico

responsable de la prestación de ayuda a morir de fecha 16 de diciembre de 2021, al considerar que no se da el requisito del artículo 5.d) de la LO 3/2021 de 24 de marzo, reguladora de la eutanasia. En este procedimiento, la parte actora pretendía que se reconociera el derecho de la recurrente a la prestación de ayuda a morir, en la modalidad de administración directa o, subsidiariamente, en la modalidad de autoadministración. La sentencia desestima el recurso y ratifica la legalidad de la resolución recurrida, al considerar, tras la valoración de las pruebas documentales y periciales practicadas que, no concurría el supuesto habilitante al tratarse de una enfermedad que tiene posibilidades terapéuticas para mejorar, con una paciente autónoma, con pronóstico de vida no limitado: "*que su enfermedad es grave y le causa tristeza y desesperanza extrema, que podría ser tratada medicamente. La paciente no ha agotado sus alternativas terapéuticas que ofrecen la posibilidad de una mejora real. Que el deseo de muerte de la recurrente es una sintomatología de su enfermedad*"[146].

Ahora bien, la sentencia apunta a un posible supuesto de responsabilidad si efectivamente la recurrente hubiera tenido derecho a la prestación sanitaria solicitada y la tardanza en la resolución de su petición: *"Efectivamente, en nuestro caso, la prestación de ayuda para morir se deniega mediante resolución del 16 de diciembre de 2021, y por lo tanto fuera del plazo máximo de 10 días naturales desde la primera solicitud. Pero esta tardanza no le impidió a la recurrente recurrir la misma, y lo hubiese podido hacer, incluso antes, si hubiese entendido denegada su solicitud por silencio, pasados los diez días del plazo y hasta el 16 de diciembre. En todo caso, esta tardanza podría articularse como un perjuicio de la recurrente en cuanto a que ha visto su derecho reconocido con demora, injustificada por parte de la administración, pero ésto solo en el caso de que se tuviera derecho a la prestación solicitada, que es lo que vamos a resolver a continuación"*[147].

La STC 19/2023, de 22 de marzo, desestimó el recurso de inconstitucionalidad formulado por cincuenta diputados del Grupo parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia y, subsidiariamente, contra los siguientes preceptos: arts. 1; 3, apartados b), c), d), e) y h); 4.1; 5, apartados 1 c) y 2; 6.4; 7.2; 8.4; 9; 12 a) apartado cuarto; 16; 17; 18 a) párrafo cuarto; disposiciones adicionales primera y sexta; y disposición final tercera (en relación con el art. 16.1 y con la disposición adicional sexta).

Los recurrentes, en lo que aquí interesa, consideran que la LORE consagra, a partir de sus arts. 1, 4.1 y 13, un *"derecho a exigir que el Estado provoque la propia muerte",* lo que vulneraría frontalmente el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE), de carácter "absoluto", y en unos términos que se proyectarían sobre "la totalidad del articulado". Para ellos, el carácter absoluto del derecho

[146] Fundamento de Derecho Sexto.
[147] Fundamento de Derecho Quinto

fundamental a la vida determina la improcedencia de todo examen de proporcionalidad de la regulación establecida por la LORE, norma que tampoco superaría el juicio de proporcionalidad, pues no satisfaría los requisitos de legalidad, adecuación, necesidad ni proporcionalidad en sentido estricto, infringiendo además los deberes de protección derivados de los arts. 43, 49 y 50 CE.

La STC 19/2023 parte de la consideración relativa a la evolución del "derecho de prestación de ayuda para morir" experimentada en los últimos años en la sociedad desde los puntos de vista éticos, morales, culturales y jurídicos.

Evolución que ha afectado a los valores asociados a la persona, a su existencia y a su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, sobre su salud y sobre el final de su existencia, y que vincula directamente con el derecho fundamental a la integridad física y moral y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.

Tal y como indica la STC 19/2023, la jurisprudencia del TEDH[148], con ocasión de pronunciarse sobre demandas individuales en las que se venía a solicitar que el Tribunal, frente a la regulación restrictiva nacional, reconociera a la persona el derecho a obtener una ayuda para morir, ha establecido cuatro grandes pronunciamientos sobre la relación existente entre el derecho a la vida (art. 2 Convenio de Roma) y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 Convenio de Roma), al relacionar los deberes de protección de la vida humana por parte del Estado con el principio de autonomía personal y su virtualidad sobre las decisiones en el final de la vida:

(i) el derecho a la vida no incluye el derecho a morir;
(ii) el derecho al respeto de la vida privada comprende el derecho a decidir cómo y cuándo poner fin a la propia vida, siempre que la persona sea capaz de decidir libremente sobre esta cuestión y actuar en consecuencia;
(iii) este derecho no es absoluto y debe sopesarse con los intereses concurrentes, en especial con las obligaciones positivas de protección del Estado derivadas del derecho a la vida, que exigen la tutela de las personas vulnerables frente a acciones que puedan poner en peligro su vida; y

[148] SSTEDH de 29 de abril de 2002, asunto Pretty c. Reino Unido; de 20 de enero de 2011, asunto Haas c. Suiza; de 19 de julio de 2012, asunto Koch c. Alemania, y de 14 de mayo de 2013 (Sala Segunda) y de 30 de septiembre de 2014 (Gran Sala), asunto Gross c. Suiza]; STEDH de 4 de octubre de 2022, asunto Mortier c. Bélgica.

(iv) los Estados disponen de un amplio margen de apreciación sobre la manera de lograr el equilibrio entre ambos derechos, margen que ampara decisiones político-criminales de constreñir el derecho a decidir sobre la propia muerte (y obtener ayuda para ello) fundadas en la protección de la vida, pero también la despenalización de la eutanasia acompañada de las debidas salvaguardas para evitar abusos por parte de terceros.

La STC plantea como el centro de la cuestión a dilucidar, la de si la Constitución permite o no al legislador orgánico regular como actividad lícita la llamada "eutanasia activa directa", es decir, la que requiere ayuda de terceros, cuando concurran los presupuestos de libertad de decisión del sujeto afectado y la concurrencia de una situación de sufrimiento extremo médicamente contrastable. Y si el legislador puede configurar tal actividad lícita como contenido de un derecho público subjetivo de naturaleza prestacional.

Para ello, tiene en cuenta dos criterios interpretativos o hermenéuticos. De un lado, que la interpretación de la Constitución ha de atender al concreto contexto histórico en que se realiza, criterio utilizado también en la STC 44/2023, teniendo presente que la eutanasia constituye, a juicio del TC, un dilema universal. Por otro, el principio de unidad de la Constitución, consagrado previamente por la jurisprudencia constitucional[149] que obliga a interpretar los derechos, principios y valores concernidos, con base en la relación e interdependencia de los distintos elementos del texto constitucional y que exige interpretarlos como un todo armónico. De este modo, rechaza la pretensión de los recurrentes de analizar la LORE desde la consideración única y aislada del derecho fundamental a la vida y de la vida como bien jurídico constitucionalmente protegido. Máxime en situaciones en las que puede acontecer un conflicto entre la libertad y la dignidad de la persona y su vida.

El TC estima que la Constitución no prohíbe de manera absoluta toda regulación de la eutanasia activa directa sobre la base de una supuesta infracción del derecho a la vida y su supuesto valor absoluto que obliga a los poderes públicos a protegerla incluso contra la voluntad de su titular, sin que exista un derecho a la propia muerte.

Si bien la propia vida se configura como un prius lógico ontológico al tener la condición de posibilidad necesaria para el resto de los derechos, y que, por ende, constituye un bien

[149] SSTC 113/1994, de 14 de abril, FJ 9; 179/1994, de 16 de junio, FJ 5; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11 y STC 9/2010, de 27 de abril, FJ 3,

constitucional objetivo que debe ser objeto de preservación y respeto, tal y como ya había indicado con anterioridad la jurisprudencia constitucional[150], ello no supone que, en todo caso, el derecho a la vida disponga de un carácter absoluto, imponiendo a los poderes públicos un deber de protección incondicional que implique un deber de vivir en todo supuesto, impidiendo el reconocimiento constitucional de decisiones autónomas sobre la propia muerte en situaciones de grave y extremo sufrimiento derivadas de la concurrencia de una enfermedad o padecimiento incurable médicamente constatable y que la persona, a título individual, percibe como inaceptable.

El TC destaca la plena libertad de un paciente para, una vez informado adecuadamente, pueda rechazar tratamientos médicos, rechazo que puede coadyuvar al resultado fatal de la muerte. Considerando que: *"Hay que recordar que es la facultad de autodeterminación sobre las intervenciones en el propio cuerpo, al margen de su eficacia o finalidad sanadora, la que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos".*

A juicio del TC la Constitución no acoge una concepción del derecho a la vida y de la protección del bien vida desconectada de la voluntad de su titular y, por ende, indiferente a sus decisiones sobre cómo y cuándo morir. Tanto el valor superior de la libertad consagrado en el art. 1 CE, como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, otorgan la suficiente autonomía a la persona para escoger entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias.

En suma, en nuestro ordenamiento constitucional, la libertad individual para la adopción y puesta en práctica autónoma de decisiones personales privadas e íntimas de profunda relevancia vital goza prima facie de protección a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, configurados expresamente en la Constitución como "fundamentos del orden político y de la paz social" (art. 10.1 CE), y de los derechos fundamentales íntimamente vinculados a dichos principios, de entre los que cobra particular relevancia el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Considera que no puede oponerse como motivo de inconstitucionalidad de la LORE un entendimiento del derecho a la vida trascendente a la

[150] SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3, y 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7.

persona e inmune a sus decisiones libres y conscientes, que se oponga de forma irremediable a la constitucionalidad de la autodeterminación vital en contextos eutanásicos.

Ante situaciones de especial gravedad delimitadas en la LORE, los derechos a la integridad física y moral del art. 15 CE en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE incluyen un derecho de autodeterminación de la persona que posibilita junto a su protección corporal, el amparo de la decisión individual de darse muerte, cuando tal decisión se adopte de manera libre y consciente. No nos encontramos ante una simple decisión vinculada a la libre voluntad individual sino ante un derecho de autodeterminación que los poderes públicos deben respetar y a cuya materialización deben contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución. Ahora bien, debe existir con carácter previo a la toma de decisión una previa información exhaustiva debidamente detallada que actúe como mecanismo de garantía en el libre ejercicio de sus derechos y en el fortalecimiento de su dignidad como persona.

Y ese mismo derecho de autodeterminación, en situaciones de especial sufrimiento, propias de los contextos eutanásicos, a juicio del TC, justifica igualmente, el derecho de la persona a recabar y usar la asistencia de terceros que sea necesaria para llevar a la práctica la decisión de manera compatible con su dignidad y con su integridad personal. Tal ayuda puede ser necesaria tanto para materializar en última instancia la voluntad de poner fin a la propia vida como para poner a su disposición los medios que le permitan acabar su vida de manera digna.

En palabras de la STC 19/2023[151]: *"La Constitución no exige, como tampoco lo hace el CEDH, una protección de la vida humana de alcance absoluto que pueda oponerse a la voluntad libre y consciente de su titular, ni tal entendimiento de la vida resulta compatible con la consideración de la persona que deriva del texto constitucional en su conjunto. Antes bien, la decisión de poner fin a la propia vida, adoptada libre y conscientemente por quien, estando en pleno uso de sus facultades mentales, se encuentra inmerso en una situación de sufrimiento extremo por causas médicas especialmente graves, irreversibles y objetivamente contrastables, es una de las decisiones vitales amparadas por el derecho de autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este derecho de autodeterminación conlleva la obligación del Estado de habilitar las vías legales necesarias para permitir la ayuda de terceros que sea precisa*

[151] Fundamento Jurídico Sexto apartado c)

para que la persona inmersa en una de las situaciones trágicas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento pueda ejercer su derecho a decidir sobre su propia muerte en condiciones de libertad y dignidad".

Ahora bien, como es lógico, aun partiendo de la anterior premisa, no toda regulación de la eutanasia resultaría constitucional sin más, y máxime si no previera suficientes y concretas medidas de protección de los derechos, principios y bienes constitucionales que puedan verse afectados por el ejercicio de tal derecho de autodeterminación.

La STC 19/2023 cuenta con tres votos particulares. El emitido por la magistrada Balaguer Callejón entiende constitucional la LORE pero considera que, la STC debiera haber profundizado, no tanto en relación al contenido y alcance del art. 15 CE y si del mismo se deriva el derecho fundamental a la muerte digna, sino en la noción de dignidad humana como fundamento del orden político prevista en el art. 10 CE, asumiendo que de ésta deriva la capacidad de una persona adulta de decidir libremente poner fin a su vida no sólo en los llamados contextos eutanásicos.

El voto particular del magistrado Arnaldo Alcubilla entiende que la STC efectúa un artificio al hacer derivar el derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte del derecho a la integridad física y moral lo que conlleva a una devaluación de la CE, al variar su contenido sin seguir el procedimiento de reforma previsto en aquella. Por otra parte, señala que la jurisprudencia del TEDH no ampara un pretendido derecho a disponer de la vida con base en su adecuada protección.

El voto particular de la magistrada Espejel Jorquera estima, entre otras cuestiones, que la CE no ampara la existencia de un derecho fundamental a la autodeterminación en relación con la propia muerte.

Por su parte, la STC 94/2023, de 12 de septiembre, desestimó el recurso de inconstitucionalidad 4313-2021, interpuesto por más de cincuenta diputados y diputadas del grupo parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, en su integridad, por los vicios de inconstitucionalidad de carácter formal inherentes a su tramitación, y, subsidiariamente, por los vicios materiales o de fondo que presenta el régimen jurídico configurado por la citada Ley Orgánica. Esta STC hace una remisión a los argumentos expuestos en la precedente STC 19/2023 para fundamentar la desestimación del recurso con relación a las cuestiones que guardan similitud con las planteadas

y resueltas por ésta, como, por ejemplo, los supuestos vicios producidos durante la tramitación parlamentaria de la LO que, a juicio de los recurrentes, determinarían la infracción de los derechos fundamentales contemplados en el art. 23 CE.

Esta STC ratifica la concepción de la eutanasia por la LORE como un derecho subjetivo de naturaleza prestacional, en el ámbito de un contexto eutanásico caracterizado por el medicamente acreditado sufrimiento de la persona que solicita ayuda para finalizar su vida como consecuencia del padecimiento de una enfermedad incurable.

Indica, respecto de la inexistencia del reconocimiento explícito en la CE y en el CEDH del derecho fundamental a la eutanasia, que la muerte asistida en un contexto eutanásico encuentra su fundamento en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad que constituyen la base del sistema de derechos fundamentales, y en el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 CE, teniendo en cuenta que cada individuo es autónomo para elegir, de conformidad con sus propios intereses y convicciones, el modo o forma de desarrollar y finalizar su proyecto vital.

Respecto a la imposibilidad de que el derecho a la vida incluya igualmente el derecho a la propia muerte, el TC hace especial hincapié en la relativización del derecho a la vida en supuestos de sufrimiento derivado de una enfermedad grave e incurable debidamente constatada y que, a juicio de la persona que la sufre resulta intolerable, supuestos en los que debe prevalecer la voluntad del enfermo de poner fin a su vida frente al hipotético carácter absoluto del derecho a la vida y su necesaria preservación, en todo caso, por los poderes públicos.

De igual modo, la STC 94/2023, considera que las garantías procedimentales previstas en la LORE, consistentes en las necesarias solicitudes formales del paciente, transcurso de determinados plazos mínimos de espera y la necesaria y preceptiva intervención de profesionales médicos sin ninguna relación entre sí, preservan la existencia de un sistema de protección adecuado con relación a los derechos fundamentales afectados por la toma de decisión de poner fin a la vida de una persona. Todo ello, sin perjuicio de que pudieran existir otro tipo de garantías procedimentales diferentes a las contempladas en la LORE, es decir, otro sistema alternativo, lo cual no supone que el contemplado resulte inconstitucional por insuficiente.

Cuestión de nuevo interesante, resulta la definición de los presupuestos de hecho precisos que deben concurrir para recibir la prestación de ayuda a morir. Entre ellos se encuentra el de sufrir

una enfermedad grava e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, debidamente certificada por médico responsable. El art. 3 LORE define la "enfermedad grave e incurable" como aquella que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva. El recurso de inconstitucionalidad sostenía que resulta necesario concretar o definir el concepto de gravedad de una enfermedad, insistiendo en la ambigüedad de los términos utilizados que chocan con el principio de seguridad jurídica. La STC 94/2023, para salvar la citada objeción, se remite a los argumentos expuestos en la STC 44/2023, con relación a los supuestos de hecho que justifican el aborto embriopático: *"Como dijimos en la STC 44/2023, de 9 de mayo, FJ 7 A) 2098 b), al enjuiciar los supuesto de "aborto embriopático", la exigencia de que la enfermedad sea "grave" expresa, de un lado, su importancia y profundidad y, de otro, su permanencia en el tiempo; y el que 2100 sea "incurable" expresa su irreversibilidad. Además, la definición exige la concurrencia de diversas circunstancias susceptibles de apreciación médica: por una parte, que se originen "sufrimientos 2102 físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio", y, por otra parte, "un pronóstico de vida limitada". Al legislador «no le es exigible mayor precisión, pues existen 2104 instrumentos interpretativos suficientes para evitar la generación de inseguridad jurídica en la aplicación de la norma», teniendo en cuenta que la propia LORE ha previsto que la concurrencia de 2106 la situación contemplada en su art. 3 c) «deba ser constatada, en todo caso, por al menos dos facultativos distintos e independientes entre sí, además de por un órgano administrativo colegiado 2108 compuesto por profesionales de la medicina y del Derecho (la comisión de garantía y evaluación), cautelas procedimentales que permiten compensar los márgenes de indefinición que pudiera 2110 presentar la norma en su aplicación a supuestos concretos» [STC 19/2023 FJ 6 D) c) (ii)]. Por las razones expuestas, esta tacha de constitucionalidad ha de ser desestimada"*[152].

Al igual que comenté con anterioridad con relación a la configuración legal de los supuestos de hecho habilitadores del aborto embriopático, la técnica utilizada por el legislador es la de los conceptos jurídicos indeterminados, seguramente la única factible, a la hora de definir los supuestos habilitadores de la prestación de ayuda a morir. Hubiera sido igualmente deseable una mayor argumentación de la STC en orden a delimitar con mayor precisión la concreción de los conceptos, fijando criterios hermenéuticos de alcance general. Pese a ello, resulta sumamente interesante la aseveración de que la eutanasia no se circunscribe única y exclusivamente a los supuestos comúnmente conocidos de enfermedad terminal, dado que esa limitación resultaría

[152] Fundamento Jurídico 3 D) b)

incompatible con el derecho a la integridad personal, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad humana.

Por último, en cuanto a objeción de inconstitucionalidad del procedimiento preferente y sumario contemplado en la Disposición Adicional Quinta de la LORE como cauce adecuado para resolver los recursos interpuestos frente a las resoluciones denegatorias de la eutanasia, la STC indica que las citadas resoluciones denegatorias inciden sobre la autodeterminación de la persona afectada, influyendo sobre su esfera de libertad y dignidad personal, afectando a un derecho fundamental cual es la integridad física y moral consagrado en el art. 15 CE, por lo que la previsión del procedimiento no vulnera el art. 53.2 CE, al configurarse, el derecho a morir en un contexto eutanásico, como un derecho constitucional de configuración legal que encuentra su fundamento, como he señalado, en el derecho fundamental a la integridad física y moral.

La STC 94/2023 cuenta con tres votos particulares. Debo destacar el emitido por el magistrado Arnaldo Alcubilla, en el que argumenta que la negación del derecho a la objeción de conciencia de las personas jurídicas supone una desproporcionada restricción de su derecho a libertad religiosa e ideológica, teniendo presente que configurada la eutanasia como un derecho de carácter prestacional, incluido en la cartera de servicios del sistema nacional de salud, su efectividad se puede llevar a efecto en centros sanitarios concertados privados, entre los que se encuentran algunos titularidad de entidades religiosas, cuyo ideario excluye las prácticas eutanásicas.

Por su parte, el voto discrepante de la magistrada Espejel Jorquera considera que la STC debiera haber profundizado con relación a si sobre los centros privados o concertados pesa el deber legal de garantizar el derecho a la prestación de ayuda a morir, deber que recae sobre los de titularidad pública. Ya que si se llegara a la conclusión de que no es exigible a los privados sería innecesario el reconocimiento expreso de la objeción de conciencia a las personas jurídicas titulares de este tipo de centros.

Por último, estos dos votos particulares coinciden en que se debiera haber declarado la inconstitucionalidad del procedimiento preferente y sumario contemplado en la Disposición Adicional Quinta, dado que aquél, al amparo del art. 53.2 CE, está reservado para la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales y libertades comprendidos en los artículos 14 a 29 CE, entre los que no se cita la eutanasia, estimando que lo que, en puridad, ha efectuado la Ley otorgando dicha garantía al derecho a la eutanasia es crear *ex novo* un derecho fundamental que

no existe; soslayando que la única vía para ello es la reforma constitucional, no una ampliación del catálogo de derechos y de su garantía.

III. CARACTERES Y PRESUPUESTOS DEL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO. EN PARTICULAR, ESPECIALIDADES DE LOS REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD DURANTE EL PERIODO DE GESTACIÓN

1. La responsabilidad civil contractual y extracontractual: referencias generales

La responsabilidad puede ser entendida como el deber jurídico que se origina con el propósito de compensar las repercusiones perjudiciales para los derechos o intereses de otra persona como resultado de una conducta propia o ajena. Esta responsabilidad puede surgir tanto por el incumplimiento de contratos como por los daños ocasionados por negligencia o culpa al margen de una relación contractual.

En el ámbito jurídico, la responsabilidad se fundamenta en el principio de reparación integral del daño, que busca restablecer la situación anterior al daño o compensar equitativamente las consecuencias adversas sufridas por la parte perjudicada. Para que exista responsabilidad, es necesario que se cumplan ciertos requisitos, como la existencia de un deber jurídico previo, la demostración del daño causado, la relación de causalidad entre la conducta y el daño, y la imputabilidad o atribución de la responsabilidad a la parte causante del daño.

La responsabilidad puede manifestarse en diferentes ámbitos del derecho, como el civil, el contractual, el extracontractual, el administrativo y el penal, dependiendo del marco normativo y las circunstancias específicas del caso.

La responsabilidad puede ser de naturaleza subjetiva, cuando se exige la prueba de culpa o negligencia por parte del responsable, o de naturaleza objetiva, cuando basta con la demostración del daño y la relación causal sin necesidad de probar la culpa.

El art. 1089 del Código Civil determina que *"las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia"*.

En este contexto, es pertinente establecer una distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, que se diferencian principalmente en su origen.

La responsabilidad contractual se refiere al incumplimiento de una obligación establecida en un contrato. En este sentido, es importante tener en cuenta lo establecido en el artículo 1091 del Código Civil, que dispone que las obligaciones derivadas de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. Asimismo, el artículo 1101 del Código Civil preceptúa que aquellos que incumplan sus obligaciones con dolo, negligencia o morosidad estarán sujetos a la indemnización por los daños y perjuicios causados. En este contexto, el artículo 1104 del Código Civil considera que existe culpa o negligencia por parte del deudor cuando no se cumple con la diligencia requerida por la naturaleza de la obligación y las circunstancias del tiempo, lugar y personas involucradas. Cuando la obligación no especifica la diligencia requerida, se exigirá la diligencia propia de una persona prudente y cuidadosa. Sin embargo, nadie será responsable por eventos imprevisibles o inevitables, a menos que la ley o la obligación lo establezcan expresamente, según lo dispuesto en el artículo 1105 del Código Civil. En cuanto a la indemnización por daños y perjuicios, esta comprende no solo el valor de la pérdida sufrida, sino también el valor de la ganancia que el acreedor dejó de obtener, como establece el artículo 1106 del Código Civil, es decir, tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Por otro lado, la responsabilidad extracontractual se refiere a la obligación de reparar los daños y perjuicios causados a terceros por una acción u omisión que no esté relacionada con un contrato. En este caso, se aplican las normas establecidas en el Código Civil y en la legislación específica sobre responsabilidad civil extracontractual. La responsabilidad extracontractual puede surgir, por ejemplo, en casos de negligencia médica, como los que son objeto de consideración en la presente tesis o daños causados por productos defectuosos. El art. 1902 CC. dispone que el que por culpa o negligencia causa daño a un tercero está obligado a reparar el daño causado.

En resumen, la responsabilidad contractual se basa en el incumplimiento de las obligaciones contractuales y está regulada por las disposiciones del Código Civil, mientras que la responsabilidad extracontractual se refiere a los daños y perjuicios causados a terceros fuera del ámbito contractual y está sujeta a las normas legales aplicables.

Con el fin de establecer una distinción adecuada entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual, es relevante hacer referencia a la sentencia del Tribunal

Supremo, Sala Primera de lo Civil, número 1135/2008, de 22 de diciembre de 2008, recurso número 3992/2001. En dicha sentencia se establece que la responsabilidad debe considerarse contractual cuando existe una relación jurídica preexistente entre las partes y se produce un daño que constituye una violación de esa relación contractual. Por tanto, para que se configure la responsabilidad civil contractual se requieren dos elementos: uno objetivo, que implica que el daño provenga del incumplimiento o cumplimiento deficiente de las obligaciones establecidas en el contrato, creadas por las partes y reguladas según lo dispuesto en el art. 1258 del Código Civil; y otro subjetivo, que implica que exista una relación de obligación entre quien causa el daño y quien lo sufre.

Por otro lado, se aplica el régimen de responsabilidad civil extracontractual cuando el daño no ha sido causado dentro del ámbito estricto de lo acordado en el contrato, sino que se trata de daños que no están relacionados con la naturaleza del negocio, aunque hayan ocurrido durante su ejecución. Por el contrario, se aplica el régimen contractual cuando la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación en un caso particular.

2. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Caracteres del sistema*

En el ámbito estrictamente administrativo la responsabilidad patrimonial constituye una institución que viene a tutelar la integridad patrimonial de los administrados frente a las intromisiones de los poderes públicos, atendiendo a la reparación de las lesiones producidas a los particulares en sus bienes y derechos, al margen de la potestad expropiatoria, como consecuencia de la actividad desarrollada en el ejercicio del poder.

El artículo 106.2 de la Constitución establece un régimen de responsabilidad único, de carácter objetivo y extracontractual, para todas las Administraciones Públicas españolas, al señalar que: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

Por su parte, el artículo 149.1.18º CE garantiza su sometimiento a un régimen común al reservar al Estado la competencia exclusiva para fijar el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las especialidades propias que puedan establecer las respectivas Comunidades Autónomas como consecuencia de sus singularidades organizativas. A estos efectos, he de indicar que el TC, entre otras, en su STC 79/2915, de 5 de junio, ha admitido que no se puede excluir la posibilidad de que las comunidades autónomas prevean supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad patrimonial administrativa siempre y cuando estos supuestos respondan al desarrollo de políticas sectoriales específicas, sin vulnerar las normas generales establecidas a nivel estatal. De este modo, las comunidades autónomas pueden incorporar en sus legislaciones específicas supuestos indemnizatorios que se adapten a las particularidades de su ámbito territorial, a sus políticas sectoriales y a su organización administrativa, siempre y cuando estas disposiciones no contradigan las normas estatales comunes que regulan el instituto de la responsabilidad patrimonial administrativa en su conjunto.

La institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha adquirido una importancia cada vez mayor, no solo a nivel estatal, sino también en el ámbito de la Unión Europea. El fundamento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y de los distintos poderes del Estado se basa en el Estado de Derecho, que exige que la Administración esté sujeta al ordenamiento jurídico, al igual que cualquier otro sujeto de derecho. Esto deriva de los artículos 9.3, 103.1, 106.2 y 121 de la Constitución Española de 1978.

La responsabilidad patrimonial no se limita simplemente a compensar los perjuicios irrogados a un particular mediante la reparación integral del daño causado, sino que también desempeña un papel fundamental en la construcción del Derecho administrativo, junto con el sistema de control jurisdiccional contencioso-administrativo. Es uno de los pilares sobre los cuales se basa el marco legal que permite una correcta actuación administrativa bajo la supervisión de los Tribunales de Justicia.

Además de su fundamento constitucional, la responsabilidad patrimonial se sustenta en el principio de solidaridad. Es injusto que un individuo lesionado tenga que hacer frente en solitario a las consecuencias perjudiciales de los actos de los poderes públicos. Asimismo, se encuentra respaldada por la confianza legítima que los ciudadanos han depositado en dichos poderes.

Inicialmente, la responsabilidad patrimonial se basaba en el ejercicio ilegal de las facultades de la Administración o en la actuación negligente de sus funcionarios, siendo considerada como una medida subsidiaria. Sin embargo, en la actualidad, se reconoce que, si la actuación administrativa tiene como objetivo beneficiar, en mayor o menor medida, a todos los ciudadanos, es justo que los perjuicios derivados de dicha actuación sean distribuidos equitativamente entre ellos. Por lo tanto, el hecho objetivo de causar una lesión antijurídica a los ciudadanos como resultado de la actuación de la Administración sigue siendo el fundamento de la responsabilidad patrimonial, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En resumen, la responsabilidad patrimonial no se limita a ser un mecanismo de compensación de perjuicios causados por la Administración, sino que tiene un alcance más amplio. Se configura como una pieza esencial del Derecho administrativo y garantiza que la actividad de la Administración esté sujeta a un control judicial adecuado. Además, se basa en principios de solidaridad y confianza, y se sustenta en el objetivo de equidad en la distribución de los perjuicios cuando la Administración busca beneficiar a la sociedad en general.

La responsabilidad surge a raíz del perjuicio causado, sin importar si este proviene de una actuación legal o ilegal por parte de los poderes públicos, y sin importar quién haya sido el causante específico. En los sistemas jurídicos europeos, ha habido una creciente tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad, basada en la solidaridad colectiva y en la superación de enfoques subjetivistas que se centran en la culpa individual del agente que causa el daño. El enfoque se ha dirigido hacia la protección de la víctima, a quien la comunidad no puede abandonar desamparada cuando el perjuicio sufrido proviene de actividades y servicios públicos de los cuales la comunidad en su conjunto, y no los individuos por separado, se benefician.

En el contexto jurídico español, el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 establece que cualquier lesión sufrida por los particulares en los bienes y derechos contemplados por dicha ley será indemnizable, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Esta fórmula, con algunas modificaciones y la exclusión de casos de fuerza mayor, se incorporó al artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. Posteriormente, esta ley fue derogada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en sus artículos 139 y siguientes establecía el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, hasta ser derogada a su vez, por las leyes actualmente vigentes: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Esta evolución normativa ha sido posible gracias a la constitucionalización del principio general de responsabilidad de los Poderes públicos, contemplado en el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978. Dicho principio se concreta posteriormente en el artículo 106.2, que establece la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos, y en el artículo 121, que aborda la responsabilidad por error judicial y por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

El actual sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración se caracteriza, según Martín Rebollo,[153] por configurarse como un:

-Sistema unitario que rige para todas las Administraciones, tanto si actúan en relaciones de Derecho Público como en el ámbito de su actividad privada. Se aplica a todas las Administraciones Públicas sin excepción, independientemente de si se trata de Administraciones territoriales o institucionales, y tanto si el daño tiene lugar en su actuación con sometimiento al Derecho Administrativo como si lo hacen sujetas al Derecho Privado.

-Sistema general, pues se refiera a toda la actividad o inactivad de la Administración, tanto la jurídica como la pura actuación fáctica. Cubre todo tipo de daño derivado de actuaciones extracontractuales de la Administración ya sean normativas, jurídicas o materiales, así como toda omisión o inactividad.

-Sistema de responsabilidad objetiva basado en la idea de lesión y no en la de culpa a diferencia del sistema de responsabilidad civil contemplado en el art. 1902 CC., aunque esta característica debe matizarse principalmente en el ámbito sanitario. La responsabilidad patrimonial de la Administración no exige dolo o culpa en su actuación, ni tampoco que dicha actuación sea legal o ilegal. Persigue satisfacer el derecho del dañado a ser indemnizado y no castigar una actividad administrativa ilegal o culpable.

[153] Martin Rebollo, Luis, "*Leyes Administrativas (anotadas, concordadas y comentadas",* Aranzadi, 29ª edición, 2023, pp. 123 y 124.

La Administración debe indemnizar no sólo cuando el daño es consecuencia de su actividad o inactividad ilegal o de la conducta culpable de sus agentes (responsabilidad por culpa), sino también cuando de la actividad administrativa se genere un daño.

-Sistema de responsabilidad directa. La Administración titular del servicio o de la actividad causante del daño responde directamente frente al perjudicado, sin que resulte relevante la intervención de las personas integradas en ésta (autoridades, funcionarios, personal laboral, etc.)

-Fundado en el principio de unidad jurisdiccional, al ser competente la jurisdicción contencioso-administrativa del conocimiento de las pretensiones que se ejerzan en esta materia ante los órganos judiciales. Efectivamente, la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las pretensiones relativas a reclamaciones de responsabilidad patrimonial frente a las Administraciones Públicas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.4[154] de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y art. 2 e)[155] de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

No obstante, esta regla general admite una serie de excepciones. La primera de ellas consiste en que se ejercite una acción penal frente al empleado público y conjuntamente la acción civil al amparo de lo dispuesto en el art. 109[156] del Código Penal aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre. Piénsese en el supuesto de que los progenitores, a la vista del error de diagnóstico

[154]Art. 9.4 LOPJ: "Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica.
Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.
También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas".
155Art. 2 e) LJCA: "El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad".
156 Art. 109 CP: "1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.
2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil".

padecido durante el embarazo, deciden interponer directamente una querella por imprudencia profesional contra el facultativo responsable del adecuado seguimiento y control de la gestación exigiendo asimismo la reparación de los perjuicios irrogados mediante el ejercicio conjunto y cumulativo de la acción civil. En este caso sería de aplicación el art. 121[157] del Código Penal y la administración sanitaria sería parte en el proceso penal pero sólo en su condición de responsable civil subsidiario, limitando su derecho de defensa a las cuestiones civiles referidas a la pretensión indemnizatoria ejercitada. Recuérdese que esta excepción sólo es factible si se acumula la acción civil a la penal ejercitada, ya que no es posible bajo nuestro sistema demandar civilmente de modo directo al empleado público ante la jurisdicción civil, ya que al particular le está vetada esa opción.

En todo caso, Trayter Jiménez[158] considera necesario reconducir, a sus justos términos, el conjunto de delitos por los que los empleados públicos pueden verse afectados, teniendo presente que:

> "*La jurisdicción penal y el derecho penal han dejado de ser la «última ratio», es decir, la última razón o último argumento jurídico. Las sanciones penales ya no se limitan al círculo de lo indispensable, en beneficio de otras sanciones (administrativas) o incluso la tolerancia de los ilícitos más leves; tampoco implica ya que deba utilizarse cuando ya no hay más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección. Es lo que se ha denominado el principio de intervención mínima, que guiaba el ius puniendi del Estado y que actuaba como un límite al legislador y al propio juez de la jurisdicción penal, que solo podía centrarse en castigar las conductas más graves, aplicando las penas establecidas en la ley siempre y cuando se cumplieran todos los elementos del delito. Era un límite, por tanto, a la función judicial en la aplicación de las penas (art. 5.1. LOPJ)18. Tanto desde el punto de vista sustantivo o de fondo como procesal, la jurisdicción penal se ha abierto a analizar todo tipo de conductas de los empleados públicos y autoridades, y además con unas amplias reglas de legitimación para presentar la notitia criminis y las denuncias ante ese orden jurisdiccional, entrando a examinar todas las cuestiones (también las derivadas del derecho administrativo).*"

157 Art. 121 CP: "El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.
Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario".

158 Trayter Jiménez, Juan Manuel: "La responsabilidad administrativa y penal de los empleados públicos: una visión actual", *Revista de Administración Pública*, 213, año 2020, p.359.

La segunda excepción al régimen general de conocimiento exclusivo del orden contencioso viene dada por los supuestos en que el servicio sanitario se preste, mediante contrato o concierto, por una entidad contratista o concesionaria de la administración sanitaria de carácter jurídico privado. En ese caso, son varias las alternativas que se presentan a los progenitores que pretenden ejercitar una acción *wrongful birth* o al hijo en el supuesto de *wrongul life*.

La primera de ellas consiste en la posibilidad de dirigir la acción en vía administrativa en cuyo caso debe seguirse el procedimiento previsto en la Ley 39/2015 con audiencia preceptiva del contratista o entidad concertada de conformidad con lo dispuesto en los art. 82.5[159] Ley 39/2015 y 32.9[160] de la Ley 40/2015. Esta acción en vía administrativa se puede dirigir bien solo frente a la administración sanitaria o de forma conjunta también frente al contratista o centro concertado con la administración. Cuando la administración sanitaria resuelve, tras la tramitación y resolución del oportuno expediente, que la responsabilidad corresponde al contratista o centro concertado, éste, si no está conforme con dicho acuerdo, puede proceder a su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, solicitando que se declare la responsabilidad de la Administración. También puede impugnar dicho acuerdo el tercero lesionado, demandando la responsabilidad de la Administración en vía contencioso-administrativa. Si la Administración declara su responsabilidad, los progenitores o el hijo perjudicado pueden recurrir ante el orden jurisdiccional contencioso por discrepancias en cuanto a la cuantía procedente. Si la Administración resuelve que la responsabilidad es del contratista o centro concertado, los reclamantes deberán exigir la indemnización acudiendo, en su caso, a la jurisdicción civil. También puede ocurrir que la Administración no se pronuncie sobre a cuál de las partes corresponde la responsabilidad, y ante esta situación los perjudicados interpongan recurso en sede contencioso-administrativa, en este caso, los tribunales, en el supuesto de estimar la pretensión indemnizatoria, atribuirán la responsabilidad a la Administración contratante, sin perjuicio de que ésta puede repetir contra el contratista o centro concertado.

[159] Art. 82.5 Ley 39/2015: "En los procedimientos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere el artículo 32.9 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, será necesario en todo caso dar audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios".

[160] 9. Se seguirá el procedimiento previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para determinar la responsabilidad de las Administraciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

La segunda opción consiste en reclamar directamente al contratista o centro concertado con la Administración, mediante el ejercicio de la acción ante la jurisdicción civil. A diferencia del supuesto anterior, en este caso los padres o el hijo sólo accionan frente a la entidad vicarial que presta el servicio directamente no frente a la Administración. En este supuesto, al igual que el anterior, será de aplicación lo dispuesto en los arts. 196[161] y 288 c)[162] de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

La tercera excepción a la regla general de conocimiento exclusivo de la jurisdicción contencioso-administrativa acontece cuando el riesgo sanitario está asegurado mediante el correspondiente contrato de seguro, algo habitual hoy en día en el conjunto de administraciones sanitarias. Resulta frecuente que las administraciones sanitarias tengan concertado un seguro de responsabilidad civil con una compañía aseguradora que cubra las indemnizaciones que aquéllas tuviesen que abonar en concepto de responsabilidad patrimonial como consecuencia del funcionamiento de sus servicios. De este modo, queda garantizada la responsabilidad patrimonial exigible a la Administración, por lo que respecta a los daños corporales, materiales, morales y todo tipo de perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada.

En este supuesto, entra en juego la acción directa del perjudicado, en nuestro caso los progenitores y/o el hijo, contra la compañía de seguros. Acción contemplada en el art. 76[163] de

[161] Artículo 196 Ley 9/2017: "1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.
2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315, o en el contrato de suministro de fabricación.
3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.
4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto".
[162]Art. 288 c) Ley 9/2017: "El concesionario estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones: c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración".
[163] El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, sin necesidad de dirigirse frente al asegurado que es la administración sanitaria. Una acción directa, ex lege, que goza de autonomía procesal y que no es subsidiaria de la acción administrativa de reclamación siendo plenamente compatibles. Si el particular dirige la misma sólo frente al asegurador se desplaza la competencia para su conocimiento a la jurisdicción civil sin necesidad de presentar o articular reclamación previa en vía administrativa.

En el caso de que el riesgo sanitario esté garantizado mediante contrato de seguro, los progenitores y el hijo, perjudicados por un diagnóstico prenatal erróneo que supone un falso negativo, tendrán tres opciones:

Primera. Reclamar conjuntamente a la Administración Pública y a la entidad aseguradora de la AP.

Segunda. Dirigir su acción solamente frente a la Administración Pública, en cuyo supuesto, la aseguradora de la Administración será parte codemandada en el proceso contencioso-administrativo junto con la Administración a la que asegure, art. 21.1.c) de la LRJCA.

Tercera. Ejercitar la acción directa prevista en el art. 76 de la Ley 50/1980 exclusivamente contra la aseguradora.

En los tres supuestos, el régimen jurídico sustantivo será el mismo, puesto que la responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 32 y siguientes de la LRJSP, de conformidad con lo dispuesto en su art. 35[164].

Cuando los progenitores o el hijo demanden a la Administración Pública única o juntamente con la aseguradora, existirá un procedimiento administrativo previo y posterior, en su caso, proceso contencioso-administrativo, de conformidad con los arts. 9.4 de la LOPJ y 2 e) LJCA. Si, en cambio, ejercitan la acción directa exclusivamente contra la aseguradora, no existirá procedimiento administrativo previo de responsabilidad ni proceso contencioso-administrativo, sino que acudirán directamente a ejercitar la acción contemplada en el art. 76 Ley Contrato de Seguro, ante el orden jurisdiccional civil. La competencia jurisdiccional corresponde al orden civil en atención a la naturaleza del sujeto pasivo del proceso, de la acción ejercitada y de la vis

[164] Art. 35 Ley 40/2015: "Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad".

atractiva que sigue proclamando nuestro ordenamiento en el art. 9.2[165] de la LOPJ. El hecho de que la Administración sanitaria se persone en el proceso no modifica la competencia del orden jurisdiccional civil, de conformidad con lo resuelto por la Sentencia[166] de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14.10.2013, rec. 814/2011.

Dos posturas jurisprudenciales existían con relación a los efectos que produce el ejercicio simultáneo de la acción administrativa de responsabilidad patrimonial y la acción directa frente a la compañía de seguros. La primera de ellas negaba vinculación de la jurisdicción civil respecto de la resolución administrativa firme dictada en el correspondiente expediente administrativo. Muestra de esta primera postura es la Sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 20.04.2018, RA 453/2017. En ella se mantiene que, en el supuesto de acción directa, por disposición legal, no se resuelve a los solos efectos prejudiciales sino con competencia plena. La propia existencia de la acción directa llama a aplicar con naturalidad el Derecho administrativo por un tribunal civil. En la sustanciación de la acción directa, la presunción de validez del acto administrativo, art. 39.1 Ley 39/2015, tiene la misma fuerza relativa ante un tribunal civil que debe enjuiciar la cuestión que, ante un tribunal de lo contencioso, esto es, la declaración de la propia Administración de que no debe responder es un auto argumento o argumento autosuficiente, sin fuerza externa ante el tribunal para escapar de la ciénaga de la responsabilidad patrimonial. Considera que no hay resolución judicial firme alguna en la que se declare la inexistencia de responsabilidad de la AP, único supuesto en que esta jurisdicción se vería abocada a negar también la de la aseguradora, deudora solidaria junto con aquella frente al lesionado.

La segunda postura otorga vinculación de la jurisdicción civil respecto de la resolución administrativa firme dictada en el correspondiente expediente de responsabilidad. Ejemplo de ella es la sentencia[167] de 16 de febrero de 2017 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que

[165] Art. 9.2 LOPJ: "Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional".

[166] STS Sala Primera de 14.10.2013, rec. 814/2011: "Vigencia del principio de la "perpetuatio iurisdictionis" a cuyo tenor, resulta evidente que la comparecencia sobrevenida de la Administración como tercero interviniente en el proceso civil, en el que la relación procesal fue válidamente constituida, no puede suponer una modificación de la acción ejercitada ni de la jurisdicción competente, por lo que la intervención en el procedimiento del Instituto Catalán de la Salud por vía de la llamada de un tercero interviniente del art.13 LEC., no puede alterar ni modificar la naturaleza de la acción ejercitada, ni la competencia ni la jurisdicción correctamente fijadas. De tal modo que se atribuye competencia a la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige en el ejercicio de la acción directa del art.76 LCS"

[167] Sentencia 16-2-2014 AP Barcelona: "Lo que resulta cuestionable es si, ejercitada voluntariamente esa vía administrativa previa y finalizado el expediente con resolución consentida por las perjudicadas accionantes en cuanto no impugnada en la vía contencioso administrativa, el juez de primera instancia viene o no vinculado por dicha resolución administrativa, y lo cierto es que negarle cualquier efectividad a dicha resolución se nos antoja contrario a la legalidad, puesto que la acción directa contra la aseguradora en la vía civil no puede constituir una vía

considera que una vez firme la resolución administrativa la acción directa no puede constituir una vía indirecta par recurrir materialmente el acto administrativo firme y consentido.

La cuestión ha sido resuelta por la Sentencia[168] de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2016. La citada sentencia efectúa una serie de consideraciones muy relevantes con relación a la naturaleza de la acción directa y su vinculación con la posible existencia de una resolución administrativa previa:

alternativa para impugnar actos administrativos que se dejaron consentidos. Y es que resulta contrario a los principios inherentes al ordenamiento jurídico que, en casos como el de autos, se acabe reconociendo en vía civil una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello y con arreglo al procedimiento legalmente previsto y consentida por el perjudicado.
Ciertamente no consideramos que el ejercicio de la acción directa constituya fraude de ley, pues es un procedimiento legalmente previsto y puede tener sentido cuando ya se ha reconocido la responsabilidad de la Administración, para obtener un rápido abono de la indemnización además de los intereses moratorios especiales del art. 20 de la LCS. Pero, como indicamos ut supra, entendemos ajustado a derecho, a las normas y jurisprudencia referida que la cuestión referente a la responsabilidad de la Administración asegurada ha sido resuelta y consentida por las perjudicadas y a la misma hemos de estar, la cual, por otro lado, tampoco consideramos contraria a la jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial sanitaria atendiendo a las circunstancias concurrentes."

[168] STS, Sala de lo Civil, 5.6.2019, Rec. 2992/2016 6: "La interrogante es qué valor se debe dar a la resolución dictada por la Administración dentro del procedimiento incoado contra la aseguradora ante la jurisdicción civil, al amparo del art. 76 LCS. Es incuestionable que la parte demandante, en su legítimo derecho de opción al que se hizo mención, optó voluntaria y libremente por acudir a la vía administrativa previa para exigir de la Administración una indemnización del daño padecido por ser responsable de la causa que lo originó. La reclamación patrimonial se interpuso en fecha 7 de agosto de 2012 y recayó resolución que puso término al expediente el 3 de septiembre de 2014. Cuando el expediente administrativo se encontraba en trámite, ya avanzado y con informe emitido por el inspector médico, se ejercitó por la parte actora la acción directa contra la aseguradora en demanda fechada el 9 de enero de 2014 y presentada el 15 de ese mes y año. La resolución administrativa resolvió "estimar la reclamación de daños y perjuicios formulada..., reconociéndoles el derecho a percibir una indemnización total actualizada por importe de 334.684, 66 euros por los daños y perjuicios ocasionados". Esta resolución ha devenido firme por cuanto quienes presentaron la reclamación patrimonial, que coinciden con los actores de este pleito, no la impugnaron ante la jurisdicción contencioso-administrativa. 7.- De ello se colige que lo único que podían impugnar los reclamantes ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, era el quantum indemnizatorio en el caso de que discrepasen de él, por cuanto la Administración asumió su responsabilidad. Si a ello se une, según expusimos, que la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado así como que la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración, mientras que la jurisdicción civil solo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil, se ha de convenir que sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios. Se conseguiría así el reconocimiento en vía civil de una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello al culminar el procedimiento administrativo legalmente previsto, que ha sido consentido por los perjudicados al no acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, única que podría revisarla. Con la consecuencia de que sería condenada la aseguradora en el proceso civil, en aplicación del art. 76 LCS, a una cantidad superior a la obligación de la Administración asegurada, que de haberse satisfecho se podría tener por extinguida. Por tanto, cuando como es el caso, existe una estimación, total o parcial, de la reclamación, se pone en marcha una serie de mecanismos que justifican la solución que propugnamos. Así: (i) fijada la indemnización, la aseguradora o la propia asegurada pueden pagarla y extinguir el crédito; (ii) una vez declarada la responsabilidad y establecida la indemnización, si el perjudicado no acude a la vía contenciosa, esos pronunciamientos quedan firmes para la administración; (iii) pueden producirse, potencialmente, todos los efectos propios de las obligaciones solidarias, además del pago, ya mencionado; y (iv) la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición que el art. 76 LCS reconoce a la aseguradora".

1ª.- En caso de ejercitar la acción directa el perjudicado, en nuestro caso los progenitores o/y el hijo, deben invocar, acreditar y probar que la lesión ha acontecido en el seno del funcionamiento del servicio público sanitario, probar su cobertura en la póliza y su no exclusión y que la Administración sanitaria ha incurrido en responsabilidad, debido a que la acción directa no convierte a la aseguradora en responsable sino en garante de la obligación de indemnizar.

2ª.- La acción directa es inmune a las excepciones que el asegurador tenga frente al asegurado. De este modo, no puede oponer las excepcionales personales ni las derivadas de la conducta del asegurado que, en este caso, es la administración sanitaria.

3ª.- El asegurador si puede oponer las excepciones de carácter objetivo, cuales son la definición del riesgo para observar que el mismo está cubierto por la póliza y el alcance de la cobertura con relación al límite de la suma asegurada por siniestro y la posibilidad de franquicias.

4ª.- La acción directa no resulta subsidiaria de la acción contra el responsable (administración sanitaria), sino que goza de autonomía procesal y para ejercerla no es preciso la previa reclamación en vía administrativa.

5ª.- La acción directa es autónoma e independiente, configurándose como el cauce para ejercitar un derecho propio sustantivo y procesal de contenido legal.

6ª.- El asegurador puede repetir contra el asegurado al no poder oponer al perjudicado el comportamiento doloso de aquél.

7ª.- Si existe una resolución administrativa firme en vía administrativa que ha resuelto el expediente tramitado, la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación de la administración sanitaria reconocida en aquella.

Igualmente, si existe un pronunciamiento previo de la jurisdicción contencioso-administrativa desestimando la pretensión indemnizatoria dirigida contra la administración sanitaria, no cabe ejercitar la acción directa contra la compañía de seguros con base en los mismos hechos, tal y como ha dictaminado la jurisprudencia civil[169].

[169] STS, Sala 1ª, de 15-02-2022, rec. 563/2019 : "Es cierto, que es viable el ejercicio acción directa del art. 76 LCS contra la compañía aseguradora, siempre que ésta sea la única demandada (AATS, Sala de Conflictos, 18 de octubre de 2004, 28 de junio de 2004, 3/2010, 4/2010, 5/2010, de 22 de marzo; sentencias de 30 de mayo de 2007 y 11 de febrero de 2011, todas ellas citadas por la sentencia 321/2019, de 5 de junio, del Pleno de la Sala 1ª), en cuyo caso se determinará la responsabilidad de la de la compañía de seguros, tras determinarse la propia de la entidad pública asegurada, lo que conforma una cuestión prejudicial contencioso-administrativa del art. 42 de la LEC, susceptible de decidirse ante el orden jurisdiccional civil, mediante la aplicación de la normativa de derecho administrativo que

En todo caso, y con la finalidad de evitar las posibles disfunciones que pudieran producirse, de "lege ferenda", sería conveniente, a mi juicio, una modificación del art. 2º LJCA a imagen y semejanza de lo previsto en el artículo 2 b) Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social el cual contempla que los órganos jurisdiccionales del orden social, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan en relación con las acciones que puedan ejercitar

la rige. En este supuesto, en el que el perjudicado se dirige, directa y exclusivamente, contra la compañía aseguradora, no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo, sin actuación u omisión administrativa previa que revisar, ni Administración demandada que condenar (STS 616/2013, de 15 de octubre y 321/2019, de 5 de junio, ésta última del Pleno de la Sala 1.ª). Ahora bien, si se opta, como es el caso, por acudir a la vía administrativa, en la que se declaró prescrita la responsabilidad de la administración, en sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, órgano jurisdiccional a quien compete dirimir las cuestiones concernientes a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, según establece el art. 2 e) de la LJCA, en resolución que adquirió firmeza, no cabe promover, como aquí se ha hecho, la acción civil contra la compañía de seguros sobre los mismos hechos, y ello, por dos razones: Una, porque no cabe declarar una responsabilidad de la compañía de seguros cuando, en vía contencioso administrativa, se declaró la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la administración asegurada. Segundo, porque equivaldría a una suerte de fiscalización de lo resuelto en vía contencioso administrativa por los tribunales de la jurisdicción civil, con clara infracción del art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), cuando proclama que los tribunales ejercerán su jurisdicción, exclusivamente, en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra ley, con lo que se generaría una resolución nula de pleno derecho por evidente falta de jurisdicción (art. 238.1 LOPJ y 225.1 LEC), a modo, además, de una especie de revisión de una sentencia firme, que proclama la inexistencia de responsabilidad de la Administración. Por todas las razones expuestas, es obvio que la tramitación de un procedimiento administrativo y ulterior proceso contencioso administrativo no interrumpen la prescripción de la acción civil, simplemente la impiden por las razones anteriormente expuestas, dado que no cabe condenar a una compañía de seguros, absuelta además en vía contenciosa, por pronunciamiento firme, a hacerse cargo de una responsabilidad patrimonial de su asegurada, que se declaró inexistente. En definitiva, como señalamos en la sentencia 358/2021, de 25 de mayo: "[...] la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala fijada a partir de su sentencia de pleno 321/2019 y reiterada en las sentencias 579/2019, de 5 de noviembre, 473/2020, de 17 de septiembre, de pleno, y 501/2020, de 5 de octubre, sobre la vinculación de la jurisdicción civil a lo resuelto por la Administración en el expediente de responsabilidad patrimonial, o en su caso a la resuelto por la jurisdicción contencioso- administrativo si se impugna el acto administrativo. "[...] En este sentido, se recuerda que la acción directa del art. 76 LCS se funda en los principios de autonomía de la acción, solidaridad de obligados y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado, y que esto comporta que, aunque la acción directa goce de autonomía procesal (al ser posible demandar exclusivamente a la aseguradora ante la jurisdicción civil sin que previamente se sustancie una reclamación en vía administrativa), la aseguradora no pueda quedar obligada más allá de la obligación del asegurado, pues la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración mientras que la jurisdicción civil sólo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil. "Esta jurisprudencia, con arreglo a lo cual esta sala ha desestimado la acción directa contra la aseguradora de la Administración cuando se ha utilizado por el perjudicado para conseguir de la aseguradora en vía civil una indemnización superior a la indemnización reconocida en vía administrativa o contencioso-administrativa, es también aplicable a un caso como el presente en el que la perjudicada, pudiendo demandar directamente a la aseguradora en vía civil, optó por acudir al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y la consiguiente indemnización del daño sufrido, y consintió que adquiera firmeza la resolución administrativa desestimatoria de su reclamación, dado que igual que "sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios" (sentencia 321/2019, citada por la 579/2019), también lo sería utilizar la acción directa contra el asegurador para conseguir que la jurisdicción civil declarase la responsabilidad de la Administración sanitaria asegurada -por ser presupuesto para que responda la aseguradora- tras haber devenido firme el acto administrativo que negó la existencia de dicha responsabilidad". Por todo el conjunto argumental expuesto, el recurso de casación no puede ser estimado, cuando existe una sentencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo, que proclama mediante pronunciamiento firme, en proceso seguido contra la compañía como codemandada, que no existe responsabilidad patrimonial de la administración asegurada, la cual no puede renacer mediante la promoción de una acción ante la jurisdicción civil sobre los mismos hechos contra su aseguradora absuelta.

los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente.

Los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establecen el marco normativo sustantivo del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, reconociendo el citado carácter objetivo, al contemplar la obligación de indemnizar a los particulares por toda lesión que sufran y sea *"consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley"*.

Las cuestiones procedimentales se regulan en el Título IV rubricado "De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común" artículos 53 a 96, de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el que a lo largo de su articulado se contemplan especialidades concretas y específicas con relación al procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Llama la atención que la Disposición Final Decimocuarta de la Ley 40/2015 LRJSP, no invoque el art. 149.1.18 como título legitimador de la regulación del régimen jurídico sustantivo del instituto de la responsabilidad patrimonial. En cambio, la Disposición Final Primera de la Ley 39/2015 LPAC, de modo acertado en su apartado 1º establece que la misma se aprueba al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.18 de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y competencia en materia de procedimiento administrativo común y sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.

El carácter objetivo del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido ratificado desde la perspectiva constitucional por las SSTC 112/2018[170] y 79/2019[171]. Y ello, pese a que algunos autores como Mir Puigpelat[172], consideren que con ellas no se consagra a nivel constitucional la responsabilidad objetiva de la Administración, sino la responsabilidad por su funcionamiento anormal, que está garantizada por el art. 106.2 CE y que no puede ser excluida por el legislador.

3. *Referencia a algunas especialidades de la responsabilidad en el ámbito sanitario durante el período de gestación.*

El carácter objetivo de la responsabilidad, en el ámbito sanitario, no se manifiesta de manera generalizada, ya que son pocos los casos en los que se determina una responsabilidad puramente objetiva. En realidad, el cumplimiento o incumplimiento de la *lex artis*, es decir, del estándar de buena práctica médica, juega un papel determinante en la mayoría de las situaciones. Esta

[170] STC 112/2018 resuelve cuestión de inconstitucionalidad planteada frente a la actual DA7ª del RDLeg 6/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tráfico: "Responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas.
En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas en las vías públicas será responsable de los daños a personas o bienes el conductor del vehículo, sin que pueda reclamarse por el valor de los animales que irrumpan en aquéllas.
No obstante, será responsable de los daños a personas o bienes el titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, el propietario del terreno cuando el accidente de tráfico sea consecuencia directa de una acción de caza colectiva de una especie de caza mayor llevada a cabo el mismo día o que haya concluido doce horas antes de aquél. También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produzca el accidente como consecuencia de no haber reparado la valla de cerramiento en plazo, en su caso, o por no disponer de la señalización específica de animales sueltos en tramos con alta accidentalidad por colisión de vehículos con los mismos".
La sentencia establece la significación constitucional de la objetividad del régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el art. 106.2 CE, cuyo tenor supone la recepción constitucional del sistema de responsabilidad de la Administración previamente vigente en el ordenamiento jurídico, cuyo carácter objetivo venía siendo ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia. De este modo, la remisión del art. 106.2 CE al desarrollo legislativo no puede, en modo alguno, explicarse como una mera autorización al legislador para que determine el régimen jurídico de la responsabilidad, de trata más bien, de una regla de cierre que permite al legislador concretar la forma en que una responsabilidad puede ser exigida. En este supuesto en el que existe una actividad de titularidad administrativa o servicio público, la DA 7ª sólo resulta compatible con el régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el art.106.2 CE, si se interpreta en el sentido de que, no existiendo acción de caza mayor, aún pueda determinarse la posible responsabilidad de la Administración acudiendo a cualquier título de imputación legalmente idóneo para fundar la misma, sin declarar automáticamente la responsabilidad del conductor. De este modo, una vez excluido el supuesto de hecho generador de responsabilidad previsto en el apartado segundo, acción de caza mayor, el juez debe examinar el supuesto conforme a las reglas generales de la responsabilidad, contempladas en los arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015.
[171] STC 79/2019 resuelve el recurso de inconstitucionalidad 6904-2018 interpuesto por el Presidente del Gobierno y declara que el párrafo segundo del art. 8.2 de la Ley 3/2015, de 5 de marzo, de caza de Castilla-La Mancha, en la redacción dada por el artículo primero, apartado 5 de la Ley 2/2018, de 15 de marzo, por la que se modifican la Ley 3/2015, de 5 de marzo, de caza de Castilla-La Mancha y otras normas en materia medioambiental y fiscal, es inconstitucional en la medida que sea aplicable a las infraestructuras de titularidad estatal
[172] Mir Puigpelat, Oriol: "La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración". *Revista de Administración Pública*, 213, pp. 29-47.

cuestión fue destacada de manera acertada por el Magistrado Andrés Ollero Tassara en su voto particular[173] emitido a la STC 112/2018.

En todo caso, se debe partir del dato de que la responsabilidad patrimonial sanitaria deriva de una prestación de servicios que se caracteriza por ser una obligación de medios que no de resultado[174]. Se deben poner al servicio del paciente todos los medios materiales y personales disponibles con el fin de garantizar una adecuada atención médica. Lo que resulta imposible es garantizar un resultado concreto y determinado derivado de la atención, salvo en los supuestos de medicina satisfactiva como la cirugía estética.

---

[173] Voto particular magistrado Ollero Tassara a la STC 112/2018:" En realidad, el artículo 106.2 CE deja un amplio margen al legislador para regular distintos modelos de responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello explica la existencia actual de diversos regímenes especiales, en modo alguno inconstitucionales. Las comentadas previsiones, más o menos afortunadas, pueden verse cuestionadas en un debate de mera legalidad, sin que por ello quepa detectar en ellas una relevancia constitucional.
Sin duda, la doctrina abandonó tiempo ha el viejo paradigma absolutista, que rechazaba todo intento de exigir responsabilidades al titular de un poder público; así como el dogma decimonónico de que la culpa era el título exclusivo y excluyente de imputación. Esto podría explicar que la Sentencia afirme que el artículo 106.2 "supone la recepción constitucional del sistema de responsabilidad de la Administración previamente vigente en España, cuyo carácter objetivo venía siendo ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia". Tales planteamientos fueron en realidad paulatinamente matizados por los más prestigiosos maestros de nuestro derecho administrativo y, como consecuencia, se abrió una línea doctrinal hoy claramente mayoritaria defendida por sus numerosos discípulos. Conforme a tales planteamientos, el artículo 106.2 CE y la legislación general que lo desarrolla admite responsabilidades objetivas basadas en la movilización de riesgos o el sacrificio legítimo de derechos, pero en modo alguno excluye la culpa, por funcionamiento anormal del servicio público, que es el título de imputación en buena parte de los casos.
Cabría quizá argumentar que no siempre es similar el caso si lo que se analiza es la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo. Ese fenómeno puede, sin embargo, resultar solo aparente. En efecto, ante el peligro de un posible agotamiento de las arcas públicas, acaban entrando en juego excepciones a la presunta responsabilidad universal de la Administración. Así sucede en el ámbito sanitario con las invocaciones al mayor o menor respeto de sus protagonistas a las exigencias de la llamada *lex artis*, que no deja de implicar un modo solapado de dar entrada a criterios de culpa".

[174] STS de 5 de junio de 2012, Rec. casación 2241/2011:"Como que frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/2004, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, más en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la lex artis, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles.
STS de 9 de octubre de 2012, Rec. casación 40/2012): "Frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, más en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica"

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, la *lex artis* actúa como un criterio fundamental para determinar si ha existido una actuación adecuada por parte de los profesionales de la salud. Esta norma deontológica y ética establece los estándares y prácticas aceptadas en el campo médico, y su incumplimiento puede dar lugar a la imputación de responsabilidad. Por tanto, aunque se pueda hablar de una responsabilidad objetiva en teoría, en la práctica es el incumplimiento de la *lex artis* lo que realmente determina la existencia de responsabilidad en la atención sanitaria. El análisis de la responsabilidad sanitaria requiere evaluar si se ha cumplido con los protocolos, técnicas y criterios médicos adecuados en cada caso concreto. La actuación del facultativo se examina de acuerdo con los conocimientos y prácticas aceptadas en la comunidad médica, así como las circunstancias particulares del caso. Por tanto, la responsabilidad en el ámbito sanitario no se puede abordar de manera meramente objetiva, sino que implica un análisis detallado de las acciones y decisiones médicas a la luz de la *lex artis* y los estándares de calidad y seguridad en la prestación de servicios de salud, tal y como exige la jurisprudencia[175].

Un claro supuesto de lo que pudiéramos denominar "el mito de la responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario" lo encontramos en la resolución de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial instada ante los servicios públicos de salud por la utilización del producto denominado Ala Octa. El Ala Octa es un gas oftalmológico fabricado por el laboratorio alemán AlaMedics, que fue empleado en la cirugía de retina durante más de una década para readherirla tras su desprendimiento. Según la información proporcionada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios en una nota informativa publicada el 15 de julio de 2016, se notificaron en España un total de 116 casos derivados del uso de lotes defectuosos del producto Ala Octa en intervenciones quirúrgicas por

175 Sentencia de la Sala Tercera de 23 de septiembre de 2009 (rec. 89/2008): "Nuestra jurisprudencia matiza, modula, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, afirmaciones como las que ahí se contienen, introduciendo para ello como primer elemento corrector el de la "lex artis". Así, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria".
STS de 29/06/2011, Rec. casación 2950/2007: "La observancia o inobservancia de la lex artis ad hoc es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración".
STS de 9 de Octubre de 2012 (Rec. 40/2012: "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste".

desprendimiento de retina. Estos casos se distribuyeron en 28 centros sanitarios ubicados en 13 Comunidades Autónomas.

El 26 de junio de 2015, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) emitió una alerta[176] a los centros sanitarios a través de los puntos de Vigilancia de Productos Sanitarios de las Comunidades Autónomas, en la que se ordenaba el cese de la utilización y comercialización, así como la retirada del mercado del producto Ala Octa (Perfluoroctano) fabricado por ALA MEDICS GmbH, Alemania. Esta alerta también fue comunicada a la Sociedad Española de Oftalmología. A petición de la AEMPS, la empresa retiró todos los lotes del mercado español en junio de 2015. Posteriormente, el 13 de noviembre de 2015, ALAMEDICS cesó completamente la fabricación y distribución del producto, retirando todos los lotes disponibles en el mercado a nivel europeo y mundial. También se retiró el certificado de marcado CE. En febrero de 2016, la empresa Alamedics notificó a la AEMPS su cese de actividad, iniciando un proceso de declaración de quiebra.

Algunos pacientes afectados, que sufrieron la pérdida total de la visión del ojo en el que se utilizó el producto o una considerable pérdida de su agudeza visual, presentaron reclamaciones de responsabilidad ante los centros sanitarios, ya fueran públicos o privados, donde se llevaron a cabo las intervenciones quirúrgicas. Esto dio lugar a una disparidad de resoluciones administrativas y judiciales. Algunos servicios públicos de salud reconocieron en vía administrativa su responsabilidad, mientras que otros rechazaron las peticiones de indemnización.

Pues bien, el Servicio Cántabro de Salud desestimó las reclamaciones de responsabilidad presentadas por los pacientes afectados por la utilización del citado producto en intervenciones quirúrgicas efectuadas en el Hospital Sierrallana. Y tras la interposición de los correspondientes recursos contencioso-administrativos, y la desestimación de estos por sentencias dictada en primera instancia por los Juzgados de lo contencioso de Santander, la sentencia[177] de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia

[176] Nota informativa sobre incidentes relacionados con el producto ala octa (perfluoroctano), utilizado en cirugía de retina publicada el 30 de octubre de 2015 emitida por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios AEMPS. Consultada el 2 de agosto de 2023 y disponible en https://www.aemps.gob.es

[177] La sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Cantabria n.º 382/2018 estimó el recurso de apelación núm. 72/2018 interpuesto, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Santander, n.º 28/2018, de fecha 15 de febrero de 2018, en el procedimiento 290/2016, y condenó al Servicio

de Cantabria n.º 382/2018, de 28 de septiembre, dio la razón a los reclamantes y condenó al Servicio Cántabro de Salud haciéndolo responsable de los daños causados. En sentido contrario, imputando la responsabilidad al fabricante y exonerando de responsabilidad al Servicio Canario de Salud se pronunció con posterioridad la sentencia[178] de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de las Islas Canarias de 20 de mayo de 2019. A nuestros efectos, interesa destacar que la sentencia del TSJ de Cantabria, indica que no existe título de imputación con relación al Servicio Cántabro de Salud ante la inexistencia de mala praxis por parte de los facultativos que, en todo momento cumplieron adecuadamente con la *lex artis* en la realización de las intervenciones quirúrgicas, y que tampoco existía, en el momento de practicar las intervenciones ninguna información o comunicación sobre la toxicidad del producto utilizado, pues la alerta sanitaria de la Agencia Española de los Medicamentos fue posterior a aquellas. No obstante, dictamina la responsabilidad patrimonial del Servicio Cántabro de Salud, que califica de objetiva, por el riesgo creado por la utilización del gas que resultó tóxico, y condena a indemnizar a los pacientes que sufrieron el perjuicio.

Interpuesto recurso de casación por el Servicio Cántabro de Salud fue resuelto por la sentencia n.º 1806/2020, de 21 de diciembre, rec.803/2019. En ella, la Sala Tercera, fija la siguiente doctrina jurisprudencial: *"Por todo ello, debemos concluir señalando que la Administración sanitaria –cuyos facultativos realizan correcta y adecuadamente una intervención quirúrgica de conformidad con la lex artis– no debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización, previamente autorizada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, debiendo la responsabilidad recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios, de concurrir las concretas circunstancias necesarias para ello".*

Para llegar a esa conclusión, establece que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de los consumidores no abarca los llamados "actos médicos propiamente dichos". Estos actos, como las intervenciones quirúrgicas, se rigen por la *lex artis ad hoc* y la

Cántabro de Salud (SCS) junto a su compañía aseguradora, al abono de una indemnización de 25.000 euros más los intereses legales en concepto de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial derivada de asistencia sanitaria prestada.

[178] Sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) n.º 210/2019, recurso de apelación n.º 42/2019.

responsabilidad por los perjuicios que puedan derivar de ellos dependerá del incumplimiento de la *lex artis*.

En el marco normativo, el Tribunal Supremo observa que el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias establece el concepto general de consumidor y usuario, que incluye a personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como a personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

En cuanto a la responsabilidad, el artículo 135 del mismo Texto establece que los productores son responsables de los daños causados por defectos en los productos que fabrican o importan. El gas está incluido en el concepto legal de producto según el artículo 136, por lo que el productor o fabricante del gas es responsable de los daños causados por un producto defectuoso (artículo 137).
En este caso, no es posible considerar al Servicio Sanitario como proveedor o responsable del producto defectuoso, ya que el fabricante y distribuidor del gas están identificados claramente en el supuesto en cuestión.
Por otro lado, la competencia para la autorización, homologación y control de los medicamentos y productos sanitarios corresponde exclusivamente a la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios, un órgano estatal. Por lo tanto, no se puede imputar responsabilidad al Servicio Canario de Salud (SCS) por culpa "in vigilando" derivada de una supuesta competencia complementaria al control estatal.

Tampoco se puede imputar responsabilidad patrimonial al SCS por algún incumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación de contratos públicos, ya que la adquisición del producto defectuoso fue realizada mediante contrato de suministro adecuándose a la normativa de aplicación.

Además, la imputación de riesgo creado por permitir la utilización del gas tóxico tampoco es válida. El riesgo no proviene de la aplicación correcta del producto durante una intervención quirúrgica realizada de acuerdo con la *lex artis* y previamente autorizada. El riesgo radica en la defectuosa fabricación o producción del gas tóxico, y esta actuación es la que debe ser imputada

como responsable del perjuicio causado, independientemente del deficiente control realizado por la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios sobre el producto defectuoso. Por estas razones, el Alto Tribunal, exonera de responsabilidad, al Servicio Cántabro de Salud, señalando que los recurrentes pueden reclamar los perjuicios causados, como consecuencia de la aplicación del gas tóxico de referencia, bien al fabricante, bien al distribuidor, bien de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, o de todos ellos, en el plazo de un año a partir de la notificación de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo.

Los presupuestos que deben concurrir de forma cumulativa para la existencia de un supuesto de responsabilidad en el ámbito de la Administración Pública son los siguientes:

-Existencia de una lesión, que se caracteriza por ser un daño que cumple con cuatro características: debe ser efectivo, es decir, ya ha ocurrido y no tratarse de daños futuros o probables que no resultan indemnizables; debe ser evaluable económicamente, es posible determinar su valor monetario; debe ser individualizado, afectando a una persona o grupo de personas específicas; y debe ser antijurídico, es decir, el particular no tiene el deber jurídico de soportar ese daño.
-Título de imputación, lo cual implica que el daño cualificado debe poder ser atribuido a la Administración Pública. Esto puede ocurrir cuando la Administración actúa a través de la emisión de un acto administrativo, un reglamento o mediante la prestación de un servicio público. También puede ser imputable a la Administración en caso de omisión, es decir, cuando la Administración no actúa a pesar de tener el deber jurídico de hacerlo.
-Existencia de una relación de causalidad entre la lesión sufrida por el particular y la actuación o inactividad de la Administración. Debe haber una conexión directa entre la acción u omisión de la Administración y el daño sufrido por el particular, estableciéndose una relación de causa y efecto.
-Ausencia de fuerza mayor, lo cual implica que el daño no debe ser consecuencia de un evento imprevisible o, incluso si es imprevisible, inevitable. La fuerza mayor se refiere a circunstancias excepcionales y extraordinarias que escapan al control y previsibilidad de la Administración, eximiéndola de responsabilidad.

Con carácter general se puede afirmar que la mayoría de los supuestos de responsabilidad que se generan obedecen a un funcionamiento anormal o actuación inadecuada con infracción de los estándares medios admisibles de rendimiento y calidad de los servicios públicos.

Excepcionalmente, la Administración responderá por un funcionamiento normal en determinados supuestos de responsabilidad por generación de riesgo, o, en supuestos de responsabilidad vía teoría del enriquecimiento injusto o sin título.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, generalmente no se reconoce responsabilidad sin culpa. El criterio utilizado, como ya he adelantado, para determinar la existencia de responsabilidad consiste en determinar si se ha cumplido o no con la *lex artis* ad hoc, que juega un papel fundamental. La *lex artis* se considera como un criterio evaluativo para determinar si el acto médico realizado por el profesional de la medicina cumple con las normas técnicas requeridas en ese momento, teniendo en cuenta las características especiales del autor, la profesión, la complejidad y la trascendencia vital del paciente, así como otros factores relevantes como el estado y la conducta del paciente o la organización sanitaria.

Pese a la relatividad del carácter objetivo de la responsabilidad sanitaria matizada por el análisis del cumplimiento de la *lex artis*, se sigue invocando su carácter objetivo, sin embargo, la jurisprudencia[179] utiliza diferentes argumentos que en realidad desvían esa objetividad pretendida.

En primer lugar, si se presta la asistencia sanitaria de manera correcta y se adoptan las medidas necesarias de acuerdo con los protocolos establecidos, se sostiene que el daño sufrido por la víctima no fue causado por el funcionamiento del servicio. En este sentido, si el servicio sanitario actuó de forma normal, no hay responsabilidad por el resultado lesivo.

[179] STS de 9 de Octubre de 2012 (Rec. casación 40/2012): "Frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2.009 (recurso 9.484/2.004), con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la lex artis, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles. (…)
Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la asistencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de lex artis, ha de considerarse asimismo que la Sala de instancia no infringió los preceptos citados, sino que los aplicó conforme a Derecho cuando concluyó desestimando el recurso contencioso-administrativo, en cuanto que apreció del conjunto de la prueba practicada el cumplimiento por los hospitales en que trataron al recurrente y por los médicos que lo atendieron de los protocolos de profilaxis conforme lo que permitía en la fecha en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados el conocimiento de la ciencia y las técnicas que la aplican. En las anteriores circunstancias, ante la idoneidad y corrección de las técnicas médicas recibidas, el presente daño no es calificable de lesión antijurídica, sino como realización de un riesgo conocido e inherente a las intervenciones practicadas y las posteriores actuaciones que la mismas demandaban, y que el demandante tenía obligación de soportar".

En otras ocasiones, el principio de objetividad se modula en función del caso concreto, invocando las singularidades particulares del supuesto, pero sin ofrecer una justificación adecuada para la excepción a la objetividad.

En tercer lugar[180], en muchos casos, para introducir indirectamente la responsabilidad basada en la culpa, se recurre al criterio de la antijuridicidad del daño, que se convierte en un factor esencial para determinar si la lesión es antijurídica. Si se actuó correctamente y se tomaron las debidas precauciones con la diligencia requerida, el particular tiene el deber jurídico de soportar la lesión sufrida, ya que no sería antijurídica. Incluso si el riesgo de la intervención sanitaria se advirtió previamente, a través del consentimiento informado, y no se demuestra una actuación incorrecta, el ciudadano también tiene el deber jurídico de soportar el daño sufrido.

Sin embargo, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, no se ha logrado establecer un conjunto de reglas generales que sirvan de guía para determinar cuándo nos encontramos ante un daño antijurídico y cuándo no. Por lo tanto, las decisiones judiciales a través de sentencias determinan la existencia o ausencia de antijuridicidad en función de las circunstancias específicas del caso enjuiciado, sin seguir reglas previamente establecidas.

Como indica Pantaleón Prieto[181]:

> *"¿No es preferible admitir que la regla general tiene que ser de que esa responsabilidad exige la culpa (no necesariamente localizada en una persona identificada) de la Administración*

[180] STS de 5 de junio de 2012, Rec. casación 2241/2011:
"En otros términos, que la Constitución determine que "Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derechos a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos", lo que es desarrollado en la Ley 30/1992, con la indicación que "En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas", no significa que la responsabilidad de las Administraciones Públicas por objetiva esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deba tener obligación de soportar por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento.
Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la existencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de lex artis, ha de considerarse asimismo que la Sala de instancia no infringe la regulación citada de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que la aplica conforme a Derecho, cuando concluye desestimar el recurso contencioso-administrativo, en cuanto aprecia del conjunto de la prueba practicada que no hubo infracción en la obtención del consentimiento informado, en la posibilidad de previsión, ni en el ataque de la reacción sufrida por el paciente" (FJ 3º)".

[181] Pantaleón Prieto, Fernando, "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas), en "Estudios de Responsabilidad Civil ", Dykinson, 2001, pp. 210-211

demandada, sin ocultarla vergonzosamente bajo capas como la "antijuricidad" del daño o la causalidad "administrativa", estableciendo al propio tiempo por Ley y de una forma explícita y taxativa los casos de responsabilidad objetiva que deban exceptuar aquella regla general?".

3.1 La antijuridicidad y el título de imputación. El criterio del incumplimiento de la lex artis ad hoc y el problema del estado de la ciencia o de la técnica en la detección de anomalías fetales: la cláusula de progreso

La antijuridicidad se ha convertido hoy en día en el elemento esencial del daño cualificado para que adquiera el concepto de lesión.

La Sentencia de la Sala Tercera, número 1747/2022, de 22 de diciembre de 2022 (Rec. 114/202), define certeramente este presupuesto de la responsabilidad: *"Por tanto, el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como presupuesto la existencia de una lesión patrimonial individualizada, real y actual, responde al elemento fundamental de la antijuridicidad del daño, que viene a configurar la lesión como indemnizable, antijuridicidad que no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo, sino que se asienta en la falta de justificación del daño, es decir, en la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber jurídico de soportarla."*

En el mismo sentido la Sentencia de 10 de abril de 2000 (Rec. 9147/1995), fundamento jurídico 3.º letra B punto a), afirma.,

"El punto clave para la exigencia de la responsabilidad no está en la condición normal o anormal del actuar administrativo, sino en la lesión antijurídica sufrida por el afectado y que éste no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que la antijuridicidad desaparece cuando concurre una causa justificativa que legitime el perjuicio, "un título que imponga al administrado la obligación de soportar la carga" -- S de 3 de enero de 1997--, o "algún precepto legal que imponga al perjudicado el deber de sacrificarse por la sociedad" --S de 27 de septiembre de 1997--."

De ahí que la Sentencia de la Sala Tercera de 26 de septiembre de 1994 (rec.6809/1990), señale el requisito de la antijuridicidad como un prius a todos los demás:

"Resulta conveniente precisar que la antijuridicidad susceptible de convertir el simple perjuicio material o moral en una lesión resarcible, no deriva directa y exclusivamente de la actuación sanitaria desplegada por los

facultativos, ya que el acento se debe poner en la existencia o no de un deber jurídico de soportar el daño, por lo que en puridad de conceptos, nos encontramos en presencia de una antijuridicidad subjetiva lo que comporta que la antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio en lesión indemnizable se predica del efecto subsiguiente a la atención sanitaria prestada y no de la actuación propiamente considerada, a la que los progenitores o el hijo reprochan los daños sufridos".

La antijuridicidad se predica del daño sufrido en sí mismo por el particular, con independencia de la índole de la acción u omisión generadora del mismo. El fundamento para sostener el derecho a la indemnización no radica en el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración, sino más bien en el carácter objetivo de la ilegalidad del perjuicio. Es decir, el ciudadano no está obligado a soportar dicho perjuicio, ya que si así fuera, la lesión perdería su carácter antijurídico debido a la existencia de causas que justifican la actuación de la Administración.

En otras palabras, para que proceda la indemnización, es esencial que el perjuicio sufrido por el ciudadano sea ilegal desde una perspectiva objetiva. Esto implica que el actuar de la Administración puede o no ser contrario a la ley o a las normas establecidas, pero, en todo caso, debe generar un daño que no está justificado en el sentido de que no debe ser soportado por el directamente afectado. En el supuesto de que existan circunstancias que justifiquen el actuar administrativo y que, por ende, hagan legítimo el perjuicio ocasionado, se debe considerar que la lesión no es antijurídica, y, por tanto, no concurriría el concepto de lesión.

La antijuridicidad supone que ni los progenitores ni el niño tenían la obligación de soportar el daño que supuso el error de diagnóstico que originó el falso negativo.

Para ello, se deben analizar de modo casuístico las circunstancias concurrentes en cada uno de los supuestos que se presenten.

El requisito de la antijuridicidad aparece previsto legamente en los arts. 32.1[182] y ar. 34.1[183] de la Ley 40/2015 LRJSP, lo que supone elevar a rango legal la trascendencia del citado presupuesto,

[182]Art. 32.1 Ley 40/2015: "1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".
[183] Art. 34.1 Ley 40/2015: "1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos

requisito sumamente trascendente, como lo indica el hecho de que su exigencia se repite por dos ocasiones con una diferencia de dos artículos en el mismo texto legal.

Resulta evidente que no todo daño causado por la administración sanitaria o por la prestación del servicio sanitario en una relación de servicio de naturaleza jurídico privada ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la cualificación de antijurídica, en el sentido de que los particulares, progenitores o hijo, no tengan el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación médica llevada a cabo en periodo gestacional o incluso con anterioridad en el supuesto de práctica de pruebas genéticas para excluir la posibilidad de determinadas alteraciones en el feto.

Entronca con lo expuesto, por ser una de las claves para un adecuado desarrollo del sistema de responsabilidad civil, conectar el deber de soportar el daño causado con los títulos de imputación, lo que comporta el análisis de la conducta de la administración sanitaria en sede de antijuridicidad, al igual que acontece en el ámbito estrictamente civil en el que además el elemento culpabilístico juega un papel esencial, con el problema añadido de determinar la entidad o gravedad de la culpa y la llamada culpa levísima en la responsabilidad civil extracontractual, abordado por Diez Picazo[184].

Centrándonos en el ámbito de la prestación sanitaria dispensada desde el servicio nacional de salud la actuación se puede deber a un:

- Funcionamiento anormal de los servicios públicos, con el inexcusable juicio valorativo sobre los estándares de funcionamiento de los servicios públicos en cada momento y,

- Funcionamiento normal, con la consiguiente dualidad relativa a la imposición de un sacrificio especial de los administrados o aquellos daños originados por la creación de un riesgo y estén debidamente determinados por la ley.

La responsabilidad objetiva no excluye, en principio, la responsabilidad subjetiva, siendo lo habitual la primacía de los supuestos de responsabilidad subjetiva, y la responsabilidad objetiva constituya la excepción. Por tanto, en primer lugar, habrá de determinar si se ha producido un

de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

[184] Diez Picazo, Luis, "La culpa en la responsabilidad civil extracontractual", en "Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto López Cabana", Dykinson, 2001, pp. 103-120

daño que haya sido causado de forma antijurídica, es decir, si se ha cometido alguna falta o disfunción, Si se comprueba la existencia de culpa y se constatan los daños, entonces surgirá la responsabilidad por anormal funcionamiento del servicio sanitario.

En segundo lugar, aun concurriendo daño, pero no culpa al existir un funcionamiento normal, puede surgir responsabilidad si existe lesión a un bien patrimonializado que haya sido afectado por la acción de la Administración. Sin embargo, este tipo de situaciones son muy excepcionales en el ámbito sanitario por no decir que inexistentes, tal y como indiqué con anterioridad.

Por tanto, el criterio del funcionamiento normal no se descarta automáticamente como forma de imputación, pero hay que reconocer que en el ámbito sanitario se trata de una situación excepcional, ya que, si se cumplen los estándares de la *lex artis* y las normas del buen funcionamiento, no existirá un derecho previo interiorizado en el patrimonio del sujeto que pueda ser afectado por el correcto funcionamiento del servicio sanitario. En otras palabras, si la actividad sanitaria se desarrolla de manera adecuada y se producen daños, estos no pueden ser considerados como lesiones, ya que no existía nada que lesionar o afectar en primer lugar.

Surge entonces la posibilidad de imputar el daño como consecuencia del riesgo generado. Se configura como una responsabilidad basada en la idea de asegurar ciertos riesgos que no han sido asumidos por el sujeto afectado. Sin embargo, esta responsabilidad por riesgo también tiene sus limitaciones. Por un lado, la propia ley establece que no serán indemnizables aquellos daños que no se hubiesen podido prever o evitar según el conocimiento científico o técnico existente al momento de la ocurrencia del hecho, art. 34.1 Ley 40/2015. Por otro lado, si el riesgo ha sido aceptado y asumido por el sujeto afectado, también se limitaría la responsabilidad.

Ya la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2012, recurso n.º 4891/2011 afirmó *"la inidoneidad del sistema objetivo de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. La aproximación, en fin, a uno de responsabilidad por funcionamiento anormal, sobre todo en la denominada medicina curativa".*

Pues bien, en ningún de los supuestos analizados, tanto en la jurisprudencia civil como contenciosa, he encontrado un reconocimiento de la pretensión indemnizatoria con base en una actuación correcta del servicio sanitario bajo cuyo control se desarrolló la gestación. Ni como un daño a un derecho previamente patrimonializado ni como consecuencia de la generación de riesgos.

De este modo, a nivel jurisprudencial, siempre debe concurrir una actuación negligente del facultativo (genetista, ginecólogo, ecografista…) con claro incumplimiento de la *lex artis* generadora del daño y de su antijuridicidad sin que los progenitores o el hijo tengan obligación alguna de soportar ese daño.

Para determinar el carácter antijurídico del daño, juega un papel fundamental la ya comentada cláusula de progreso del estado de la ciencia también contemplada en el art. 34.1 Ley 40/2015. Cuanto más avanza la ciencia médica y mayores posibilidades existen de detección de anomalías fetales en estado gestacional mayor es el nivel de exigencia y responsabilidad exigible a los facultativos.

Generalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que luego analizaré, a la hora de resolver estos supuestos, considera que existe derecho a la indemnización cuando concurre un funcionamiento anormal en la prestación sanitaria dispensada, convirtiendo el criterio de cumplimiento o no de la *lex artis* como el eje sustancial sobre el que pivota el concepto de antijuridicidad. Tendencia jurisprudencial acorde con la seguida en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria de modo generalizado, tal y como indica Martín Rebollo[185]:

> *"La Sentencia de 3 de octubre de 2000 (caso de la vasectomía fracasada), es importante porque en ella lo que la Sala viene a decir, si se adopta el punto de vista inicial de esta intervención, es que no hay un derecho autónomo, absoluto e independiente a la salud o un resultado satisfactorio de las intervenciones médicas realizadas y a cuyo riesgo se acepta.*
>
> *Estamos muy lejos, creo, de la STS de 14 de julio de 1991 (caso del aneurisma). Y aunque había algunos antecedentes, bien puede decirse que esa Sentencia de 2000 abrió una nueva vía para abordar los temas de la responsabilidad en este campo de la actividad sanitaria de la Administración.*
>
> *A partir de ese momento, en efecto, la jurisprudencia cambia y se consolida poco a poco con algunos vaivenes, pero llegando finalmente a unos resultados que si son compatibles en cuanto tales no acaban de acertar, a mi juicio, en su fundamentación teórica. Porque la jurisprudencia suele poner el acento y el centro de gravedad, a efectos de conceder o no la indemnización, en la anormalidad o normalidad del servicio desde la perspectiva de la antijuridicidad. Es decir, viene a decir que si ha habido daño, pero no se ha desconocido la lex artis no hay daño antijurídico, es decir, no hay lesión".*

[185] Martín Rebollo, Luis: "Nuevas perspectivas de la Responsabilidad Patrimonial de la administración en el ámbito sanitario", La Revista de Responsabilidad Médica, enero 2015, p. 96

La obligación de soportar el daño causado entronca en muchas ocasiones con el consentimiento informado prestado para la realización de determinadas pruebas diagnósticas y la aceptación de los riesgos inherentes a las mismas. Ya el art. 141.1 de la Ley 30/1992 y el actual 34.1 Ley 40/2015 contemplan que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber de soportar de acuerdo con la Ley.

Repárese que el error de diagnóstico prenatal puede ser un riesgo previamente asumido por la mujer gestante al suscribir el correspondiente consentimiento informado de forma expresa, convirtiendo el posible daño derivado de ese error en un daño jurídico al tener la paciente que soportarlo al estar previamente contemplada su posibilidad y expresamente aceptado el riesgo presente. Ahora bien, el hecho de aceptar la existencia de determinados riesgos en las pruebas de diagnóstico prenatales que pueden deberse, entre otros factores, a la probabilidad de interpretar erróneamente los cariotipos, debido a un crecimiento bajo, a la dificultad de conseguir un bandeo adecuado, o a consecuencia de una mezcla con células de procedencia materna, no significa automáticamente, que la madre gestante deba soportar efectivamente el error de diagnóstico producido. La jurisprudencia[186], en este sentido, vincula la obligación o no

[186] STS, Sala 3ª, de 16-05-2012, rec. 1777/2010: "La Comunidad Autónoma de Aragón alega en su primer motivo que la sentencia infringe el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 al acordar estimar el recurso contencioso-administrativo, pues a su sentir el error en el diagnóstico de la prueba prenatal es un daño que la paciente tiene el deber de soportar, al autorizar la prueba mediante la suscripción de la aceptación de, entre otros riesgos, que existe una pequeña probabilidad de interpretar erróneamente los cariotipos, debido a un crecimiento bajo, a la dificultad de conseguir un bandeo adecuado, o a consecuencia de una mezcla con células de procedencia materna . Entrando ya en este apartado del recurso, referido al consentimiento informado como causa de justificación del daño causado en el ámbito de una actuación médica, este Tribunal viene insistiendo que el derecho del paciente a conocer y entender los riesgos que asume y las alternativas que tiene a la intervención o tratamiento se configura en el actual orden normativo - constituido por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica- como una faceta integrante del derecho fundamental a la vida, en su vertiente de autodisposición sobre el propio cuerpo, reconocido como tal incluso en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, conforme a la cual el Derecho fundamental a la integridad de la persona comprende, en el marco de la medicina, el consentimiento libre e inmanado, de manera que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye en sí misma una infracción de la " lex artis ad hoc ", que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, y que como tal causa un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente (así recientemente nuestra Sentencia de 2 de enero de 2012, recurso 6710/2010 ; en igual sentido Sentencias de este Tribunal Supremo, entre otras, de 26 de marzo y 14 de octubre de 2002 , 26 de febrero de 2004 , 14 de diciembre de 2005 , 23 de febrero y 10 de octubre de 2007 , 1 de febrero y 19 de junio de 2008 , 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo , 19 y 25 de mayo y 4 de octubre de 2011). La prestación de la información suficiente ha de permitir al paciente formar libremente una decisión sobre las distintas alternativas, en definitiva consentir a la finalmente elegida en atención a los riesgos que cada una de ellas comporta, pero no tiene como finalidad ni objeto la asunción de la actuación incorrecta de la prestación de medios que es exigible a la Administración sanitaria, que la ciencia pone razonablemente en el momento a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales, conforme declaró este Tribunal

de soportar el daño al cumplimiento o no de la *lex artis*, a la hora de realizar e interpretar el resultado de las pruebas de diagnóstico por parte del facultativo responsable del adecuado seguimiento de la gestación. Si ha existido previa y adecuada información sobre los riesgos de diagnóstico existentes y las posibles alternativas de realización de pruebas con la misma finalidad, pero al efectuarse las pruebas previamente consentidas existió un incumplimiento de la *lex artis* el daño será antijurídico y adquirirá el concepto de lesión resarcible, en cambio, si el funcionamiento del servicio ha sido normal con pleno y escrupuloso respeto de la *lex artis*, y aun así el diagnóstico resulta incorrecto, el daño no será antijurídico y los progenitores y el niño tendrán el deber jurídico de soportarlo. De este modo, a nivel jurisprudencial existe una estrecha

---

en Sentencia de 10 de octubre de 2000 (recurso 5078/1997), pues la inadecuación de la prestación médica "... puede producirse no sólo por la inexistencia de consentimiento informado , sino también por incumplimiento de la lex artis ad hoc o por defecto, insuficiencia o falta de coordinación objetiva del servicio, de donde se desprende que, en contra de lo que parece suponer la parte recurrente, la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada .", y esto es así por cuanto el de información es un deber autónomo, que ha de ser cumplido a la par que la obligación de la actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria, sin solapamiento de uno por la otra, conforme ahora también consta en el artículo 2.6 de la Ley 41/2002 citada, por el que " Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente .", esto es, que la obligación de medios de la prestación sanitaria comprende tanto una como la otra. Si bien el recurso insiste en que la paciente quedó enterada del riesgo específico de la posible interpretación errónea de los cariotipos y consintió de manera informada someterse a la prueba prenatal mediante cultivo de líquido amniótico, es lo cierto que la sentencia no reprocha la antijuridicidad del resultado a la materialización de un riesgo conocido e inherente a la prueba, sino a la producción de un error de diagnóstico que pudo ser evitado conforme los medios disponibles en el momento, que identifica en la posibilidad de haber efectuado el diagnóstico correcto del cariotipo en el examen del cultivo, o en la necesidad de su repetición en tiempo de resultar dificultosa su interpretación para la profesional que lo realizó ante las insuficiencias de las metafases, tal como se ejecutaría una vez nacida la niña, sin que, por lo que antes razonamos, el sometimiento libre e informado a aquella actuación médica conduzca a la asunción de los daños derivados de la defectuosa prestación de la actuación sanitaria. Nada de esto es desconocido en el recurso, que cita la doctrina de esta Sala que establece que sólo muy excepcionalmente cabe en un recurso de casación combatir la valoración de la prueba llevada a cabo por la Sala de instancia, en los casos de errores patentes y ostensibles padecidos por dicha Sala o cuando las conclusiones alcanzadas por ella sean absolutamente ilógicas y carentes de todo fundamento, pero después, no aplica esta doctrina al caso, sustentado el motivo en la afirmación por sí que la apreciación del Tribunal de la evitabilidad del error de diagnóstico de la prueba prenatal se basa en un " juicio hipotético y no en una relación de causalidad directa entre el daño alegado y la intervención de la Administración sanitaria ". La exposición inicial que hace la demanda en relación con la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión que plantea, se ajusta al proceder de la Sala de instancia, que realizó una valoración conjunta de la prueba pericial académica practicada en las actuaciones, que condujo a la conclusión que el error no puede atribuirse a la limitación de los conocimientos de la ciencia, como a la comisión de un error de diagnóstico que pudo se evitado conforme la " lex artis " en el momento de realización de la prueba, que no acredita que lo efectuase con error patente, ni de modo arbitrario o irracional, ni sea posible sustituir la valoración de la Sala de instancia por la reputada más acertada por el recurrente, tal como reiteradamente sostiene este Tribunal. Esto es, la sentencia considera antijurídico el diagnóstico de la prueba prenatal que incurre en una autentica infracción de " lex artis ad hoc" , y que no puede ser soslayado por la circunstancia que la paciente consintiera someterse a aquella prueba y aceptar los riesgos inherentes, pues, como antes razonamos, la necesidad de respeto del derecho de autodeterminación del paciente comprende que pueda elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, lo que no significa aceptar la inadecuada prestación sanitaria de la opción finalmente elegida, como lamentablemente es lo que sucedió".

vinculación de la antijuridicidad del daño con el incumplimiento de la *lex artis* por parte de los facultativos.

La ya comentada cláusula de progreso de la ciencia juega un papel esencial. Una determinada lesión puede resultar antijurídica o no dependiendo del estado de la ciencia en el momento de producirse la prestación del servicio sanitario. Clara muestra de ello la encontramos en la Sentencia[187] de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2012, rec. 6310/2010, en los supuestos de contagio del virus VHC.

En el ámbito específico de los errores de diagnóstico prenatales o previos a la concepción, que conducen a un resultado erróneo que provoca un falso negativo, al examinar el cumplimiento o incumplimiento de la *lex artis* por los facultativos, y el subsiguiente deber o no de soportar el daño, de modo reiterado y constante, la jurisprudencia[188], recurre a la cláusula del estado de la

187 STS de 29 de mayo de 2012, Rec. casación 6310/2010:"El precepto en cuestión artículo 141.1 Ley 30/92 viene en cierta medida a positivizar la denominada doctrina del desarrollo técnico o riesgos de progreso de forma tal que, únicamente proyectarán influencia en el ámbito de la responsabilidad administrativa aquellas actuaciones o resultados que son posibles obtener de acuerdo con el progreso técnico, resultando por contra irrelevantes aquellos otros que sean imposibles de lograr ante las limitaciones del desarrollo técnico.
Es evidente que la Sentencia que cita la parte recurrente no pudo tener en consideración esta reforma, que sin duda, ha supuesto un punto de inflexión, a partir de la importante Sentencia del Tribunal Supremo, de veinticinco de noviembre de dos mil, de forma que si no se había aislado el virus VHC y no existían marcadores para detectarlo, la infección no podía considerarse una lesión o daño antijurídico, y así el riesgo de soportarlo recaía sobre el paciente. Por tanto, con respecto a esa transfusión realizada a la actora en 1989, cuyo donante no se pudo localizar para testar sus hemoderivados, es lo cierto que resultaba imposible, según el estado de la ciencia y de la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus C de la hepatitis, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo tal transfusión, ya que nadie ha puesto en duda que aquélla no se realizase para atender al restablecimiento de la salud de la paciente, razón por la que ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial".
188 STS, Sala 3ª, de fecha 24-04-2011, rec. 298/2009, fundamento de derecho sexto: "e, expresado en sus diferentes fallos uno desestimatorio y otro estimatorio, obedece a una valoración de la prueba singular y específica en cada caso, que no puede ser objeto de unificación. En efecto, la sentencia recurrida desestima el recurso interpuesto con base en el informe pericial aportado por la aseguradora codemandada y ratificado a presencia judicial, razonando al efecto: "QUINTO: Así centrada la cuestión, debemos ahora examinar la alegación central que vertebra la demanda que -como ya hemos expuesto- es la de no haberse realizado a la Sra. Lourdes , a pesar de tener 35 años de edad y ser ello exigido por los protocolos de la SEGO, según se afirma, una concreta prueba denominada "triple cribaje" o "triple screening", siendo esta prueba absolutamente necesaria para intentar dilucidar si el nasciturus presentaba, o existía sospecha de que presentara, problemas cromosomáticos y, en especial, el síndrome de Down, prueba omitida ésta que hubiera ayudado a decidir sobre la necesidad de realizar una prueba diagnóstica infalible, pero invasiva y de riesgo, como es la amniocentesis, explicando la parte actora que el "triple cribaje" o "triple screening" consta de tres pruebas (alfa-fetoproteína, fracción beta de la gonadotrofina coriónica y ecografía), de las que sólo se realizó la ecografía. Por ello, concluye la parte recurrente que, al omitirse esta sencilla prueba, se privó a la paciente de la posibilidad de decidir someterse a un aborto eugenésico, considerando que se ha producido, en este caso, una infracción de la "lex artis" en el seguimiento del embarazo por no haberse puesto a disposición de la paciente todos los medios diagnósticos disponibles en el estado de la ciencia en el momento de los hechos litigiosos. Sin embargo, esta tesis es desmentida en el ampliamente razonado informe pericial aportado por la aseguradora codemandada que ha sido ratificado a presencia de la Sala en forma contradictoria, único dictamen pericial obrante en autos ya que la actora no ha propuesto en forma pericia médica alguna. Y así, en su escrito de proposición de

prueba, la parte recurrente solicitó, como prueba pericial, la ratificación del informe de la Inspección Médica obrante en el expediente, petición que fue denegada por la Sala por considerar que el Inspector Médico no puede considerarse un perito a los efectos de los arts. 335 y ss LEC , sin perjuicio de que el informe de la Inspección Médica no aborda la cuestión del "triple cribaje" que ahora se erige en tesis central de la demanda, pues -aunque otra cosa se pretenda sostener en la demanda-, en la reclamación administrativa, la parte actora no mencionaba siquiera esta concreta prueba del "triple cribaje", haciendo hincapié, exclusivamente, en la no realización de la amniocentesis, que se consideraba "absolutamente necesaria", "ni de ninguna otra prueba adecuada para conocer la realidad cromosomática del feto, como puede ser la de vellosidad coriónica", tesis ésta que, formulada en estos términos, se abandona en la demanda en la que, como hemos visto, se centra la parte recurrente en la omisión de la prueba denominada "triple cribaje", no considerando ya la amniocentesis como prueba "absolutamente necesaria" sin cribado previo, derivada exclusivamente de la edad de la paciente, como parecía deducirse de su reclamación en vía administrativa; razones por las cuales, el informe de la Inspección Médica no abordaba tal cuestión del "triple cribaje", centrándose en la prueba denominada amniocentesis. Así pues, la única pericia técnica sometida a contradicción a presencia de la Sala es la aportada por la aseguradora codemandada que, con amplitud de razonamientos, contradice la tesis que se esgrime en la demanda, concluyendo que se practicó a la actora la técnica de cribado más fiable que, al tiempo de los hechos litigiosos, años 2001 y 2002, existía (la detección del grosor del pliegue nucal mediante ecografía en el primer trimestre del embarazo), sin que los protocolos de la SEGO, exigieran, como prueba única y más fiable, en dichos años, el triple cribado que se afirma en la demanda. Se explica en dicho informe lo siguiente: «... las técnicas más fiables para el diagnóstico de cromosomopatías fetales son invasivas, esto quiere decir que no están exentas de complicaciones; la más generalizada es la amniocentesis que consiste en obtener líquido amniótico a través de una punción realizada por el abdomen materno, el útero y de la bolsa amniótica, en donde se aíslan células fetales descamadas de su piel; en estas células se pueden estudiar el mapa cromosómico fetal o cariotipo. El riesgo de pérdida fetal atribuible a la amniocentesis se estima entre 0,5-1%. Según los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, las indicaciones para la realización de una amniocentesis son (entre otras) ... la edad materna avanzada (=35-38 años) ... ... Estos protocolos señalan un abanico de edad, de forma que se establece entre los 35 y los 38 años. ... El no señalar una edad concreta es debido a que en la literatura mundial no existe un consenso al respecto y deberá ser cada Organismo Sanitario Regional o Local el que por ahora establezca la edad límite en base a una serie de criterios, tal como tipo y edad de población a analizar, complicaciones de amniocentesis, etc. Ahora bien, la edad, tomada de forma aislada, no dispone de una buena sensibilidad para el diagnóstico del síndrome de Down (30%) y es por ello ... que se han descrito distintos métodos de cribaje que intentan seleccionar a las mujeres por debajo de estas edades que posean un nivel de riesgo que justifique la utilización de procedimientos diagnósticos invasivos para obtener material celular y realizar el cariotipo fetal. A este respecto, actualmente, aparte de la edad materna, se utilizan dos métodos de cribaje con diferente sensibilidad: la edad de la madre junto con marcadores bioquímicos, ya sean del primer o segundo trimestre y la edad materna más la detección del grosor del pliegue nucal en el primer trimestre del embarazo. Debemos tener en cuenta que se está investigando de forma continua distintas sustancias o combinación de ellas, que pudieran aumentar estas cifras de sensibilidad de forma que lo que se pensaba en el año 2001, cuando acontece el caso que nos ocupa, no puede traspolarse a la actualidad. ¿Cuál o cuáles eran los métodos empleados entonces? ... ... En este estudio (publicado en el año 1998) se señalaba que la combinación de estos dos factores (la edad materna y la medición del pliegue nucal en un estudio ecográfico realizado entre las semanas 11 y 14) poseía una sensibilidad para diagnóstico de síndrome de Down del 75-80%. En ese momento las mejores cifras de sensibilidad de la combinación de la edad materna con el triple screening del 2º trimestre no llegaban al 65%. En definitiva, la adopción de la medición del pliegue nucal junto con la edad materna, en el año 2001, poseía mejor sensibilidad diagnóstica que el triple screening del 2º trimestre. En el año 2003 se publicó otro estudio importante añadiendo la determinación de otra sustancia (inhibina-A) al triple screening, mejorando las cifras con una sensibilidad del 81%.... Más recientemente, se han publicado mejores cifras de sensibilidad cuando se combinan los marcadores ecográficos, la edad materna y los marcadores del primer trimestre, llegando a cifras del 95%. Estos marcadores del primer trimestre eran considerados experimentales en el año 2001 y no se aconsejaba su utilización de forma generalizada. ... ... Los protocolos de la SEGO... señalan que ... sería aconsejable ofertar... uno de los siguientes procedimientos de cribado, de forma aislada o combinada: - cribado bioquímico del segundo trimestre basado en la determinación de a-fetoproteína y gonadotropina coriónica humana ... - cribado utilizando marcadores ecográficos de cromosomopatías observados en el curso de la exploración ecográfica obstétrica básica del primer trimestre y/o en la exploración ecográfica del diagnóstico prenatal del segundo trimestre. Este protocolo está actualizado en el año 2002, por lo que es muy significativo aplicarlo al caso que nos ocupa. Es importante recordar aquí el escrito realizado por el Jefe de Departamento de Obstetricia y Ginecología del Hospital 12 de Octubre, el Profesor Pedro de la Fuente, fechado en febrero de 2003, en el que se señalaba que los marcadores bioquímicos del segundo trimestre se están realizando a título de investigación (recordemos que el caso que nos ocupa se situaba en el año 2001), pues hasta entonces daban unos resultados que no mejoraban los obtenidos con los marcadores

ecográficos (del pliegue nucal). ... Se señala (en la demanda) que la decisión de no hacer el triple screening y sí marcadores ecográficos de cromosomopatías va en contra de los protocolos de la SEGO. Esta afirmación es rotundamente falsa, pues hemos visto cómo esos protocolos aconsejan hacer una técnica u otra. Además, el Hospital 12 de octubre puso en manos de doña Lourdes la mejor técnica para ello, pues, según el Jefe de Departamento, en ese momento los resultados obtenidos por la ecografía mejoraban los del triple screening. ... No se escatima prueba alguna, tal y como se asegura, sino que se ofrece la que mejor resultados ofrecía entonces en el área sanitaria correspondiente al Hospital 12 de octubre. ...» Y concluye dicho perito lo siguiente: 5 JURISPRUDENCIA «... Los protocolos asistenciales, y a la vista de la bibliografía publicada hasta el año 2001 (año del caso que nos ocupa) recomendaban la realización de algún tipo de screening en población de bajo riesgo, ya sea bioquímico, ecográfico o mezcla de ambos. En este caso, y según documentación del Hospital 12 de octubre, los resultados predictivos de la ecografía eran superiores a los del screening bioquímico, por lo que se le ofreció a doña Carmen la mejor prueba.» En el acto de ratificación judicial de su informe, el perito, a preguntas de la parte actora, abundó, sin fisuras ni contradicciones, en dichas explicaciones. Y así, a preguntas de la parte actora sobre por qué no se realizó en este caso el "triple cribaje", a pesar de ser éste exigido -se afirma-, desde el año 1999, por los protocolos de la SEGO, el perito respondió que «los protocolos establecen que se haga una prueba de cribaje, pero no especifica que ésta haya de ser de triple screening. De hecho, en este caso, se hizo una de ellas, la medición del pliegue nucal que, en la fecha del caso, 2001, tenía una sensibilidad diagnóstica mayor que el triple screening». Insiste nuevamente la parte actora en la exigencia por la SEGO del "triple screening" y en por qué el perito, a pesar de ello, manifiesta en su informe que, en este caso, en el que la madre tenía 35 años, no estaba indicada dicha prueba, a lo que el perito responde que «se remite a la anterior (respuesta). Se hizo una prueba de cribaje por ecografía. De hecho, existe informe firmado por Jefe de Servicio del Hospital 12 de Octubre, donde se dice que, en la experiencia de ese hospital, ese test resultaba más sensible para el diagnóstico de la cromosomopatía en la situación que se encontraba la paciente.» Pregunta después la parte actora que porqué el perito indica en su informe que, en el año 2001, los marcadores bioquímicos (alfa-fetoproteína, fracción beta de la gonadotrofina coriónica -ß-HCG-) se hacían de forma experimental si en la medicina privada y en otras Comunidades Autónomas -se afirma- ya estaban instaurados como rutina y porqué en su informe, en el año 2001, no se aconsejaba la utilización del "triple screening" si se trataba de pruebas inocuas para la madre y el feto, a lo que el perito responde que «hay que diferenciar dos tipos de marcadores bioquímicos. Los que se hacían de forma rutinaria por aquel entonces, se hacían en el segundo trimestre. En fase experimental se encontraban los que hacen hoy habitualmente, que son del primer trimestre (determinación de ß-HCG y P-PAPPA). En el año 2001, la eficacia como técnica de cribaje era superior combinando los marcadores ecográficos con la edad de la mujer con respecto al triple screening del segundo trimestre. La razón de uno u otro lo decidía la experiencia de cada centro. En el 12 de octubre les daban mejores resultados combinar edad con pliegue nucal que la determinación del screening bioquímico.» A continuación, pregunta la parte recurrente por lo que considera una contradicción del informe pericial ya que, explica, el perito, en la página 5 de su informe, señala que el "triple screening" ofrece una sensibilidad del 95% para detección de cromosomopatías y que los marcadores ecográficos, únicamente, del 75%, mientras que, en la página 8 del informe, señala que el tanto por ciento de sensibilidad en el diagnóstico de cromosomopatías de los marcadores ecográficos no están mejorados por el triple screening. A lo que el perito responde que «la contradicción no existe como tal. La sensibilidad del 95% está referida a la combinación de la edad maternapliegue nucal-screening del primer trimestre. Recordemos que estamos en el año 2001, donde la experiencia con triple screening del primer trimestre era limitada y en absoluto mejoraba las cifras de la combinación de edad-marcadores ecográficos, que fue lo que se hizo. ... en aquel momento y en la experiencia del Hospital 12 de Octubre la técnica más adecuada era la combinación edad-marcadores (del pliegue nucal)» Así pues, el perito ha explicado con claridad, amplia información y sin fisuras ni contradicciones, que, en el año 2001-2002, la técnica de cribado que se aplicó a la Sra. Lourdes (la detección del grosor del pliegue nucal mediante ecografía en el primer trimestre del embarazo) fue la más fiable en esos momentos y, desde luego, de mayor fiabilidad que los marcadores bioquímicos que entonces existían, pues, en esas fechas, la técnica de cribado ecográfica concretamente aplicada a la actora, como ya hemos reflejado, "poseía una sensibilidad para diagnóstico de síndrome de Down del 75-80%. En ese momento las mejores cifras de sensibilidad de la combinación de la edad materna con el triple screening del 2º trimestre no llegaban al 65%. En definitiva, la adopción de la medición del pliegue nucal junto con la edad materna, en el año 2001, poseía mejor sensibilidad diagnóstica que el triple screening del 2º trimestre." Todo ello, sin perjuicio de que, en los años siguientes, el avance de la ciencia haya conseguido, mediante el perfeccionamiento de las sustancias bioquímicas, dar una fiabilidad al "triple screennig" del 95%, (como se explica en el informe pericial comentado, "En el año 2003 se publicó otro estudio importante añadiendo la determinación de otra sustancia (inhibina-A) al triple screening, mejorando las cifras con una sensibilidad del 81%.... Más recientemente, se han publicado mejores cifras de sensibilidad cuando se combinan los marcadores ecográficos, la edad materna y los marcadores (bioquímicos) del primer trimestre, llegando a cifras del 95%"), pero estas pruebas, a la fecha de los hechos de autos, años 2001-2002, eran sólo experimentales, como explica el perito, y no estaba aconsejada su utilización generalizada. Además, los

ciencia en el momento concreto de realización de las pruebas, valorando, de conformidad con las pruebas documentales y periciales practicadas, si aquellas fueron las correctas y aconsejables en ese momento para la detección de anomalías fetales, o, si por el contrario, resultaba más plausible la práctica de otro tipo de pruebas más fiables y al alcance de la prestación sanitaria dispensada.

En definitiva, como indica Pérez Gálvez[189]: *"Exigencias técnicas y conocimientos científicos que en cualquier caso deben ser aplicados incluso antes de que se legisle para exigir su obligatoriedad. Lo he dicho en más de una ocasión: La vida, la técnica y la ciencia, siempre preceden al derecho. Es consustancial a su propia existencia".*

Con relación al título de imputación, en las acciones *wrongful life* y *wrongful birth* el o los facultativos responsables del seguimiento y evolución del embarazo, o, los genetistas responsables de la adecuación de las pruebas genéticas deben haber incurrido en una serie de omisiones y errores en el desempeño de sus funciones, contraviniendo los estándares profesionales establecidos, con el consiguiente incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Su actuación negligente puede ser consecuencia de o bien la ausencia o realización inadecuada de pruebas diagnósticas prenatales, o en la comisión de errores en el diagnóstico o en la inadecuada comunicación de información relevante a los progenitores. En ocasiones puede ocurrir que el error incluso se produzca con anterioridad a la gestación, cuando se realizan pruebas genéticas a los padres y se interpretan erróneamente o se les informa inadecuadamente del resultado.

Nos encontramos, en todos los supuestos, ante una conducta culposa por parte de los profesionales sanitarios, quienes, en el ejercicio de sus funciones, han infringido las normas técnicas y éticas que rigen su práctica médica. La negligencia del médico puede provenir del

protocolos de la SEGO no exigían la realización del triple cribado aludido en la demanda, sino que los protocolos vigentes al año 2002, lo que aconsejaban era realizar "uno de los siguientes procedimientos de cribado, de forma aislada o combinada: - cribado bioquímico del segundo trimestre basado en la determinación de a-fetoproteína y gonadotropina coriónica humana ... - cribado utilizando marcadores ecográficos de cromosomopatías observados en el curso de la exploración ecográfica obstétrica básica del primer trimestre y/o en la exploración ecográfica del diagnóstico prenatal del segundo trimestre." Así pues, dichos protocolos de la SEGO aconsejaban en esas fechas realizar, de forma electiva, uno de esos procedimientos, de forma aislada o combinada, habiéndose realizado uno de esos métodos, el de determinación ecográfica del pliegue nucal, porque, en la experiencia del Hospital 12 de octubre, era el más fiable en aquel momento, con mayor grado de fiabilidad que los marcadores bioquímicos de esas fechas, como ya hemos explicado. Por tanto, sólo cabe concluir, a la vista del conjunto probatorio obrante en autos, que se aplicaron a la Sra. Lourdes los medios diagnósticos adecuados en el estado de la ciencia médica al tiempo de los hechos litigiosos y, a pesar de ello, desgraciadamente, no pudo diagnosticarse durante el embarazo el síndrome de Down que, fatalmente, tuvo la hija de los demandantes, por lo que, al amparo del art. 141.1 LRJyPAC , el daño por el que por esta razón se reclama no puede calificarse de antijurídico".

[189] Pérez Gálvez, Juan Francisco: "Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la ciencia o de la técnica", *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 104, 1999, p.671

establecimiento de un diagnóstico prenatal equivocado o erróneo, así como de la falta de proporcionar una información adecuada y oportuna sobre la existencia de posibles problemas en el feto. Además, puede manifestarse en la omisión de aconsejar la importancia de realizar pruebas prenatales para garantizar un diagnóstico certero y precoz. Igualmente, el error puede producirse en el momento de la interpretación del resultado de las pruebas genéticas a las que se sometieron los progenitores.

El incumplimiento de los protocolos de diagnóstico y la falta de comunicación efectiva con los padres pueden tener consecuencias graves y suponer la subsiguiente privación de derechos. La incorrecta interpretación de las pruebas prenatales o el retraso en informar a los padres sobre el resultado de cualquier prueba realizada relevante pueden privarles de la posibilidad de tomar decisiones informadas sobre la continuidad del embarazo o la práctica de un aborto eugenésico.

Resulta esencial incidir que el estándar de atención médica requerido es el de la *lex artis*, es decir, la norma que indica el nivel de conocimiento y habilidad que debe poseer un profesional competente en su campo, atendiendo las especiales circunstancia del momento en que se efectúa y del lugar sobre la base de los medios técnicos a su alcance. La omisión o el mal desempeño de este deber profesional pueden dar lugar a responsabilidad civil, pues sobre los facultativos pesa el deber de actuar con diligencia y dispensar un nivel adecuado de atención médica a las madres gestantes.

La determinación de la responsabilidad del médico se fundamenta en la valoración del cumplimiento de las normas y protocolos de actuación y en el análisis de la causalidad entre su actuación negligente y los efectos dañosos para los padres y el feto en desarrollo.

El fundamento de imputación en este contexto se deriva, por consiguiente, del incumplimiento culposo de las obligaciones profesionales por los facultativos responsables del adecuado seguimiento de la gestación o del adecuado estudio del resultado de las pruebas genéticas practicadas a los progenitores. Para establecer de manera precisa la responsabilidad, es fundamental identificar al o los facultativos involucrados en la negligencia, así como a la entidad pública o privada en la que ejercen sus funciones, ya sea mediante una relación contractual o estatutaria.

En este sentido, el análisis exhaustivo del actuar de los profesionales de la salud se convierte en un aspecto central para atribuir las consecuencias de sus acciones erróneas o insuficientes.

A la hora de resolver estos expedientes de responsabilidad resulta primordial examinar minuciosamente las prácticas médicas y los protocolos establecidos por la *lex artis* en el ámbito de la atención prenatal. Esto permitirá determinar si ha habido incumplimiento de los deberes profesionales, tanto en la realización de pruebas diagnósticas como en la comunicación adecuada de los resultados a los padres.

Obviamente no todo error genera "ipso iure" un supuesto de responsabilidad, sino que se hace preciso analizar el caso concreto en el contexto adecuado y atendiendo la disponibilidad de medios al alcance del facultativo.

Una vez que se haya identificado el incumplimiento culposo y se hayan individualizado a los profesionales sanitarios involucrados, se debe estudiar la relación contractual o estatutaria existente entre ellos y la entidad sanitaria en la que prestan sus servicios, ya sea de naturaleza pública o privada. Esta relación será clave para determinar la responsabilidad institucional en el actuar negligente de sus empleados y su posible título de imputación.

En el caso de instituciones públicas, se revisará si existe una relación de dependencia y subordinación entre los facultativos y el ente público, de tal forma que se puedan imputar los actos y omisiones de los médicos a la entidad. Teniendo en cuenta, lo ya comentado, de que en nuestro ordenamiento sólo es factible la acción directa contra la administración sanitaria sin perjuicio de la acción de regreso de esta frente al facultativo. En el ámbito privado, se examinará si existe una relación contractual o de otro tipo que vincule a los profesionales con la institución y que permita atribuir la responsabilidad a esta última, sin perjuicio, de ejercitar la acción directamente contra los facultativos responsables de la actuación negligente.

En conclusión, la imputación de daños derivados de un incorrecto actuar médico en el diagnóstico prenatal radica en la identificación precisa de los facultativos involucrados y la entidad sanitaria en la que prestan sus servicios. El incumplimiento culposo de la *lex artis* y la relación contractual o estatutaria son aspectos determinantes para atribuir responsabilidad tanto a los profesionales de la salud como a la entidad en la que ejercen su labor, e imputar los perjuicios irrogados derivados de ese actuar culposo.

El cumplimiento de la *lex artis* se configura como el criterio valorativo de la corrección del acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y en su caso, de la influencia de otros factores como el estado e intervención del enfermo o de

sus familiares o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho actuación conforme o no a la técnica normal requerida.

Como señala Llamas Pombo[190] : *"Así, e independientemente de que partamos de un origen contractual o extracontractual, lo que determinará el alcance y los términos de la responsabilidad, en la base de ésta siempre aparece el incumplimiento de uno de los llamados deberes médicos, que precisamente son los que integran dicha lex artis".*

De conformidad con el art. 5 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, los profesionales tienen el deber de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en las leyes y en las normas deontológicas aplicables. Tal y como indica Caraza Cristín[191]:

> *"El ámbito de la sanidad pública se presta a mostrar fácilmente cómo los Centros, Establecimientos, Servicios y Unidades sanitarias, así como los profesionales que prestan en ellos sus servicios, han de cumplir no sólo con los requisitos contemplados en las correspondientes normas de hard law (tales como las leyes y reglamentos que regulan los requisitos obligatorios que han de cumplir los centros para obtener la autorización para su apertura y funcionamiento o las que establezcan la cartera de servicios obligatorios que han de prestarse), sino también con los parámetros de calidad y diligencia explicitados en los manuales, guías y recomendaciones, entre otros instrumentos".*

Centrándonos en el periodo gestacional y a título de ejemplo, el Servicio Cántabro de Salud cuenta con la guía para las embarazadas[192] aprobada dentro del programa de detección prenatal de anomalías cromosómicas[193] en el que, con base a las recomendaciones de la evidencia

190 Lamas Pombo, Eugenio: "Doctrina general de la culpa médica", en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, La Ley Temas, 2014.
191 Caraza Cristín, María del Mar: *"La responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos",* Colección Monografías INAP,2016, p.185.
192 En el pórtico de la guía para las embarazadas del programa de detección prenatal de anomalías cromosómicas del SCS, consultada en www.saludcantabria.org se establece: "La decisión de realizar las pruebas incluidas en este Programa es una decisión voluntaria y personal que debe tomar tras contar con toda la información disponible. El personal sanitario que atiende a su embarazo le hablará de ellas y responderá a las preguntas o dudas que pueda tener. La información contenida en esta guía le ayudará en la toma de decisiones".
193 Programa de detección prenatal de anomalías cromosómicas, editado por la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales Gobierno de Cantabria, Depósito Legal SA-438-1. Sus objetivos de carácter general:
- Ofrecer a todas las mujeres embarazadas con cobertura sanitaria a través del SCS una prueba de cribado del Síndrome de Down y otras cromosomopatías, que sea eficaz y segura. - Reducir la práctica de amniocentesis innecesarias con las correspondientes consecuencias colaterales de dicha práctica. - Reducir la ansiedad generada

científica actual y las propuestas y sugerencias aportadas por los profesionales implicados en el diagnóstico prenatal del SCS, pone en marcha, al igual que ya han hecho otras muchas comunidades autónomas, un programa de detección prenatal de anomalías cromosómicas mediante el test combinado del primer trimestre, por ser ésta la estrategia más adecuada para predecir el riesgo de padecer una anomalía cromosómica y de seleccionar aquellos embarazos con mayor riesgo, siempre que se realice con los estándares de calidad adecuados. Igualmente cuenta con el protocolo de atención al embarazo y puerperio[194], en el que se detallan de modo minucioso el cronograma de las visitas prenatales y el contenido específico de las mismas, detallando de modo minucioso la exploración gineco-obstétrica que se debe efectuar en cada momento, las pruebas de laboratorio a efectuar, las pruebas ecográficas y de diagnóstico a desarrollar entre las que destacan las pruebas de despistaje en caso de riesgo gestacional, la valoración del riesgo en cada una de ellas, así como la información a suministrar durante todo el periodo tanto a la mujer gestante como a su pareja. Igualmente, la guía de cuidados de salud durante el embarazo[195] con la que se trata de orientar a la mujer gestante con relación a las cuestiones que la ayudarán a cuidar su embarazo y a vivirlo de modo saludable. Del mismo modo, el Protocolo para la detección de aneuploidías en ADN fetal libre en sangre materna[196],

en las gestantes de edad ≥35 años, a quien se le asigna un riesgo de cromosomopatía que, en la actualidad, con los métodos de cribado disponibles, no se corresponde con la realidad. - Simplificar el proceso de información, facilitando la toma de decisiones a las mujeres, basado en un índice de riesgo fácilmente entendible. Y unos objetivos específicos: - Cobertura del Programa (captación/población diana): ≥ 95% - Sensibilidad de la prueba (capacidad de detectar): ≥ 85-90% - Tasa de falsos positivos: ≤ 5% - Reducir al menos en un 50% el porcentaje de amniocentesis al año de la implantación completa del Programa en todo el SCS

[194] El Protocolo de atención al embarazo y puerperio 1.ª Edición: 2007 Actualización: 2017, editado por el Servicio Cántabro de Salud Consejería de Sanidad Gobierno de Cantabria ISBN 978-84-697-8202-6, establece como objetivos específicos: Gestantes que han realizado consulta preconcepcional: ≥ 60%. — Gestantes que han iniciado el control de embarazo antes de las 12 semanas: ≥ 90%. — Gestantes que inician suplementación con ácido del fólico antes de las 8 semanas: ≥ 90%. — Gestantes que finalizan la suplementación con ácido fólico a las 12 semanas de gestación: ≥ 95. — Ofertar cribado prenatal de anomalías cromosómicas mediante test combinado a las gestantes con < 14 semanas: 100%. — Gestantes a las que se realiza cribado prenatal de anomalías cromosómicas mediante test combinado: ≥ 95%. — Gestantes a las que se realiza ecografía obstétrica para cribado de malformaciones entre 18-20 semanas: ≥ 95%. — Gestantes a las que se realiza cribado de maltrato de pareja/expareja: ≥ 75%. — Gestantes en situación de vulnerabilidad social identificadas durante el control prenatal. — Gestantes con cribado de diabetes gestacional entre 26-28 semanas: ≥ 95%. — Gestantes a las que se ofrece vacuna de tos ferina entre las 27-36 semanas de gestación: ≥ 95%. — Gestantes a las que se realiza cribado de depresión: ≥ 60%. — Gestantes con parto a término a las que se ha realizado al menos 6 visitas prenatales: ≥ 90%. — Gestantes y parejas a las que se ofrece el Programa de Preparación para la Maternidad y Paternidad: ≥ 95%. — Recién nacidos que inician lactancia materna: ≥ 80%. — Puérperas a las que se realizan al menos dos visitas postnatales: > 95%. — Puérperas a las que se realiza cribado de depresión: > 75%.

[195] Guía de cuidados de salud durante el embarazo 10ª edición - agosto 2020, editada por la Consejería de Sanidad Dirección General de Salud Pública Gobierno de Cantabria Depósito Legal SA-11-200

[196] Protocolo para la detección de aneuploidías en ADN fetal libre en sangre materna, aprobado la comisión de seguimiento del programa de detección prenatal de anomalías cromosómicas de la Consejería de Sanidad Gobierno de Cantabria en el año 2016, actualizado en 2019, disponible en https://saludcantabria.es/uploads. Sus objetivos consisten en: - Reducir las técnicas invasivas y sus efectos adversos, ofreciendo un estudio de ADNfe en sangre materna a gestantes con alto riesgo de trisomía. - Reducir el número de amniocentesis. - Reducir el número de pérdida de fetos sanos postpunción

mediante el que se pretende la detección de anomalías fetales sin tener que acudir a pruebas invasivas que pueden tener efectos adversos como la pérdida fetal postpunción, practicando pruebas de extracción de sangre materna periférica y su posterior procesamiento mediante amplificación e identificación del ADNfe, a través de diferentes técnicas de genética molecular.

Sumamente interesante son los resultados comentados en la memoria del año 2020 del programa de detección prenatal de anomalías cromosómicas[197], con relación a la decisión adoptada por la mujer gestante tras conocer el resultado de un cariotipo anómalo.

"De las 18 gestantes en las que se detectó un cariotipo fetal anómalo, el 83,33% decidieron una Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), un 11,11% evolucionó a aborto espontaneo y un caso (5,55%) continuo la gestación.

Cariotipos/Array-CGH anómalos	Cariotipos/Array-CGH anómalos Nº= 18	Decisión o evolución tras conocer resultado					
		Aborto espontaneo		IVE		Continua embarazo	
		Nº	%	Nº	%	Nº	%
Síndrome de Down (Trisomía 21)	11			10	90,90	1	9,09
Síndrome de Edwards (Trisomía 18)	3			3	100		
XXX+13,+18,+21	1	1	100				
69XXX (Triploidía)	1	1	100				
69XXY (Triploidía)	1			1	100		
47XYY	1			1	100		

En las 2.879 gestantes (2.929 fetos) con TC de riesgo bajo, se detectaron 2 casos de falsos negativos.

Caso 1: Gestante de 41 años, cribado combinado el 5/02/2020 en el HUMV (Área de Salud Santander) a las 11+6 semanas, riesgo bajo para T21 con exploración normal para la edad gestacional

En el estudio morfológico fetal de la ecografía de las 20 semanas se observa un defecto del tubo neural a nivel L5-S1, S2, tipo mielomeningocele. A nivel cerebral no hidrocefalia, ausencia de fosa posterior por enclavamiento de cerebelo (signo de "la banana"). Se observan genitales externos compatibles con varón, bolsas escrotales con un pene de pequeño tamaño que podría corresponder a hipospadias severo. Ligera retrognatia. Resto de exploración compatible con la normalidad.

Se ofrece estudio citogenético fetal mediante amniocentesis, que la pareja rechaza, optando directamente por una IVE. Que se realiza el 10/04/2020 en el HUMV. Se analizan los restos abortivos en los que únicamente se

[197] Memoria año 2020 del programa de detección prenatal de anomalías cromosómicas elaborada por la comisión de seguimiento de la Consejería de Sanidad Gobierno de Cantabria en octubre de 2021.

pudo realizar una QF-PCR. El resultado de dicha prueba informa que se trataba de un feto con T13 (síndrome de Patau) (XY+13).

Caso 2: Gestante de 36 años, embarazo gemelar con cribado combinado el 27/05/2020 en el HUMV (Área de Salud Santander) a las 12+4 semanas, riesgo bajo para T21 (1/2666) y para T18 (1/4373). Exploración fetal normal para edad gestacional. Exploración fetal dificultosa por condiciones maternas. En la ecografía de semana 20 se observa en la ecocardiografía fetal una CIV amplia perimembranosa, en algunos planos se sospecha una válvula AV, lo que sugiere un canal atrio-ventricular parcial. Salida de grandes vasos normal con flujos normales. Arco aórtico normal. Se ofrece posibilidad de estudio genético mediante prueba invasiva, que la pareja rechaza. La gestante tuvo un parto pretérmino (26+3 semanas), 1º gemelo varón y 2º gemelo mujer. En el feto hembra se realiza una QF-PCR al nacimiento que se informa como síndrome de Down (XX+21)".

De los datos se extrae la conclusión que, una vez detectadas y conocida la anomalía, la decisión mayoría en quince de dieciocho supuestos fue la de interrumpir voluntariamente el embarazo mediante la práctica de un aborto eugenésico, en dos supuestos se produjo un aborto espontáneo y sólo en un supuesto se decidió continuar con el embarazo. Estos datos demuestran la importancia que tiene, en este ámbito, efectuar un diagnóstico certero y trasmitir adecuadamente la información a la mujer gestante para que libremente pueda escoger la opción que considere oportuna.

Partiendo de las anteriores consideraciones, no cabe duda que, en la responsabilidad sanitaria, deviene esencial el criterio de analizar si ha existido o no en la actuación un adecuado cumplimiento de la *lex artis* como recuerda Bello Janeiro[198]:

> *"..resulta necesario revisar, como se está haciendo por la última jurisprudencia, el régimen legal y judicial de responsabilidad pretendidamente objetivo, sin culpa de la Administración, que es el más "avanzado", en el sentido del más protector del administrado, del panorama del Derecho comparado y, por eso, el más caro, resultando económicamente insoportable y no tiene ninguna justificación dogmática, desde el punto de vista técnico jurídico, ni tampoco práctico, al tratarse, en puridad, de una responsabilidad civil, habitualmente extracontractual, sin más matices, encontrando cada vez y mejor acogida en nuestra última jurisprudencia en vía contencioso-administrativa la limitación de responsabilidad objetiva por funcionamiento normal de la Administración sanitaria al acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar la antijuridicidad o la relación de causalidad".*

[198] Bello Janeiro, Domingo, "Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria", Reus, Madrid, 2009, p. 295.

En los supuestos de errores de diagnóstico en estado gestacional, igualmente debemos tener en cuenta el carácter modulado de la objetividad de la responsabilidad al que anteriormente me he referido, pivotando el sistema y la resolución judicial de conflictos sobre el análisis del adecuado cumplimiento de la *lex artis* por parte de los facultativos responsables del seguimiento del embarazo, lo que supone incorporar un criterio claramente subjetivo o de culpabilidad que se relaciona directamente con la antijuridicidad del daño y del deber jurídico de soportarlo. Muestra de esta tendencia es la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2021 (rec. 5467/2019)[199].

[199]Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2021 (rec. 5467/2019): "En consecuencia, en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración, cabe señalar que la Constitución de 1978 no hace sino consagrar ---y elevar a rango de máxima norma--- los resultados ya alcanzados en el Derecho positivo (artículo 40 de la LRJAE), al disponer en su artículo 106.2 que "los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Como, recientemente, ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 112/2018, de 17 de octubre, FJ 5), "el tenor del artículo 106.2 supone la recepción constitucional del sistema de responsabilidad de la Administración previamente vigente en España, cuyo carácter objetivo venía siendo ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia". Pero, no obstante, lo anterior, los citados pronunciamientos constitucionales sobre la responsabilidad patrimonial requieren y exigen, una serie de matizaciones o modulaciones, en relación con el citado carácter objetivo genérico que de la institución se proclama; sobre todo, cuando de algún tipo concreto de responsabilidad patrimonial se trata, tal y como aquí acontece con la responsabilidad sanitaria. Así lo ha venido poniendo de manifiesto el Tribunal Supremo, con reiteración. (...) Exponente ---y síntesis--- de esta línea jurisprudencial es la doctrina contenida en la STS 418/2018, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS: 2018:1084, RC 1016/2016), en la que, sin abandonar el fundamento de imputación de 9 JURISPRUDENCIA la responsabilidad, introduce en la misma elementos subjetivos o de culpa, dejando constancia de anteriores y reiterados pronunciamientos de la propia Sala: "La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007 declaraba que "la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, así señala la sentencia de 14 de octubre de 2003 que: "Como tiene declarado esta Sala y Sección, en sentencias de 30 de septiembre del corriente, de 13 de septiembre de 2002 y en los reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo, que la anterior cita como la Sentencia, de 5 de junio de 1998, la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro Ordenamiento Jurídico". Y, en la sentencia de 13 de noviembre de 1999, también afirmamos que "Aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la Jurisprudencia de esta Sala, como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla."" Más en concreto, en reclamaciones derivadas de prestaciones sanitarias, la jurisprudencia viene declarando que "no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente" - sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril, 3 y 13 de julio y 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 2010-, por lo que "la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios

Como se ha señalado, la disfunción fetal no se produce como consecuencia de un actuar incorrecto por parte del facultativo o facultativos encargados del adecuado seguimiento del embarazo o de los genetistas encargados de realizar e interpretar las pruebas genéticas. A diferencia de otros supuestos negligentes en los que la inadecuada atención ha conducido a la aparición, empeoramiento o agravación de determinada patología, en estos supuestos la

su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible" -entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 16 de mayo de 2005-. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 declaraba: "(...) debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/08, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año). Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la lex artis (...)". Así las cosas, cuando, atendidas las circunstancias del caso, la asistencia sanitaria se ha prestado conforme al estado del saber y con adopción de los medios al alcance del servicio, el resultado lesivo producido no se considera antijurídico, tal y como también se declaraba en las sentencias citadas y en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, refiriéndose a la de 22 de diciembre de 2001, y en la de 25 de febrero de 10 JURISPRUDENCIA 2009, con cita de las de 20 de junio y 11 julio de 2007. En otro caso, cuando se ha incurrido en infracción de la lex artis, el daño y perjuicio producidos son antijurídicos y deben ser indemnizados. Reiterando dichos conceptos la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2011, nos recuerda que <>. Igualmente, la Sala ha perfilado con reiteración el concepto de lex artis ad hoc señalando al respecto en la STS de 11 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS: 2014:1638) que "las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad, un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar, en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se la producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria. Dicho de otro modo, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria" (STS de 23 de septiembre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 89/2008)". A su vez, en la STS de 19 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2494) se expresó con claridad que "no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente", por lo que "si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido", ya que "la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados ".

actuación médica no ha sido la causante de la anomalía, sino que ésta se ha producido por factores genéticos o de otro tipo al margen del actuar sanitario. Ahora bien, esto no significa, en modo alguno, que no sea exigible la concurrencia del incumplimiento de la *lex artis* en este tipo de acciones.

Entendida la *lex artis ad hoc* como el conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación del profesional sanitario en el ejercicio de su actuación médica, constituyendo un criterio valorativo válido con la finalidad de calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, en cuanto supone no solo el cumplimiento formal de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis con base en los protocolos existentes, sino también la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada actuación según la naturaleza y circunstancias concretas del momento y lugar donde se practican.

Debe existir un incumplimiento acreditado y significativo de la *lex artis* por parte de los facultativos responsables del seguimiento del embarazo. Ese incumplimiento, de conformidad con lo señalado anteriormente, se puede agrupar principalmente bajo tres supuestos esenciales: la no información y prescripción de efectuar determinadas pruebas de diagnóstico prenatal; inadecuada interpretación de los resultados obtenidos en la práctica de las pruebas de diagnóstico; ausencia de comunicación a los progenitores de los resultados obtenidos que posibilitarían el aborto eugenésico o comunicación tardía de aquellos, superado el plazo legalmente establecido para ejercer la facultad de interrupción.

Los profesionales de la salud omiten proporcionar a los futuros padres información relevante sobre los riesgos que pueden afectar a su descendencia o sobre las enfermedades o defectos presentes en el embrión o feto. Además, en algunos casos, se emite un diagnóstico incorrecto respecto al estado de salud física o mental del embrión o feto, o no se advierte adecuadamente sobre los riesgos que enfrentan los futuros concebidos. Específicamente, la información proporcionada a los progenitores sugiere que no existen riesgos, enfermedades o defectos graves, cuando en realidad estos están presentes en el embrión o feto y podrían haber sido diagnosticados de acuerdo con los estándares médicos adecuados, según el estado del conocimiento del estado de la ciencia médica. Esta falta de información precisa, como ya he señalado, se conoce como "falso negativo" en el diagnóstico.

Esta omisión o diagnóstico incorrecto puede tener consecuencias significativas para los futuros padres y para el embrión o feto. Los progenitores confían en la información proporcionada por

los profesionales de la salud para tomar decisiones fundamentales en cuanto a la continuación o interrupción del embarazo, así como para planificar y prepararse adecuadamente para las necesidades y cuidados del futuro hijo. La falta de información precisa puede privar a los padres de la oportunidad de tomar decisiones informadas y de recibir el apoyo y los recursos necesarios para abordar los desafíos médicos, emocionales y financieros asociados con la condición de salud del embrión o feto.

En estos casos, la omisión de información precisa o el diagnóstico incorrecto constituye una negligencia médica, ya que los facultativos responsables del seguimiento del embarazo tienen la obligación de proporcionar una atención y asesoramiento adecuados, basados en los estándares comúnmente aceptados en la práctica médica. Al no cumplir con esta obligación, se genera un perjuicio significativo a los futuros padres y al embrión o feto, propiciando la necesidad de buscar reparación y compensación por los daños sufridos debido a la falta de información adecuada y precisa.

En otras palabras, como señala Macía Morillo[200], las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth* exigen la concurrencia de un erróneo diagnóstico del facultativo responsable del adecuado control del estado gestacional, en estos supuestos los profesionales sanitarios*:*

> *"…omiten comunicar a los futuros progenitores cierta información sobre los riesgos que amenazan a la descendencia futura, o sobre las enfermedades o defectos de la ya concebida, o emiten un diagnóstico erróneo sobre el estado enfermo o discapacitado físico o síquico de un embrión o feto, o sobre los riesgos que amenazan a los futuros concebidos. Concretamente, la información que reciben los progenitores es que no existen los riesgos, enfermedades o defectos graves que se encuentran realmente presentes en el embrión o feto y que podían haber sido diagnosticados conforme a la lex artis (esto es, lo que se llama un 'falso negativo' en el diagnóstico)".*

Respecto a la adecuada acreditación del incumplimiento de la *lex artis* he de indicar que recae la carga de la prueba en los recurrentes, salvo aplicación del principio de facilidad probatoria contemplado en el art. 217.7 LEC[201] o, en los supuestos de aplicación de la doctrina del daño desproporcionado *res ipsa loquitur*.

[200] Macia Morillo, Andrea: "Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life", en *Revista Chilena de Derecho Privado* n.º 12, 2009.
[201] Art. 217 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:
"1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o

La inversión de la carga de la prueba por aplicación del principio de la disponibilidad y facilidad probatoria se produce cuando es exigible a la Administración una mayor diligencia en la aportación de pruebas. Este principio no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada ni supone resolver en contra de aquélla toda incertidumbre sobre el origen de la lesión, muestra de esta doctrina es la Sentencia de la Sala Tercera de 20 de noviembre de 2012 (rec. 4891/2011)[202].

reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.
2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.
3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.
4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.
5. En aquellos procesos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, la orientación e identidad sexual, expresión de género o las características sexuales, y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.
A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes.
6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.
7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

[202] STS de 20 de noviembre de 2012, Rec. casación 4891/2011
"En relación con esta última idea -correlativa a la denuncia de infracción de las normas de la carga de la prueba por inaplicación del principio de la facilidad probatoria- no está de más hacer unas precisiones generales sobre este principio, hoy consagrado en el artículo 217.7 LEC (tras la reenumeración producida por la LO 3/2.007, de 22 de marzo):
A) La primera, que, en general, la inversión de la carga de la prueba por aplicación del principio de la disponibilidad y facilidad probatoria se produce y juega cuando es exigible a la Administración una mayor diligencia en la aportación de pruebas, esto es, cuando faltan en el proceso informes o documentos existentes y que sólo ella podía aportar, como por ejemplo la historia clínica (sentencias de 2 de enero de 2012, recurso de casación 3.156/2.010, y 2 de noviembre de 2.007, recurso de casación 9.309/2.003) o las ecografías que debían ser examinadas por los peritos para comprobar si los médicos que las realizaron actuaron correctamente (caso de la reciente sentencia de 2 de octubre de 2.012, recurso de casación 4.855/2.011). Por eso es importante la afirmación que hace la sentencia de instancia, a la vista del informe del jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Santa Cristina, de que no existía el vídeo de la ecografía, no contradicha por la parte aquí recurrente. Si ese vídeo existiese y no se hubiese aportado sí entraría claramente en juego aquel principio de la disponibilidad probatoria. Pero no es el caso.
B) Por otra parte, la simple falta de aportación de pruebas -de producirse, que no es el caso, debemos insistir en ello- no conlleva sin más la automática declaración de responsabilidad de la Administración. Si a pesar de faltar esos documentos el Tribunal puede formar su convicción por otros medios y llegar a la conclusión de que se ha actuado conforme a la "lex artis" entonces no tiene por qué declarar aquella responsabilidad (en este sentido, por ejemplo, sentencia de 23 de octubre de 2.007, recurso de casación 2.529/2.003). Y es que, como razona la sentencia de 22 de noviembre de 2.011, dictada en el recurso de casación 4.823/2.009, las reglas de distribución de la carga de la prueba solamente entran en juego cuando el juzgador, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, considera dudosos hechos relevantes para la decisión (artículo 217.1 de la LEC).
C) Por último, es necesario dejar claro que el principio de la disponibilidad y facilidad probatoria no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda incertidumbre sobre el origen de la lesión, que es lo que en última instancia pretende la aquí recurrente. Ello supondría desconocer la naturaleza de la ciencia médica como ciencia inexacta y la obligación de asistencia sanitaria de la Administración

Por su parte, la doctrina del daño desproporcionado se aplica en supuestos de responsabilidad civil, vinculados principalmente al ámbito sanitario, cuando el daño sufrido por un paciente es tan grave o significativo que por sí mismo presupone que ha existido un supuesto de negligencia o falta de cuidado grave en la asistencia sanitaria prestada. Se fundamenta en la presunción de que determinados daños o lesiones no ocurren en ausencia de una conducta negligente por parte de los facultativos responsables de la atención sanitaria.

El brocardo *res ipsa loquitur* proviene del latín y significa "la cosa habla por sí misma". Supone que el hecho de que ocurra un daño en circunstancias en las que no debería haber ocurrido normalmente indica que alguien ha sido negligente en el cumplimiento de su deber de cuidado. En estos casos, el recurrente que ejercita la pretensión indemnizatoria no necesita acreditar mediante prueba directa la negligencia cometida, ya que el daño en sí mismo considerado resulta suficiente para establecer una presunción de responsabilidad, invirtiéndose la carga de la prueba. Corresponde, en este caso, a la administración sanitaria o centro asistencial privado o al facultativo correspondiente, acreditar que su actuación fue conforme a la *lex artis*.

como una obligación de medios, que no de resultados. Así lo explica, con toda claridad, la sentencia de 10 de julio de 2.012 (recurso de casación 3.243/2.010), que dice:
"Es cierta, por supuesto, la obligada inversión de la carga de la prueba, pues es la Administración sanitaria, no el paciente, la que dispone con mayor facilidad de los elementos de juicio idóneos para aproximarse a una conclusión razonable sobre la causa de la lesión.
Pero ello no supone que toda incertidumbre sobre esa causa, incluso cuando la lesión, como es el caso, se objetiva mientras el paciente permanece en el centro hospitalario, deba resolverse en perjuicio de la Administración sanitaria, proclamando su responsabilidad patrimonial.
Conforme a reiterada jurisprudencia sobradamente conocida, sustentada ya en su inicio en la inevitable limitación de la ciencia médica para detectar, conocer con precisión y sanar todos los procesos patológicos que puedan afectar al ser humano, y, también, en la actualidad, en la previsión normativa del art. 141.1 de la Ley 30/1992, en el que se dispone que "no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos", la imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración por los daños originados en o por las actuaciones del Sistema Sanitario, exige la apreciación de que la lesión resarcible fue debida a la no observancia de la llamada "lex artis". O lo que es igual, que tales actuaciones no se ajustaron a las que según el estado de los conocimientos o de la técnica eran las científicamente correctas, en general o en una situación concreta. Hay ahí, por tanto, o no deja de haber, la constatación de la inidoneidad del sistema objetivo de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. La aproximación, en fin, a uno de responsabilidad por funcionamiento anormal, sobre todo en la denominada "medicina curativa".
A tal jurisprudencia no se adecua el criterio tan general o sin más matices que defiende la parte actora en este recurso de casación, pues si la concurrencia de aquella doble circunstancia fuera por sí suficiente para afirmar la responsabilidad de la Administración sanitaria, se olvidarían en realidad aquellas limitaciones de la ciencia médica, que pueden justificar ciertamente el desconocimiento real de la causa de una lesión en concreto.
En consecuencia, algo más debe ser exigible para despejar la incertidumbre en contra de quién, como la Administración, dispone con mayor facilidad de aquellos elementos de juicio. En concreto, será exigible que en el proceso queden identificadas con un cierto grado de posibilidad real, al menos, alguna o algunas causas de la lesión. Que éstas, de haber sido las reales, hubieran podido ser combatidas por el servicio sanitario, eliminando o minorando el resultado final. Y que la Administración no haya ofrecido explicaciones bastantes para excluirlas como posibles". (FJ 3º)

Para la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, la jurisprudencia[203] exige el cumplimiento de determinados requisitos. En primer lugar, el daño sufrido por el reclamante debe ser extraño, ajeno al normal desenvolvimiento de los acontecimientos en circunstancias normales, daños que no acontecen en ausencia de negligencia. El demandante debe acreditar que no ha contribuido en modo alguno al daño sufrido. Por último, el demandado debe tener el control o la responsabilidad directa sobre la situación que causó el daño. Ahora bien, no puede invocarse la doctrina del daño desproporcionado cuanto la lesión producida constituye un riesgo propio de la intervención en un porcentaje considerable tal y como indicó la Sentencia de la Sala Tercera de 9 de marzo de 2011 (rec. 1773/2009), y tampoco resulta aplicable cuando existe actividad probatoria desplegada por los demandados que llega a convencer al tribunal respecto a cómo se ha producido el resultado inesperado, Sentencia de la Sala Tercera de 2 de noviembre de 2012 (rec. 772/2012).

Tal y como preceptúa el art. 34.1 de la LRJSP, no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos. Esta previsión conecta directamente con el deber jurídico de soportar el daño y el requisito de la antijuridicidad.

Por ello, resulta necesario efectuar una aproximación al estado de la ciencia con relación a la posibilidad de detección de determinadas enfermedades o anomalías en el estado gestacional, dado que ese acercamiento permitirá, en buena medida, determinar si existió la posibilidad de evitar el falso negativo, y haber efectuado un diagnóstico certero de conformidad con el estado de la ciencia médica y el adecuado cumplimiento de la *lex artis*.

Prevención de defectos congénitos durante el embarazo

[203]Sentencia de la Sala Tercera de 19 de septiembre de 2012 (rec. 8/2010): "A este fin hemos de recordar que la doctrina jurisprudencial "del daño o resultado desproporcionado", trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condensa, como señalábamos en nuestra Sentencia de 30 de septiembre de 2.011 (recurso de casación
núm. 3.536/2.007), «en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado como aquél, ya que por sí mismo, por sí sólo, un daño así denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción»

En 1990, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud[204] aprobó los contenidos básicos del programa de salud materno-infantil, marcando el inicio de una serie de esfuerzos dirigidos a mejorar la salud materno-infantil en España. Desde entonces, se han implementado diversos programas con el objetivo de reducir la morbimortalidad infantil, especialmente enfocados en la detección temprana de malformaciones congénitas, que se encuentran entre las principales causas de problemas de salud en recién nacidos en países desarrollados.

Estos programas de atención durante el embarazo y el período postparto tienen como objetivo general fomentar una maternidad deseada y responsable, aumentar el bienestar tanto de las gestantes como de los recién nacidos, y reducir las cifras de morbilidad y mortalidad perinatal y materna. Para alcanzar estos objetivos, se establecen metas específicas, como la detección temprana de anomalías cromosómicas, preferiblemente antes de las catorce semanas de gestación, y la identificación de malformaciones fetales antes de la semana veinte de embarazo. Momentos temporales directamente relacionados con los fijados en los arts. 14 y 15 de la LO 2/2010 para proceder a la interrupción legal y voluntaria del embarazo.

La implementación de estas pautas y protocolos busca brindar un cuidado integral que permita la detección temprana de posibles complicaciones y una atención oportuna para mejorar los resultados de salud tanto para la madre como para el feto. La detección temprana de malformaciones y problemas de salud fetal permite tomar decisiones informadas con relación a la continuidad con la gestación o la interrupción voluntaria del embarazo, y proporcionar tratamientos o intervenciones adecuadas en el momento oportuno.

El Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de su guía para la prevención de defectos congénitos, publicada en 2006, destaca la importancia de estos programas y su enfoque

[204] [204] El art. 69 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema Nacional de Salud dispone: "1. El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud es el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado.
2. El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud elevará anualmente una memoria de las actividades desarrolladas al Senado".
Por su parte el art. 70 determina su composición: "El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud está constituido por el Ministro de Sanidad y Consumo, que ostentará su presidencia, y por los Consejeros competentes en materia de sanidad de las comunidades autónomas. La vicepresidencia de este órgano la desempeñará uno de los Consejeros competentes en materia de sanidad de las comunidades autónomas, elegido por todos los Consejeros que lo integran. Asimismo, contará con una Secretaría, órgano de soporte permanente del Consejo, cuyo titular será propuesto por el Ministro de Sanidad y Consumo y ratificado por el mismo Consejo, y asistirá a las sesiones con voz y sin voto.
Cuando la materia de los asuntos a tratar así lo requiera podrán incorporarse al Consejo otros representantes de la Administración General del Estado o de las comunidades autónomas".

multidisciplinar. El grupo de trabajo del ministerio, compuesto por médicos y matronas de diversas especialidades y hospitales, contribuyó a la elaboración de estas pautas basadas en la evidencia científica actualizada, buscando optimizar la prevención y detección temprana de defectos congénitos en el ámbito materno-infantil.:

> *"En la última década, el Ministerio de Sanidad y Consumo ha realizado diversas acciones encaminadas a la prevención de las deficiencias en el embarazo, así se han implementado acciones destinadas a la prevención del Síndrome de Down, el Síndrome del X Frágil, campañas informativas acerca de la prevención de los defectos del tubo neural y otras dirigidas a evitar el riesgo de afectación por deficiencia de yodo."*[205]

El Ministerio de Sanidad distingue en el documento diferentes capítulos con los temas básicos en prevención primaria de defectos congénitos, desarrollando en cada uno de ellos la nutrición, el riesgo derivado de la edad, el riesgo genético, las enfermedades infecciosas de transmisión materno-fetal y los hábitos de vida. Dedica también un capítulo a las enfermedades crónicas y de gestación.

Este documento del Ministerio de Sanidad es de gran relevancia ya que ha servido de base para el desarrollo de los protocolos de atención durante el embarazo en las distintas comunidades autónomas, resultando de especial importancia tanto en su contenido como en el objetivo establecido en cada uno de los capítulos.

Nutrición

La ingesta adecuada de nutrientes y suplementación especifica resulta de especial importancia para la salud materno fetal, no solo durante el embarazo y parto, sino también para una futura salud en la etapa adulta reduciendo el riesgo de enfermedades cardiovasculares, endocrinológicas, hipertensión, diabetes etc.

> *"Los objetivos son mantener un peso y un nivel de actividad física adecuados, la ingesta de gran variedad de alimentos en el contexto de una dieta mediterránea que proporcione la energía, los macro y micronutrientes necesarios para mantener el correcto estado de salud. Y durante el periodo preconcepcional y la gestación, además se plantea, de forma individualizada o incluso para la población general, si fuera insuficiente, la suplementación con diversos micronutrientes."*[206]

[205]Dra. Mateu Sanchis, S. y Dra. García Ortiz, T. (2006). Introducción. *Guía para la prevención de defectos congénitos* (p. 7). Ministerio de Sanidad y Consumo. Centro de Publicaciones. http//publicaciones.administracion.es

[206] Dr. Soringuer Escofet, F. y Dr. Oliveira Fuster, G, T. (2006). Nutrición y embarazo. *Guía para la prevención de defectos congénitos* (p. 14). Ministerio de Sanidad y Consumo. Centro de Publicaciones. http//publicaciones.administracion.es

.

Las fórmulas empleadas por el IOM (Institute of Medicine de USA) parecen consensuadas y adecuadas a nivel de la mayoría de los países anglosajones desarrollados, asumiendo también las recomendaciones de micronutrientes propuestas por el IOM para las gestantes.

Como conclusión del capítulo expone:

> *"El mantenimiento de una adecuada nutrición es un factor clave para la salud materno-fetal. Se debe promover que la población de mujeres con posibilidad de quedar embarazadas posea un buen estado nutricional y que se mantenga durante toda la gestación.*
>
> *Las recomendaciones de ganancia de peso deben individualizarse con relación al peso previo del embarazo.*
>
> *En el segundo trimestre se recomienda incrementar la ingesta calórica (sobre la teórica estimada para mujeres no gestantes) en aproximadamente 340 kcal diarias y 452 kcal en el tercer trimestre (esto supone un incremento medio de unas 8 kcal/semana de gestación).*
>
> *Se recomienda realizar una ingesta dietética de moderada a baja en cuanto al porcentaje de grasas totales, baja en grasas saturadas y trans y hasta un máximo del 15% del valor calórico de la dieta en forma de grasas monoinsaturadas.*
>
> *La ingesta de carbohidratos debe ser al menos de 175 g/día, para cubrir los requerimientos de la madre y del feto (RDA), aunque la ingesta en la mayoría de las poblaciones supera esa cifra.*
>
> *Se propone cubrir un Aporte Dietético Recomendado de proteínas (RDA) de 1.1 g/kg/día o los requerimientos de la persona no gestante m·s 25 g diarios adicionales.*
>
> *En general, realizando una dieta típicamente mediterránea, no se requiere para la población general gestante, la adición de polivitamínicos ni de otros micronutrientes, con la excepción hecha de la suplementación con fólico en el periodo preconcepcional y durante el primer trimestre, y de yodo desde la preconcepción hasta el final de la lactancia.*
>
> *En determinados grupos de riesgo si es necesaria la adición de un preparado polivitamínico y mineral o de determinados micronutrientes de forma aislada. No obstante, no debe sobrepasarse la dosis de 3.000 RAE diarios de vitamina A (9.000 UI).*
>
> *Para prevenir la anemia en la gestación, la suplementación con hierro puede ser necesaria en personas con baja ingesta de dicho nutriente.*
>
> *Se desaconseja totalmente la ingesta de alcohol durante la gestación."*[207]

[207] Dr. Soringuer Escofet, F. y Dr. Oliveira Fuster, G, T. (2006). Nutrición y embarazo. *Guía para la prevención de defectos congénitos* (p. 18). Ministerio de Sanidad y Consumo. Centro de Publicaciones. http//publicaciones.administracion.es

Riesgo de defectos congénitos derivados de la edad

La edad óptima reproductiva, que se sitúa entre los 18 y los 34 años, ha sido históricamente considerada como la etapa más propicia para llevar a cabo un embarazo con menor riesgo obstétrico y mejores resultados de salud materno-infantil. Sin embargo, en España, se ha observado un claro aumento en la proporción de embarazos en mujeres que se encuentran fuera de este rango de edad al superarlo.

A partir de los 35 años, se considera que existe un incremento en los riesgos obstétricos asociados al embarazo tardío, lo que ha llevado a la implementación de programas de cribado bioquímico y ecográfico de malformaciones asociadas a la edad en todas las comunidades autónomas.

El envejecimiento reproductivo en mujeres, también conocido como "edad materna avanzada", se asocia con una serie de factores que pueden afectar la fertilidad y el desarrollo del embarazo. A medida que una mujer envejece, disminuye la reserva ovárica y la calidad de los óvulos, lo que puede dificultar la concepción y aumentar el riesgo de anomalías cromosómicas en el feto, como el síndrome de Down.

Además, el embarazo tardío también se ha asociado con un mayor riesgo de complicaciones obstétricas, como la preeclampsia[208], la diabetes gestacional y el parto prematuro. También existe un aumento en la probabilidad de partos por cesárea debido a factores como la disminución de la capacidad del útero para contraerse adecuadamente.

> *"El incremento de riesgo de cromosomopatía asociado a una edad parental elevada, está muy bien documentado, aunque no tan bien explicado; y tampoco está claro si el riesgo aumenta de forma gradual o existen puntos de inflexión que garanticen la existencia de programas de cribado basados en la edad."*[209]

[208] La preeclampsia es un trastorno hipertensivo peligroso que afecta a algunas mujeres durante el embarazo. Generalmente ocurre durante la segunda mitad de la gestación (pasada la semana 20), aunque también puede presentarse antes, durante el parto o en los días inmediatamente posteriores al mismo. Afecta a entre 3 y 8 embarazos de cada 100. En la mayoría de los casos aparece cuando el embarazo está a término, pero en un 10 por ciento se presenta antes de la semana 34.
Las mujeres con preeclampsia sufren un aumento de la tensión arterial durante el embarazo y tienen niveles elevados de proteínas en la orina. También pueden tener problemas del hígado, del riñón o cerebrales y sus bebés pueden ser pequeños y no desarrollarse adecuadamente.
Si la preeclampsia no se trata, puede evolucionar hacia eclampsia, una enfermedad grave que puede poner en riesgo las vidas de la madre y del feto. Consultado en https://www.redaccionmedica.com.

[209] Dra. Orea, M y Dr. Gallo, M. (2006). Riesgos de defectos congénitos derivados de la edad. *Guía para la prevención de defectos congénitos* (p. 31). Ministerio de Sanidad y Consumo. Centro de Publicaciones. http//publicaciones.administracion.es.

Todas las mujeres tienen oocitos (célula sexual femenina en la fase previa a la formación del óvulo) anómalos en los ovarios. Las alteraciones cromosómicas de los oocitos de la mujer se estiman en más del 20% en mujeres de edad madura, sin embargo, esta cifra es muy superior a las alteraciones que presentan los espermatozoides por lo que se llega a la conclusión de que la edad materna avanzada tiene una mayor incidencia en las posibles alteraciones del feto que la edad paterna.

Tabla IX. Origen de las trisomías más comunes (simplificación de la Table I. Origen of non-disfunction in human autosomal trisomies by DNA polymorphism análisis)[210]

Trisomía	*Origen materno*	*Origen paterno*
13	88.1%	11.9%
18	91,5%	8,5%
21	91,5%	8,5%

A partir de los 45 años el riesgo de trisomía 21, es decir de síndrome de Down, se equipará al de cualquier otra malformación genética.

Tabla X. Riesgo de Síndrome de Down en recién nacidos vivos de acuerdo a la edad materna. Fuente ECEMC[211]

Edad	*Riesgo*	*Edad*	*Riesgo*
18	*1:1111*	*37*	*1:212*
20	*1:1666*	*38*	*1:163*
25	*1:2000*	*39*	*1:126*

[210] Nicolaidis, P y Petersen, M (1998). Origen and Mechanism of non-disjunction in human autosomal trisomies. Humarn reproduction (13),2: 313-319

[211]El Estudio Colaborativo Español de Malformaciones Congénitas (ECEMC), es un Programa de Investigación sobre las causas por las que se producen los defectos y malformaciones congénitas, que se observan en niños recién nacidos.

La gran mayoría de las alteraciones del desarrollo embrionario y fetal individualmente tienen frecuencias muy, muy bajas, por lo que son paradigma de las enfermedades raras (ER). Por ello, el Programa del ECEMC está estructurado como una red temática, multidisciplinar y cooperativa, en la que participan médicos de hospitales de toda España y un grupo Coordinador constituido por investigadores de diferentes áreas.

El objetivo más importante del ECEMC, es averiguar las causas de las alteraciones del desarrollo embrionario y fetal, para establecer medidas que favorezcan que ese desarrollo NO se altere. Para ello, los resultados que se derivan de la investigación que realiza, aparte de darlos a conocer a la comunidad científica internacional, trata de hacerlos llegar a quienes los tienen que aplicar, que son los profesionales médicos y la población general, especialmente la que está en edad reproductiva.

30	*1:1111*	*40*	*1:98*
31	*1:909*	*41*	*1:76*
32	*1:714*	*42*	*1:60*
33	*1:555*	*43*	*1:60*
34	*1:454*	*44*	*1:38*
35	*1:357*	*45*	*1:31*
36	*1:270*	*46*	*1:26*

Enfermedades genéticas

Las alteraciones de la estructura molecular de los genes o los cromosomas durante el desarrollo embrionario en el embarazo pueden tener un impacto significativo en la salud del feto y pueden estar presentes desde las etapas iniciales del desarrollo. Sin embargo, la detección temprana de estas alteraciones representa un desafío debido a la complejidad de los procesos moleculares y celulares involucrados.

La Guía de Prevención en el ámbito genético identifica dos posibilidades para la prevención primaria de enfermedades genéticas. En primer lugar, destaca la importancia de la identificación de familias con riesgo genético y el asesoramiento adecuado. Esto permite ofrecer a las familias información sobre las probabilidades de transmitir ciertas enfermedades genéticas a su descendencia y opciones para la toma de decisiones informadas en cuanto a la planificación familiar.

En la identificación de familias de riesgo, se aborda el concepto de alteraciones monosómicas ligadas a la mutación de un solo gen, presentes en autosomas o en los cromosomas sexuales X e Y. La expresión y manifestación de estas enfermedades dependen del tipo de herencia genética, siendo relevantes las diferencias entre enfermedades de tipo dominante o recesivo. Además, en los casos recesivos, la manifestación de la enfermedad puede depender del sexo del feto, siendo más propensos a manifestar la enfermedad los varones que las mujeres.

Por otro lado, se encuentran las enfermedades multifactoriales, como la espina bífida o algunas cardiopatías, que están causadas por una combinación de factores genéticos y ambientales. Estas enfermedades representan un reto adicional para su prevención y detección temprana, ya que su origen es más complejo y multifacético.

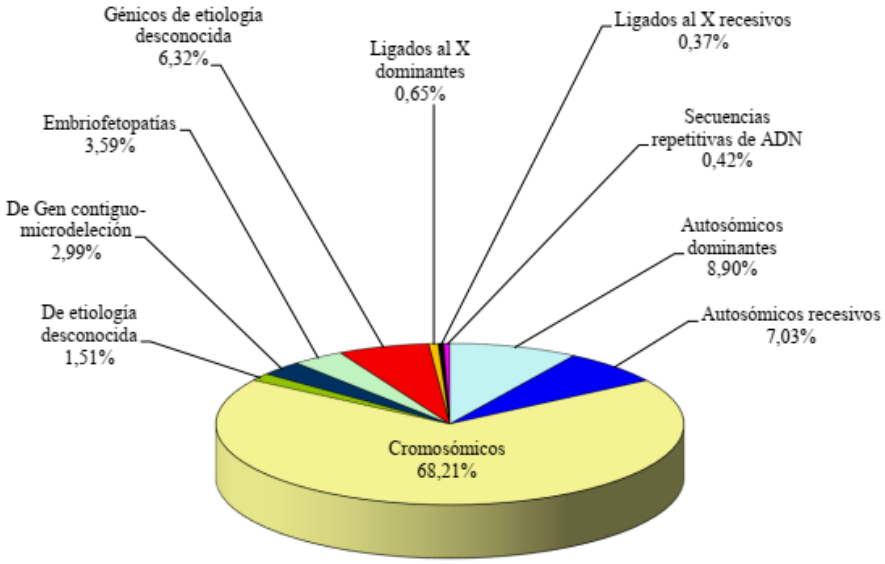
Con relación a la consanguinidad entre progenitores, de conformidad con la guía para la prevención de defectos congénitos, existe un aumento del riesgo de malformaciones genéticas

en aproximadamente un 3%. La consanguinidad implica un mayor grado de parentesco entre los padres, lo que puede aumentar la probabilidad de que ciertas enfermedades genéticas recesivas se manifiesten en la descendencia.

Las técnicas de reproducción asistida son otra vía para la prevención primaria de enfermedades genéticas. Estas técnicas han experimentado avances en genética molecular, permitiendo el diagnóstico genético preimplantacional de embriones antes de ser implantados en el útero materno. A través de estas técnicas, es posible identificar anomalías cromosómicas o genéticas en los embriones y seleccionar aquellos que tienen un menor riesgo de desarrollar ciertas enfermedades genéticas.

Sin embargo, las técnicas de reproducción asistida tienen un grado de efectividad relativamente bajo y su aplicación implica un alto coste económico. Por esta razón, actualmente, están dirigidas a segmentos específicos y limitados de la población, generalmente a parejas que presentan problemas de fertilidad o con alto riesgo de transmitir enfermedades genéticas hereditarias.

Tabla XI. Distribución de los recién nacidos diagnosticados con síndromes según su etiología. Periodo 1980-2020 (N=5.677 casos) [212]



[212] Bermejo Sánchez, Eva (Ed.) Análisis clínico-epidemiológico de los recién nacidos con defectos congénitos registrados en el ECEMC. Distribución por etiología y por grupos étnicos. Boletín del ECEMC. *Revista de Dismorfología y Epidemiología*. Memoria anual del año 2022, p. 8.

Infecciones de transmisión materno-filial

Resulta imprescindible obtener un completo historial médico y conocer el tratamiento previo que ha recibido la gestante, especialmente durante el embarazo. Para ello, es crucial realizar diversas serologías para detectar numerosas enfermedades, como el VIH, sífilis, toxoplasmosis, entre otras. Estas pruebas forman parte de los protocolos de prevención de enfermedades durante el embarazo y están al alcance de cualquier persona que desee realizarlas.

La transmisión de gérmenes de la madre al feto, conocida como transmisión vertical, puede ocurrir en diferentes etapas del desarrollo fetal, afectando de manera variable el desarrollo embrionario. Aunque el riesgo de transmisión es mayor hacia el final de la gestación, una transmisión que ocurre antes de las 20 semanas puede tener consecuencias graves para la salud del feto.

En el pasado, la población con bajas tasas de cobertura vacunal se identificaba como población de riesgo y se asociaba a condiciones de pobreza y hacinamiento, lo que facilitaba la propagación de las infecciones. Sin embargo, en la actualidad, fenómenos como el crecimiento de la inmigración y la influencia de las convicciones antivacunas han expandido la población en riesgo. Esto plantea desafíos para una eficaz actuación en la detección y tratamiento precoz de estas enfermedades.

En cuanto a las serologías realizadas durante el embarazo, el VIH es una de las infecciones más relevantes a tener en cuenta. La detección temprana del VIH en una mujer embarazada permite tomar medidas para reducir la transmisión vertical del virus al feto. Gracias a la implementación de tratamientos antirretrovirales en la madre y, en algunos casos, en el recién nacido, se ha logrado disminuir significativamente la tasa de transmisión del VIH de madre a hijo.

Por otro lado, la sífilis es una infección bacteriana que puede tener graves consecuencias para el feto si no se trata adecuadamente durante el embarazo. La realización de serologías para detectar esta enfermedad permite un diagnóstico temprano y un tratamiento oportuno para evitar complicaciones en el desarrollo del feto.

La toxoplasmosis, una infección causada por el parásito Toxoplasma gondii, también representa un riesgo para el feto si la madre contrae la infección durante el embarazo. La detección temprana y el tratamiento adecuado son esenciales para prevenir la transmisión vertical y proteger la salud del feto.

Como conclusión del capítulo expone:

"El riesgo de transmisión de la madre al feto se asocia con la fase aguda de la enfermedad, en la infección por el virus de la Hepatitis A, Citomegalovirus, Rubeola, Varicela Zoster, Parotiditis, y Parvovirus B 19, por la bacteria de la Listeria monocytogenes y por el parásito Toxoplasma gondii.

En caso de infección crónica persistente, el riesgo de transmisión existe mientras se mantenga la infección, es el caso del virus del VIH, de la Hepatitis B y C, y de las bacterias Treponema Pallidum, Estreptococo Agalactiae-B y Neisseria Gonorrhoeae.

En el caso de la infección por Herpes Simple-II y por Citomegalovirus, el riesgo de transmisión existe cuando la mujer presenta recurrencia de la infección en los días previos al parto. Durante el embarazo se consideran seguras aquellas vacunas compuestas por virus o bacterias muertos o inactivados. Durante el embarazo esta contraindicada la administración de las vacunas compuestas por virus o bacterias vivos o atenuados. A todas las gestantes se le deben solicitar las serologías de VIH, sífilis, Toxoplasma, Rubeola y Hepatitis B. Se debe realizar cribado de bacteriuria asintomática a todas las gestantes mediante un urocultivo entre la 12-16 semana de gestación.

Se recomienda la realización sistemática a todas las gestantes, de un exudado vagino-rectal entre las semanas 35-37, para conocer si es portadora del estreptococo agalactie grupo B."[213]

Enfermedades crónicas

La atención previa a la concepción desempeña un papel fundamental para identificar los riesgos asociados a un embarazo en mujeres con enfermedades crónicas. En estos casos, el riesgo de defectos congénitos suele estar relacionado con un inadecuado control de la enfermedad.

La diabetes pregestacional es un ejemplo relevante, ya que las mujeres gestantes con diabetes tienen un riesgo entre tres y cuatro veces mayor de que el feto presente defectos congénitos. Por lo tanto, es crucial implementar un tratamiento específico y un control especial durante el embarazo para mitigar estos riesgos y optimizar los resultados de salud tanto para la madre como para el feto.

La hipertensión arterial es otra enfermedad crónica que requiere una atención especial durante el embarazo debido a su potencial para causar defectos congénitos, especialmente asociados a complicaciones como la preeclampsia. Esta afección es uno de los principales factores

[213] Dra. Bailón Muñoz, E. (2006). Inmunidad frente a infecciones de transmisión materno-fetal. *Guía para la prevención de defectos congénitos* (p. 59). Ministerio de Sanidad y Consumo. Centro de Publicaciones. http//publicaciones.administracion.es.
.

relacionados con la mortalidad tanto de la madre como del feto, lo que destaca la importancia de un tratamiento adecuado y un control constante para evitar consecuencias negativas durante la gestación.

Las enfermedades tiroideas también requieren un mayor control antes de la concepción y durante el embarazo. El hipertiroidismo, si no se trata adecuadamente, puede estar asociado a un mayor riesgo de malformaciones y complicaciones, lo que subraya la necesidad de un seguimiento cuidadoso y un tratamiento óptimo durante la gestación.

En el caso de la epilepsia, además de un seguimiento y tratamiento específico, es fundamental realizar un balance riesgo-beneficio. La exposición del feto a los fármacos antiepilépticos hace recomendable monitorizar y medir los niveles de estos medicamentos, especialmente durante el primer trimestre, para minimizar los posibles riesgos para el desarrollo fetal.

Como recomendaciones finales del capítulo se expone:

> *"En mujeres diabéticas con deseo de gestación, es recomendable aplazar el embarazo hasta conseguir un control óptimo de sus glucemias y que los niveles de hemoglobina glicosilada están por debajo de 6,5%. Cuando sea necesario tratar la Hipertensión Arterial Crónica en la embarazada, el fármaco recomendado de primera elección es la alfametildopa. En la fase preconcepcional se intentará el control de la epilepsia con aquellos fármacos que presenten el menor riesgo teratógeno y a la dosis menor que sea efectiva. Se debe evitar en lo posible la politerapia.*
> *A pesar de los posibles riesgos teratogénicos que presentan los antirretrovirales se recomienda su uso durante el embarazo-parto ya que, en países desarrollados, donde se realiza quimioprofilaxis con estos fármacos, el riesgo de transmisión vertical del VIH al feto ha disminuido. En el caso de las mujeres portadoras de enfermedad crónica y con deseo de gestación, se debe planificar el embarazo en fase de compensación de la enfermedad.*
> *Teniendo en cuenta los cambios fisiológicos que se producen en la gestación, en determinados casos, es necesario monitorizar los niveles sanguíneos del fármaco que toma la mujer ya que los niveles pueden ser infraterapéuticos. En las mujeres con deseo de gestación, con sobrepeso u obesas se debe recomendar aplazar la gestación hasta conseguir normopeso."*[214]

[214] Dra. Bailón Muñoz, E. (2006). Enfermedades crónicas y gestación *Guía para la prevención de defectos congénitos* (p. 72). Ministerio de Sanidad y Consumo. Centro de Publicaciones. http//publicaciones.administracion.es.

Hábitos de vida

El papel de la atención primaria y la atención previa a la concepción es de vital importancia para la educación en salud de las mujeres gestantes. En la última década, el nivel general de salud de las mujeres en España ha experimentado notables mejoras, aunque sigue estrechamente vinculado a factores culturales y económicos.

El consumo de tabaco, alcohol y otros tóxicos tiene un impacto directo en el desarrollo fetal y en el transcurso del embarazo. Estos hábitos nocivos pueden aumentar significativamente el riesgo de complicaciones durante la gestación, como el parto prematuro y el bajo peso al nacer. Además, se ha comprobado que la exposición prenatal al tabaco y al alcohol puede tener efectos a largo plazo en la salud del niño, como problemas respiratorios y trastornos del comportamiento.

Por otro lado, los hábitos alimentarios y la adecuada suplementación nutricional son pilares fundamentales a tener en cuenta durante el embarazo. Una dieta equilibrada y rica en nutrientes es esencial para el desarrollo óptimo del feto y para mantener la salud de la madre. Durante el embarazo, se producen cambios metabólicos y fisiológicos que requieren un aumento en el consumo de ciertos nutrientes, como el ácido fólico, el hierro y el calcio, para satisfacer las necesidades del feto en crecimiento y para prevenir deficiencias nutricionales en la madre.

La educación en salud y el apoyo proporcionado por los profesionales de la atención primaria antes y durante el embarazo son fundamentales para informar a las mujeres gestantes sobre los riesgos asociados con ciertos hábitos y estilos de vida y para promover comportamientos saludables durante esta etapa crucial de la vida.

Además de los factores individuales, el entorno social y económico también influye en la salud materno-infantil. Las desigualdades socioeconómicas pueden afectar el acceso a una atención médica adecuada y a una alimentación equilibrada, lo que puede repercutir en la salud de la madre y el feto.

En este sentido, es fundamental implementar políticas de salud pública que aborden los determinantes sociales de la salud y que promuevan un acceso igualitario a los servicios de atención médica y a una alimentación nutritiva durante el embarazo.

Tabla XII. Distribución etiológica de los recién nacidos con defectos congénitos identificados durante los tres primeros días de vida [215]

Período 1980-2020		
Causas	**N.º**	**%**
GENÉTICA		
Autosómica dominante	2.496	5,50
Autosómica recesiva	818	1,80
Gen contiguo-microdeleción	170	0,37
Síndromes de Secuencias repetitivas de ADN	24	0,05
Otras etiologías génicas	1.897	4,18
Cromosómica	3.872	8,54
Total de causa genética	**9.277**	**20,46**
AMBIENTAL		
Alcohol	42	0,09
Diabetes	70 *	0,15
Infecciones	35	0,08
Medicamentos	57 *	0,13
Factores Físicos	1	0,00
Otros factores ambientales	486	1,07
Total de causa ambiental	**690 ***	**1,52**
MULTIFACTORIAL	**8.707**	**19,20**
CAUSA DESCONOCIDA	**26.678**	**58,82**
GRAN TOTAL	**45.352**	**100.-**

(*): Un Recién Nacido tiene Embriofetopatía por diabetes materna y por exposición prenatal a Carbamazepina.

Protocolos para la identificación y prevención de malformaciones y defectos congénitos en el embarazo. Ejemplo Comunidad Autónoma de Cantabria

Al abordar la implementación de protocolos y cribados en el ámbito de la salud pública, resulta esencial establecer objetivos claros y precisos, sopesar cuidadosamente los riesgos y beneficios de cada prueba y realizar una valoración económica para optimizar los recursos y obtener resultados efectivos.

[215] Bermejo Sánchez, Eva (Ed.) Análisis clínico-epidemiológico de los recién nacidos con defectos congénitos registrados en el ECEMC. Distribución por etiología y por grupos étnicos. Boletín del ECEMC. *Revista de Dismorfología y Epidemiología*. Memoria anual del año 2022, p. 7.

Desde la transferencia de competencias en materia de Salud Pública a las Comunidades Autónomas, cada una ha elaborado su protocolo de prevención que genera relativas variaciones entre las distintas regiones en términos de pruebas diagnósticas ofrecidas y controles de calidad de los programas.

Cantabria sirve como ejemplo de Comunidad Autónoma que actúa, en sus protocolos de Salud Pública, de manera similar a la mayoría de las Comunidades, por lo tanto, puede ser tomada como base o referencia general sobre la que se puntualizaran determinadas actuaciones.

Objetivos

Existen diversos tipos de enfermedades genéticas asociadas a malformaciones o anomalías durante el embarazo. Es importante destacar que muchos de ellos tienen un componente genético en el que el resultado del diagnóstico tiene efectos sobre todos los individuos de la familia, presentando características muy diferenciadoras significativas al no afectar única y directamente al paciente.

Hereditarias, que son responsables de un 25% de las anomalías aproximadamente. Se transmiten genéticamente respondiendo al carácter recesivo, dominante, autosómico o ligado al sexo. Las que se dan con mayor frecuencia son la fibrosis quística, riñón poliquístico etc.

Multifactoriales en las que se combinan factores genéticos y ambientales y son las más frecuentes

Efecto ambiental teratógeno, es decir, malformaciones por diversos factores ambientales como el consumo de fármacos, infecciones, tóxicos etc.

Cromosómicas que suponen las anomalías responsables de entorno al 12-14% de los defectos congénitos y las más difíciles de reconocer.

Los protocolos para la detección de malformaciones en el embarazo establecen unos objetivos generales y otros específicos que permiten seleccionar por un lado la población de alto riesgo y por otro, o en combinación, las alteraciones y aneuploidías fetales más comunes.

Así, se incluyen en el grupo de riesgo de enfermedades hereditarias aquellas gestantes con antecedentes familiares que puedan implicar una transmisión autosómica o ligada al sexo. Se incluyen en el grupo de riesgo de malformaciones congénitas todas las mujeres embarazadas, ya que este tipo de malformaciones se considera de carácter esporádico. Por último, se incluyen en

el grupo de riesgo de presentar cromosomopatías aquellas gestantes con factores de riesgo preconcepcionales, es decir con un hijo previo o un progenitor con anomalías u otros factores potenciales de riesgo como el aborto de repetición.

En Cantabria, al igual que en el resto de las comunidades, se incluye inicialmente en el protocolo una evaluación del riesgo preconcepcional. Para ello, se elabora una historia social y de antecedentes de anomalías o enfermedades personales en la mujer y su pareja, así como hábitos de vida o consumo de diferentes sustancias que puedan resultar perjudiciales como el tabaco, el alcohol u otras sustancias. Además de los antecedentes se incluye en la historia clínica las enfermedades crónicas que puedan repercutir sobre el futuro embarazo, como obesidad, hipertensión, diabetes o enfermedades tromboembólica. Por ultimo y de manera más específica se elabora la historia de antecedentes ginecológicos y reproductivos

También se realiza una exploración física completa en función de los datos clínicos anteriores que consiste en medir el índice de masa corporal y la tensión arterial, complementariamente se puede incluir un análisis de sangre con el objetivo de detectar enfermedades maternas que puedan afectar al embarazo como anemias, incompatibilidades Rh, hipotiroidismo, rubeola, varicela, toxoplasmosis, VIH, sífilis o hepatitis. Del mismo modo, es decir, complementariamente también se puede incluir una citología si la mujer tiene más de 25 años y no se ha realizado ninguna en los últimos 3 años.

El análisis de sangre y la citología son pruebas no invasivas que ofrecen información valiosa para guiar la atención prenatal y garantizar un embarazo saludable. Al combinar esta información con los datos clínicos anteriores y los resultados de otras exploraciones físicas, los profesionales de la salud pueden obtener una imagen integral del estado de salud de la mujer gestante y tomar decisiones informadas sobre el cuidado y seguimiento durante todo el embarazo.

Tabla XIII. Consulta Preconcepcional: Motivos de derivación y/o consulta a atención hospitalaria[216]

Riesgo reproductivo identificado	HUMV	H. Sierrallana	H. Laredo
Antecedentes familiares de la mujer y/o familiares de su pareja			
Anomalías cromosómicas	Genética HUMV	Genética HUMV	Genética HUMV
Enfermedades de transmisión genética	Genética HUMV	Genética HUMV	Genética HUMV
Antecedentes personales de su pareja			
Anomalías cromosómicas	Genética HUMV	Genética HUMV	Genética HUMV
Enfermedades de transmisión genética	Genética HUMV	Genética HUMV	Genética HUMV
Antecedentes personales enfermedades congénitas			
Anomalías cromosómicas	Genética HUMV	Genética HUMV	Genética HUMV
Enfermedades de transmisión genética	Genética HUMV	Genética HUMV	Genética HUMV
Antecedentes reproductivos			
Muerte fetal de causa no establecida	Obstetricia CP	Obstetricia	Obstetricia
Abortos de repetición (3 o más perdidas reproductivas)	Obstetricia CP	Obstetricia	Obstetricia
Parto pretérmino (< 35 semanas)	Obstetricia CP	Obstetricia	Obstetricia
Estados hipertensivos del embarazo	Obstetricia CP	Obstetricia	Obstetricia
Enfermedades crónicas			
Obesidad mórbida (Clase III)	Obstetricia CP	Endocrinología	Endocrinología HUMV
Diabetes mellitus Tipo 1	Obstetricia CP	Endocrinología	Endocrinología HUMV
Diabetes tipo 2 con niveles de Hb glicosilada >8%	Obstetricia CP	Endocrinología	Endocrinología HUMV
Hipertiroidismo (con o sin tratamiento), para asegurar que la función tiroidea esté normal, en los casos en que Atención Primaria considere necesarios	Obstetricia CP	Endocrinología	Endocrinología HUMV
Epilepsia en tratamiento farmacológico, por si fuera conveniente modificarlo o suspenderlo antes del embarazo	Obstetricia CP	Neurología	Neurología
Hipertensión arterial en tratamiento farmacológico, para revisión y ajuste de medicación antihipertensiva, en los casos en que Atención Primaria considere necesario	Obstetricia CP	M. Interna	Obstetricia
Enfermedad tromboembólica	Obstetricia CP	M. Interna	Hematología
Trombofilias	Obstetricia CP	Hematología	Hematología
Trastornos de salud mental en los casos en que Atención Primaria considere necesarios	Obstetricia CP	Salud Mental	Salud Mental

CP: Consulta Preconcepcional HUMV.

Ya durante el embarazo se establece un cronograma de visitas. Especial importancia para la detección de malformaciones y enfermedades son las visitas hasta la semana 20 que pueden ser, dependiendo del momento en que se realice cada una, entre dos y cuatro visitas.

[216] Grupo de trabajo y colaboradores de la Comunidad Autónoma de Cantabria (2017). Protocolo de atención al embarazo y puerperio, p. 18. Servicio cántabro de Salud. Gobierno de Cantabria

Tabla XIV. Cronograma de visitas prenatales según protocolo del Servicio Cántabro de Salud[217]

Semanas gestación	Frecuencia
< 12 semanas	1.ª visita
12-36 semanas	Cada 4-6 semanas
36-38 semanas	Cada 2 semanas
38-41 semanas	Cada semana
41-42 semanas	Cada 48 horas hasta finalización de la gestación

Muchas mujeres no asisten a consulta antes de quedar embarazadas por lo que, en estos casos, la primera visita se centra en la historia clínica con los mismos protocolos que una consulta preconcepcional, pero añadiendo datos sobre el embarazo actual como el cálculo de la edad gestacional o la valoración de la evolución del embarazo. En la exploración física toma especial importancia el Índice de Masa Corporal y el incremento de peso de la gestante, pero no se recomienda una exploración ginecológica a menos que exista alguna sintomatología.

a) Cribados

Los cribados en el embarazo suponen una segunda selección de gestantes en riesgo y se ofrece activamente a una población diana que debe suponer al menos el 80% de la población gestante. Consistente en pruebas no invasivas con alto porcentaje de detección, en general debe tener, como mínimo, una tasa de detección del 75% con una tasa de falsos positivos del 5%.

"Para conseguir un buen cribado poblacional debemos, en primer lugar, conseguir que al menos el 80% de nuestra población gestante (población diana) tenga acceso al mismo; en segundo lugar, que la prueba de cribado elegida mantenga un rendimiento apropiado y, por último, que la población de alto riesgo tenga acceso a la prueba diagnóstica. Pero el cribado no es una prueba puntual sino un proceso continuo que no finalizará hasta la revisión de los resultados, los controles de calidad y la introducción de las mejoras. Además debe ser equitativo y factible de realizar desde el punto de vista técnico y económico."[218]

[217] Grupo de trabajo y colaboradores de la Comunidad Autónoma de Cantabria (2017). Protocolo de atención al embarazo y puerperio, p. 23. Servicio cántabro de Salud. Gobierno de Cantabria

[218] Grupo expertos SESEGO y SEMEPE consensuado con AEDP (2018). Cribado y diagnóstico precoz de anomalías genéticas. Progresos de Obstetricia y Ginecología. *Revista Oficial de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia*, 61(6): 606

La dificultad inicial del cribado consiste en establecer el punto de corte para los diferentes riesgos que debería depender de un equilibrio entre la tasa de falsos positivos, el coste económico y el beneficio obtenido.

Se realizan al menos tres ecografías a lo largo del embarazo, una en cada trimestre que arrojan datos que serán interpretados para realizar los cribados, por eso son considerados como prueba no invasiva básica.

"Se han desarrollado diversas estrategias de cribado (tamizaje o screening) mediante pruebas inocuas y relativamente fáciles de realizar, con las que identificar aquellas gestantes con fetos que presentan un riesgo elevado de tener una anomalía genética. Es a este grupo al que se le ofrecerán las diferentes pruebas y métodos diagnósticos personalizados, siendo indispensable la opinión de los progenitores (y específicamente de la madre) en la toma de decisiones"[219]

La ecografía del primer trimestre **s**e realiza entre la semana 11 y 14. A través de esta ecografía se estudia la anatomía fetal y se diagnostican las malformaciones más graves y de mayor expresividad ecográfica. Se realiza el estudio de la translucencia nucal que, incluido en el test combinado del primer trimestre, arrojará datos sobre posibles alteraciones fetales y cribará a la población en riesgo.

Además, la translucencia nucal es, en sí misma, un marcador para las trisomías 21, 18,13, para la monosomía X así como para alteraciones estructurales del feto.

La ecografía del primer trimestre tiene especial importancia tanto por los datos que aporta de manera individual como por la combinación con los resultados de otros cribados realizados antes de la semana veinte.

La ecografía del segundo trimestre se realiza sobre la semana veinte de gestación y en ella ya es posible detectar en torno al 75% de las malformaciones que tienen expresividad ecográfica, que representan el 60% de todas las malformaciones.

En el segundo trimestre de realiza otra analítica de cribado de enfermedades hemolítica perinatal, anemia, diabetes y enfermedades infecciosas.

[219] Grupo expertos SESEGO y SEMEPE consensuado con AEDP (2018). Cribado y diagnóstico precoz de anomalías genéticas. Progresos de Obstetricia y Ginecología. *Revista Oficial de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia*, 61(6): 605

Esta segunda ecografía resulta esencial, atendido el sistema de plazos establecido por la LO 2/2010, en orden a la posibilidad de proceder de modo voluntario a la interrupción legal del embarazo por causas médicas.

La ecografía del tercer trimestre puede identificar anomalías morfológicas de aparición tardía.

En el tercer trimestre se realiza el ultimo análisis de sangre para el cribado de anemia y enfermedades infecciosas, así como el estreptococo grupo B a través de un cultivo vaginal y rectal.

Cribados de enfermedades multifactoriales

Durante la primera visita se realizan cribados específicos de enfermedades que pueden afectar al embarazo como la enfermedad hemolítica perinatal, es decir, derivada de anticuerpos irregulares por incompatibilidad de Rh sanguíneo la anemia, la diabetes o la patología tiroidea, todas ellas consistentes en un análisis de sangre. Igualmente se realizan cribados de enfermedades infecciosas como sífilis, Rubeola, toxoplasmosis, Hepatitis B de manera general y VIH, Changa o Zika de forma voluntaria.

Cribados de alteraciones cromosómicas.

El cribado de alteraciones cromosómicas dispone de un desarrollo específico para las aneuploidías fetales más comunes, como la trisomía 21, trisomía 18 y trisomía 13, es decir para aquellas situaciones en las que existen cromosomas adicionales o falta uno o más cromosomas (Síndrome de Down, por ejemplo). Específicamente los esfuerzos están orientados a la detección de la trisomía 21, de la que se benefician la trisomía 13 y la 18. Actualmente el CCPT es la estrategia recomendada por el Sistema Nacional de Salud para la T21.[220]

Sin embargo, el resto de las alteraciones cromosómicas carece de cribado especifico más allá de la información, más o menos general, arrojada por la ecografía

[220] Grupo expertos SESEGO y SEMEPE consensuado con AEDP (2018). Cribado y diagnóstico precoz de anomalías genéticas. Progresos de Obstetricia y Ginecología. Revista Oficial de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, 61(6): 612

Tabla XV. Estrategias de cribado prenatal para las aneuploidías fetales más comunes[221]

Método de cribado	Trimestre	Marcadores	Tasa detección	Falsos positivos	Nivel de evidencia
Ecográfico	1.º	TN	60-65%	~ 5%	IIa-B
Combinado	1.º	TN; fβ-HCG; PAPP-A	> 75%	~ 3%	IIa-B
Bioquímico (test doble)	2.º	fβ-HCG; AFP	~ 60%	~ 5%	IIa-B
Bioquímico (test triple)	2.º	fβ-HCG; AFP; uE3	~ 60%	~ 5%	IIa-B
Bioquímico (test cuádruple)	2.º	fβ-HCG; AFP; uE3; inhibina A	> 75%	~ 3%	IIa-B
Integrado	1.º + 2.º	TN; PAPP-A y test cuádruple	~ 75%	~ 3%	IIa-B

Clasificación de las recomendaciones en función del nivel de evidencia (NE) disponible	
Ia	La evidencia científica procede a partir de meta-análisis de ensayos clínicos controlados y aleatorizados
Ib	La evidencia científica procede de al menos un ensayo clínico controlado y aleatorizado
IIa	La evidencia científica procede de al menos un estudio prospectivo controlado, bien diseñado y sin aleatorizar
IIb	La evidencia cientifica procede de al menos un estudio casi experimental, bien diseñado
III	La evidencia científica procede de estudios descriptivos no experimentales, bien diseñados como estudios comparativos, de correlación o de casos y controles
IV	La evidencia científica procede de documentos u opiniones de expertos y/o experiencias clínicas de autoridades de prestigio
Grados de recomendación	
A	Existe buena evidencia en base a la investigación para apoyar la recomendación. (Recoge los niveles de evidencia científica Ia y Ib)
B	Existe moderada evidencia en base a la investigación para apoyar la recomendación (Recoge los niveles de evidencia científica IIa, IIb y III)
C	La recomendación se basa en la opinión de expertos o en un panel de consenso. (Recoge el nivel de evidencia IV)

El cribado especifico de aneuploidías fetales comunes comienza en la ecografía del primer trimestre midiendo la translucencia nucal (TN), es decir, el grosor de la zona de la nuca en el feto ya que un incremento en este grosor se relaciona con la presencia de aneuploidías, especialmente con síndrome de Down, aunque también la trisomía 13 y la trisomía 18 suelen presentar incremento de la translucencia nucal.

A partir de la ecografía del primer trimestre pueden realizarse otras pruebas no invasivas que completaran el cribado arrojando resultados sobre el riesgo de sufrir una anomalía cromosómica.

[221] Grupo de trabajo de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (2013). guía de práctica clínica: diagnóstico prenatal de los defectos congénitos. cribado de anomalías cromosómicas. Diagnóstico prenatal, 24(2):52-72. Elsevier

La prueba de marcadores bioquímicos consiste en proteínas detectadas en la sangre materna relacionados con la trisomía 21.

Existen dos tipos de marcadores según la gestante se encuentre en el primer (test doble) o segundo trimestre, conocida como Triple Screening por detectar tres sustancias en sangre. La más realizada es la del segundo trimestre que se lleva a cabo entre las semanas 15 y 20 de gestación. Estos marcadores se introducen en un software especifico junto con algunos parámetros medidos en la primera ecográfica y la combinación de ambos arroja una ratio de probabilidad de alteraciones relacionados con el Síndrome de Down. Dependerá también del programa utilizado que se incluya el algoritmo específico para otras aneuploidías como la trisomía 18 o la trisomía 13, de manera que los resultados de esta prueba pueden ser más o menos específicos dependiendo del laboratorio que los realice.

La principal ventaja del cribado bioquímico es que permite clasificar los embarazos de alto riesgo en un estado temprano de gestación ampliando las posibilidades de aplicar técnicas invasivas.

Se establece un punto de corte en esta prueba en torno a 1/250 o 1/300, recomendando técnicas invasivas si el riesgo supera ese punto.

En la siguiente tabla se recoge la tasa de detección y falsos positivos de los distintos métodos de cribado, según publica el Ministerio de Sanidad[222]:

Tabla XVI. Tasa de detección y falsos positivos de los distintos métodos de cribado

	Triple (2º)	Cuadruple(2º)	Combinado(1º)	Integrado
Tasa Detección	69	81	87	96
Falsos Positivos	5	5	5	5

Triple segundo trimestre: AFP,b HCG,UE3.
Cuádruple segundo trimestre: AFP,bHCG,UE3, Inhibina A.
Combinado primer trimestre: PAPP, fbHCG, pliegue nucal.
Integrado primer y segundo trimestre: PAPP, translucencia nucal, fbHCG+AFP, UE3.
Adaptado de Malone y cols, 2005

En el mismo documento, el Ministerio de Sanidad, establece que *"…destaca como alternativa más efectiva y eficiente el cribado integrado de primer y segundo trimestre (PAPP-A: Pregnancy associated plasma protein, pliegue nucal, AFP: Alfafetoproteína, HCG: Gonadotropina coriónica humana, UE3: Estriol no*

[222] Dra. Orera, M y Dr. Gallo, M. (2006). Riesgo de defectos congénitos derivados de la edad. *Guía para la prevención de defectos congénitos* (p. 34). Ministerio de Sanidad y Consumo. Centro de Publicaciones. http//publicaciones.administracion.es.

conjugado). Con esta alternativa se puede detectar el 80 % de los síndromes de Down, realizando amniocentesis únicamente al 1 % de la población gestante (7), incrementándose al 96 % si se fija la tasa de falsos positivos en 5 %."[223]

Para el resto de las alteraciones cromosómicas, mucho menos comunes, no se dispone de programas específicos de cribado, centrándose su detección únicamente en marcadores ecográficos. Existe un gran número de alteraciones cromosómicas detectable y en estos casos la criba consistirá en una valoración de los datos que arrojen las ecografías de manera individualiza, teniendo en cuenta otros parámetros como la edad de la gestante. Sin embargo, se trata de un cribado más subjetivo, al no introducirse datos en un programa ni establecerse un porcentaje de riesgo.

El cribado de marcadores bioquímicos o cribado combinado del primer trimestre (CCPT) está incluido en el protocolo de casi todas las Comunidades Autónomas, tanto en el ámbito privado como en el público por lo que se realiza, de manera general, a todas las gestantes normalmente, durante el segundo trimestre.

La prueba de ADN fetal en sangre materna es una técnica avanzada de cribado prenatal que ofrece resultados más fiables y precisos en comparación con el test combinado. Esta prueba también está especialmente orientada a la detección de alteraciones fetales relacionadas con trisomías cromosómicas, como la trisomía 21, trisomía 13, trisomía 18, así como anomalías relacionadas con los cromosomas sexuales X e Y.

El procedimiento de la prueba de ADN fetal en sangre materna se basa en el análisis del ADN libre que circula en el plasma materno. Esta técnica aprovecha la capacidad de detectar fragmentos de ADN fetal presentes en la sangre de la madre, lo que permite obtener información sobre el perfil cromosómico del feto sin la necesidad de realizar procedimientos invasivos, como la amniocentesis o la biopsia corial, que conllevan un mayor riesgo para la madre y el feto.

Para llevar a cabo esta prueba, se recoge una muestra de sangre de la madre y se analiza mediante diversas técnicas de secuenciación genómica y bioinformática. Los datos obtenidos se procesan mediante algoritmos que tienen en cuenta factores como la edad materna y otras características

[223] Dra. Orera, M y Dr. Gallo, M. (2006). Riesgo de defectos congénitos derivados de la edad. *Guía para la prevención de defectos congénitos* (p. 34). Ministerio de Sanidad y Consumo. Centro de Publicaciones. http//publicaciones.administracion.es.

del embarazo para calcular el riesgo fetal de presentar una trisomía u otra alteración cromosómica.

Uno de los principales beneficios de esta prueba es su alta sensibilidad y especificidad para detectar alteraciones cromosómicas, lo que se traduce en una tasa inferior de falsos positivos en comparación con otras pruebas de cribado, sin embargo implica un coste elevado lo que impide que se utilice en el sistema público de manera generalizada, ofreciéndose, únicamente, como alternativa previa a una prueba invasiva cuando la gestante haya dado resultados de riesgo alto en el test combinado del primer trimestre, cuando la gestante haya tenido un embarazo previo con anomalías cromosómicas por Trisomías 21, 18 o 13 o cuando la gestante o su pareja sean portadoras de una anomalía cromosómica.

La Sociedad Española de Ginecología aboga por una recogida de sangre en la semana 10-11 que permita tener una muestra tanto de ADN fetal libre como para la realización del triple screening de manera que se obtengan resultados para la ecografía del primer trimestre, en la semana 12-13. Este sistema de cribado aumentaría la detección de anomalías genéticas.[224]

Es importante resaltar que el test de ADN fetal en sangre materna es un método de cribado cuyos resultados positivos requieren confirmación mediante técnica invasiva y los negativos no excluyen la condición al 100%. Por otro lado, ante una medición superior al percentil 99 de la Translucencia nucal realizada en la ecografía del primer trimestre se indica necesaria la realización de una prueba mediante técnica invasiva para el diagnóstico genético.

> *"Por último, alrededor del 1-3% de las muestras que enviemos al laboratorio no generarán ningún resultado, siendo este hecho más probable en casos de obesidad materna o valores de PAPP-A sérica bajos. En estos casos se ha observado una sobrerrepresentación de las trisomías 18 y 13 (no de T21). En estos es importante, para asesorar correctamente a la gestante, realizar una buena evaluación morfológica fetal para decidir si repetir el test (ya que en la mitad de los casos proporcionará un resultado) o valorar una prueba invasiva. No se ha demostrado que repetirlo una tercera vez mejore los resultados. No se recomienda su realización antes de la semana 10ª, pero no existe un límite superior. Los resultados suelen estar disponibles en 5-15 días dependiendo del laboratorio."*[225]

[224] Grupo expertos SESEGO y SEMEPE consensuado con AEDP (2018). Cribado y diagnóstico precoz de anomalías genéticas. Progresos de Obstetricia y Ginecología. *Revista Oficial de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia*, 61(6): 612

[225] Grupo expertos SESEGO y SEMEPE consensuado con AEDP (2018). Cribado y diagnóstico precoz de anomalías genéticas. Progresos de Obstetricia y Ginecología. *Revista Oficial de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia,* 61(6): 608

En la actualidad hay cuatro Comunidades Autónomas: Baleares, Canarias, Murcia y País Vasco, que no incluyen estas pruebas en sus protocolos a pesar de la recomendación del Ministerio de Sanidad, aunque algunas de ellas han manifestado la intención de introducir la prueba.

b) Técnicas invasivas: riesgos

Las técnicas invasivas en el ámbito prenatal constituyen procedimientos médicos que implican la obtención de muestras directas del feto o de las estructuras placentarias, con el objetivo de obtener información genética y diagnóstica de alta precisión. Estas técnicas se consideran complementarias a las pruebas de cribado, ya que brindan resultados más amplios y fiables, permitiendo un diagnóstico más completo de enfermedades genéticas o malformaciones fetales.

Las técnicas invasivas son ya pruebas de diagnóstico, no cribados, puesto que arrojan un resultado concreto en lugar de un porcentaje de probabilidad que colabora a identificar los posibles riesgos.

Entre las técnicas invasivas más comunes se encuentran la amniocentesis, la biopsia corial y la cordocentesis.

La Biopsia corial consiste en extraer una muestra de trofobasto, es decir, de las vellosidades coriales de la placenta. Se considera adecuada cuando es necesario conocer el cariotipo fetal antes de la semana 15 pero nunca con anterioridad a la semana 10.

La principal ventaja de la biopsia corial es su disponibilidad temprana, lo que permite un diagnóstico más rápido en comparación con la amniocentesis. Sin embargo, su tasa de pérdida fetal estimada es ligeramente más alta, aproximadamente 0.5% a 1%[226]. Además, al analizar el tejido placentario en lugar de células fetales directas, la biopsia corial podría no detectar ciertas enfermedades que afectan solo al feto.

Es una intervención en la que la experiencia del operador influye directamente en la tasa de éxito de la prueba y de intentos fallidos asociados a perdidas fetales.

La Amniocentesis es una prueba de diagnóstico que consiste en la extracción y análisis de una muestra del líquido amniótico que rodea al feto en el útero

[226] American College of Obstetricians and Gynecologists (2007). Invasive prenatal testing for aneuploidy. ACOG Practice Bulletin (88). Obstet Gynecol. 2007; 110:1459-1467.

Existen dos tipos principales de amniocentesis: la amniocentesis clásica, que se realiza a partir de la semana 15 del embarazo, y la amniocentesis precoz o del primer trimestre, que se lleva a cabo entre la semana 11 y la 15. Ambas variantes de la amniocentesis tienen sus propias indicaciones y ventajas. La amniocentesis clásica se realiza en un momento más avanzado del embarazo y, por lo tanto, puede proporcionar una mayor cantidad de información sobre el desarrollo fetal. Esta prueba se utiliza principalmente para detectar trisomías cromosómicas, como la trisomía 21 (síndrome de Down), trisomía 18 (síndrome de Edwards) y trisomía 13 (síndrome de Patau). También puede ayudar a diagnosticar otras anomalías cromosómicas y genéticas, así como problemas de salud más específicos, como defectos en el tubo neural.

Por otro lado, la amniocentesis precoz se realiza en el primer trimestre del embarazo y, aunque puede proporcionar una detección temprana de ciertas anomalías cromosómicas, su principal ventaja radica en la posibilidad de realizar una evaluación genética más temprana para ciertas condiciones específicas, como la detección de trisomía 21 mediante la medición de marcadores en sangre materna y ecografía.

La amniocentesis tiene una tasa demostrada de precisión diagnóstica por encima del 99%[227], tiene una mayor sencillez técnica que la biopsia corial y proporciona cariotipos de más fácil interpretación. Además, aporta información para el diagnóstico de un amplio rango de enfermedades fetales.

En esta prueba se introduce una aguja a través del abdomen de la madre para la extracción de la muestra con la ayuda guiada de un ecógrafo, existía un riesgo de pérdida fetal asociado a la amniocentesis entorno al 1% antes de la incorporación de la ecografía de alta resolución.

La amniocentesis implica también, un riesgo de malformaciones especialmente asociado la perdida de líquido amniótico de forma prolongada en las semanas siguientes a la prueba.

Se trata de una prueba ampliamente utilizada debido a su disponibilidad y bajo riesgo, con una tasa de pérdida fetal estimada entre 0.2% y 0.3%[228]. Sin embargo, su ventana de tiempo más tardía puede suponer un retraso en el diagnóstico, lo que limita la posibilidad de intervención temprana en ciertos casos. Además, aunque ofrece información detallada sobre el cariotipo, no es adecuada para detectar ciertas anomalías genéticas estructurales.

[227] ACOG Practice Bulletin No. 88, December 2007. Invasive prenatal testing for aneuploidy. Obstet Gynecol. 2007; 110:1459-1467.
[228] Alfirevic Z, et al. Amniocentesis and chorionic villus sampling for prenatal diagnosis. Cochrane Database Syst Rev. 2017 Sep 20;9(9):CD003252.

La cordocentesis, también conocida como muestra de sangre del cordón umbilical o punción del cordón umbilical, es una técnica invasiva de diagnóstico prenatal que implica la extracción de una muestra de sangre fetal directamente del cordón umbilical. Esta prueba se considera la más compleja y difícil de realizar entre las técnicas invasivas, pero ofrece una valiosa cantidad de información para facilitar el diagnóstico de numerosas enfermedades y condiciones del feto.

El procedimiento de cordocentesis se realiza a partir de la semana 18 de gestación, bajo guía ecográfica, lo que permite al médico visualizar el cordón umbilical y la posición del feto para introducir la aguja con precisión y seguridad. La aguja se inserta a través del abdomen materno y atraviesa la placenta hasta llegar al cordón umbilical, donde se extrae una pequeña muestra de sangre fetal.

Además, la cordocentesis permite realizar pruebas bioquímicas en la sangre fetal para detectar enfermedades metabólicas y endocrinas, como el hipotiroidismo congénito y ciertos trastornos metabólicos hereditarios. También se puede evaluar la presencia de infecciones intrauterinas y realizar análisis de factores de crecimiento y desarrollo fetal.

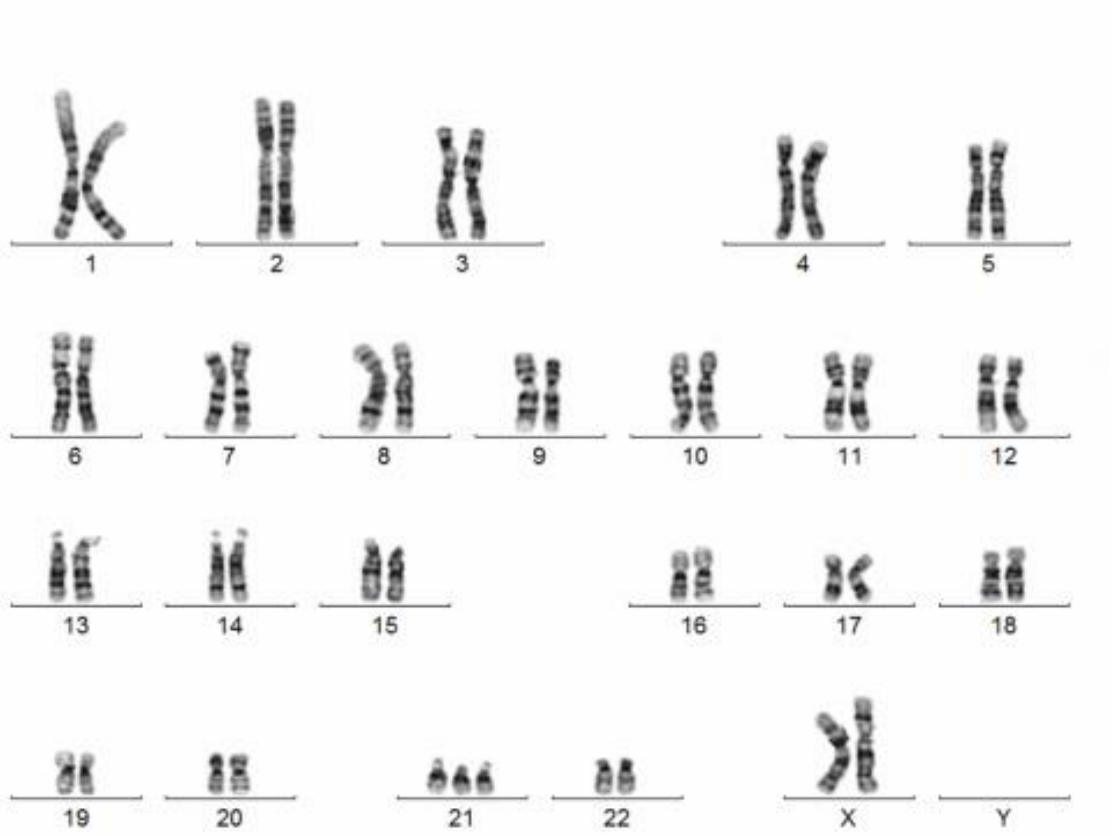
La cordocentesis es una técnica más invasiva en comparación con la amniocentesis y la biopsia corial, y su tasa de pérdida fetal estimada es ligeramente más alta, alrededor del 1%[229]. Sin embargo, ofrece la ventaja de obtener resultados más rápidos y precisos en ciertos casos de enfermedades hematológicas, inmunológicas o metabólicas que requieren una intervención temprana.

Una vez tomada la muestra de la placenta o de la sangre del feto a través de cualquiera de las técnicas invasivas descritas anteriormente se pueden realizar diferentes estudios sobre dicha muestra en el laboratorio.

Por un lado, la obtención del cariotipo, que arroja una imagen cromosómica individual reflejando el material genético del genoma completo a través de un cultivo. Como cualquier técnica que implique cultivo requiere de un plazo de tiempo para llevarse a cabo y es susceptible de contaminación y de la experiencia del operador.

[229] Beaudet AL. Using fetal cells for prenatal diagnosis: history and recent progress. Am J Med Genet C Semin Med Genet. 2007 Aug 15;145C(3):139-44

Imagen II. Cariotipo humano con trisomía 21 (Síndrome de Down)



Por otro una PCR fluorescente que permite detectar las anomalías cromosómicas más frecuentes, de nuevo las trisomías 21, 18, 13, X e Y. Al tratarse de una PCR sus resultados son más rápidos y económicos que el cariotipo. La gran desventaja es que muchas alteraciones cromosómicas no son detectables a través de esta técnica, que se limita únicamente a las trisomías comentadas.

El FISH o hibridación fluorescente in situ consiste en un recuento de cromosomas sin realizar un cultivo por lo que con esta técnica se identifican determinadas duplicaciones y aneuploidías, pero, de nuevo, otras pequeñas mutaciones no son detectadas.

Por último, el Microarray consiste en la identificación de perdidas o ganancias de material genético mediante análisis molecular consiguiendo analizar todo el genoma y arrojando datos más precios s que el cariotipo. No detecta, sin embargo, tripoidias completas ni otros tipos de anomalías, por ello se suele combinar con la PCR.

Se debe tener en cuenta que, a pesar de su alta precisión, las técnicas invasivas conllevan ciertos riesgos para tanto la madre como el feto. Los riesgos deben ser rigurosamente sopesados frente

a los beneficios potenciales de obtener un diagnóstico preciso y temprano, para tomar una decisión informada y garantizar una atención prenatal de alta calidad.

> *"El diagnóstico prenatal de las anomalías genéticas actualmente requiere la obtención de material genético mediante una técnica invasiva (TI), biopsia corial (BC) o amniocentesis (AC), que no son pruebas inocuas y llevan asociado un riesgo de pérdida gestacional. Además existen numerosas formas de procesamiento de las muestras desde el punto de vista genético. El coste ético y económico, tanto como la baja rentabilidad diagnóstica si se realizaran a todas las gestantes, hace que no cumplan criterios para recomendarlas de forma indiscriminada a toda la población."*[230]

A continuación, se describen los principales riesgos asociados a estas pruebas y cómo se incorporan en los protocolos para la detección de enfermedades gestacionales.

Pérdida fetal: Uno de los riesgos más importantes asociados con las pruebas invasivas es la posibilidad de pérdida fetal. Aunque la tasa de pérdida varía según la técnica y otros factores, se estima que el riesgo de pérdida fetal está en el rango del 0.1% al 1% para la amniocentesis y la biopsia corial, y puede ser ligeramente más alto para la cordocentesis[231].

Infección: Existe un riesgo de infección en el sitio de punción o en el útero después de realizar la prueba invasiva. Sin embargo, la incidencia de infección es baja y generalmente se controla con medidas preventivas y cuidados posteriores adecuados.

Hemorragia: Durante la realización de la prueba invasiva, puede haber un riesgo de hemorragia en el sitio de punción o en el útero. Sin embargo, con la técnica adecuada y el monitoreo cuidadoso, este riesgo se mantiene bajo control.

Dentro de los protocolos para la detección de enfermedades gestacionales, la inclusión de técnicas invasivas se realiza considerando factores como el riesgo materno, los antecedentes familiares y los resultados de pruebas de cribado previas. Asimismo, se prioriza una adecuada asesoría genética, para proporcionar información clara y detallada a los padres sobre los riesgos y beneficios de someterse a estas pruebas.

> *"La tendencia general es a sobrevalorar el riesgo de las mujeres mayores de 35 años, y la capacidad diagnóstica de los métodos invasivos. Por otra parte, el riesgo asociado a dichos procedimientos*

[230] Grupo expertos SESEGO y SEMEPE consensuado con AEDP (2018). Cribado y diagnóstico precoz de anomalías genéticas. Progresos de Obstetricia y Ginecología. Revista Oficial de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, 61(6): 605

[231] Alfirevic Z, et al. Amniocentesis and chorionic villus sampling for prenatal diagnosis. Cochrane Database Syst Rev. 2017 Sep 20;9(9):CD003252.

tiende a valorarse como muy bajo, cuando en realidad es generalmente superior a la probabilidad de encontrar una alteración cromosómica en el proceso." [232]

En los protocolos para la detección de enfermedades durante el embarazo se incluyen las pruebas diagnósticas invasivas acompañadas, siempre, de un consentimiento informado que explica brevemente en que consiste la prueba y como es necesario acudir a la misma, se incluye la indicación por la que se procede a efectuar dicha prueba, es decir, que parámetros, marcadores o cribados han llevado a la conclusión de la necesidad de someterse a la prueba.

Se acompañan unas recomendaciones tras el procedimiento, así como una breve explicación de las complicaciones que pueden aparecer. También se incluyen las limitaciones de la técnica y el tiempo de obtención del resultado. Por último, se informa de las alternativas a la realización de la prueba.

Modelo de consentimiento informado de amniocentesis:

"¿En qué consiste?

La amniocentesis consiste en la obtención de una muestra del líquido amniótico que envuelve al feto. Se realiza mediante la punción con una aguja fina a través de la pared abdominal materna, pasando la pared uterina y la membrana amniótica hasta entrar en la cavidad amniótica o bolsa de aguas. La prueba se puede hacer a partir de las 15-16 semanas de embarazo.

Se realiza de forma ambulatoria en la misma Consulta de Medicina Fetal, no hace falta venir en ayunas. La técnica en sí no es compleja y suele durar entre 5-15 minutos, aunque ocasionalmente las dificultades técnicas pueden hacer que se sobrepase ese tiempo. No es más molesta que una inyección intramuscular o una extracción sanguínea, por lo que no requiere anestesia local.

En el líquido amniótico obtenido, habitualmente entre 15 y 20ml, se puede realizar estudios genéticos, moleculares, bioquímicos o microbiológicos, según el motivo por el que se realiza la prueba

En mi caso la indicación es (seleccionar):

– Cribado de aneuploidía con riesgo ≥ 1/250 para trisomía 21 o 18 (por test combinado o cribado bioquímico de segundo trimestre

– Anomalía cromosómica en gestación previa

– Anomalía cromosómica parental

[232] Dra. Orera, M y Dr. Gallo, M. (2006). Riesgo de defectos congénitos derivados de la edad. *Guía para la prevención de defectos congénitos* (p. 36). Ministerio de Sanidad y Consumo. Centro de Publicaciones. http//publicaciones.administracion.es.

– Anomalía fetal ecográfica (detectada durante la ecografía morfológica)

– Confirmación de un resultado por ADN-lc – Confirmación de un resultado no conclusivo en vellosidad corial

– Crecimiento intrauterino retardado (CIR) severo muy precoz (< 22 semanas)

– CIR severo entre 22-28 semanas con riesgo intermedio

– Sonograma genético con riesgo resultante ≥ 1/250

– Anomalía discordante en gemelos monocoriales diamnióticos

– Riesgo de enfermedad monogénicas con diagnóstico molecular o bioquímico disponible en LA

– Riesgo de infección fetal con PCR disponible (CMV, toxoplasma, parvovirus-B19, varicela, rubeola, herpes 1-2, enterovirus)

– Riesgo de corioamnionitis o inflamación intraamniótica.

– Otras indicaciones (texto libre):

Recomendaciones tras la técnica

Tras el procedimiento podrá irse a casa debiendo guardar reposo relativo las primeras 48 horas. Si su grupo sanguíneo es Rh negativo se ha de poner un 1500 UI de gammaglobulina anti-D, siempre dentro de las primeras 72h tras la técnica. Evitará actividad física intensa durante 24 horas. En caso de presentar sangrado igual o superior a una regla, dolor abdominal intenso de tipo cólico, fiebre o pérdida de líquido amniótico (líquido transparente y a temperatura corporal) deberá acudir a urgencias.

¿Qué complicaciones pueden aparecer?

Aunque la amniocentesis es una técnica segura, existe riesgo de rotura de la bolsa de las aguas (muy raro), hemorragia vaginal materna (muy raro), infección materna (excepcional) y punción accidental del feto (excepcional) o del cordón umbilical (excepcional). Aunque el riesgo global de pérdida fetal tras una amniocentesis es del 0,5 1%, sólo en el 1/1000 de los casos la pérdida del embarazo será debida a la amniocentesis. La mayoría de los casos la pérdida de la gestación estará relacionada con el motivo por el que se le realizó la prueba.

Limitaciones de la técnica

– Puede no conseguirse extraer suficiente cantidad de líquido amniótico para analizar o bien que fracase el cultivo de las células amnióticas (0,5%). En tal caso deberá repetirse la amniocentesis

– En caso de resultado no concluyente (muy raro) podría ser necesario completar el estudio mediante la realización de otra técnica, como la punción del cordón umbilical.

– Dado que es imposible descartar todas las anomalías genéticas, un resultado normal no excluye la posibilidad de que el recién nacido pueda tener otros tipos de defectos.

¿Cuánto tarda el resultado?

En un plazo aproximado de 3-4 días laborables, podremos darle un resultado preliminar en el que se descartan las anomalías cromosómicas más frecuentes (número de cromosomas 21, 13, 18 y sexuales), lo que nos permite descartar, entre otros, el síndrome de Down. En el plazo de 3-4 semanas tendremos el cariotipo completo, es decir el mapa de los 23 pares de cromosomas. En el caso de haber realizado otras pruebas especiales, el tiempo de espera puede variar.

¿Qué otras alternativas tiene?

Optar por una amniocentesis es una decisión completamente personal. Otras alternativas incluyen:

– No hacer ninguna otra prueba y esperar al parto, realizando los estudios al recién nacido si fuera necesario.

– En determinadas indicaciones hacer un estudio de ADN-libre circulante en sangre materna (análisis de sangre). No es una prueba diagnóstica, por lo que su resultado es orientativo y en caso de alto riesgo debe confirmarse con una técnica invasiva. Sólo informa del riesgo de las alteraciones cromosómicas numéricas más frecuentes (cromosomas 21, 13 y 18). No está indicado cuando la ecografía muestra hallazgos que no son normales ya que en estos casos las alteraciones genéticas pueden ser muy diversas.

En función de la indicación, otras posibles alternativas podrían ser:

– Hacerse otro tipo de técnica invasiva como la biopsia corial (obtención de muestra de placenta a través de una punción del abdomen de la madre o de la vagina). El riesgo de pérdida fetal atribuible a la técnica es similar.

– Cordocentesis (extracción de muestra de sangre fetal del cordón umbilical)

– No hay ninguna científicamente recomendada mejor que ésta para su diagnóstico."

Dados los riesgos descritos, no cabe duda de que la información previa sobre los mismos y las posibles alternativas existentes se convierte en un elemento esencial a la hora de prestar el consentimiento informado para su realización por parte de la mujer gestante.

Los porcentajes de error de las técnicas invasivas para la detección de enfermedades en el embarazo varían según el tipo de prueba y otros factores asociados al procedimiento y a la muestra analizada. Se trata den todos los casos de porcentajes de error muy bajos

La especialización en la técnica es esencial para reducir los riesgos y garantizar el éxito de la realización de las pruebas invasivas.

> *"Es importante destacar que la curva de aprendizaje para realizar una BC con el menor riesgo es significativa (esta curva parece estabilizarse a partir de los 175 procedimientos)49, especialmente para la BC-TC y, por ello, los riesgos de estas técnicas, BC y AC, solo se igualan en centros con experiencia44,47. Esto es lo que ha llevado a algunos autores a seguir considerando que, si el grado de experiencia no es similar, la BC tiene un riesgo ligeramente superior a la AC51 (NE = Ib-A)."*[233]

Los errores más comunes en las pruebas invasivas radican en las dificultades técnicas para la obtención de la muestra que puede afectar a la calidad y cantidad de células fetales presentes en la muestra que conlleve resultados no concluyentes o insuficientes.

En el proceso de cultivo celular es posible que las células no se desarrollen adecuadamente o se contaminen, lo que afectaría a la obtención del cariotipo, dificultaría la interpretación de los resultados y podría generar errores.

En la amniocentesis en ocasiones el mosaicismo cromosómico puede llevar a interpretaciones erróneas del cariotipo fetal, especialmente si las células muestreadas no representan con precisión el cariotipo del feto en su totalidad.

El mosaicismo cromosómico es una condición genética en la cual una persona tiene diferentes poblaciones de células con composiciones cromosómicas distintas en su cuerpo. Esto significa que algunas células tienen un número normal de cromosomas, mientras que otras pueden tener aneuploidías (una alteración en el número de cromosomas) o aberraciones cromosómicas estructurales.

El mosaicismo cromosómico puede surgir de diferentes maneras durante el desarrollo embrionario. Por ejemplo, un óvulo o espermatozoide con una aneuploidía podría unirse con uno normal para formar un embrión con mosaico cromosómico. También puede ocurrir después de la fecundación, cuando se producen errores en la división celular durante las primeras etapas del desarrollo embrionario.

Cuando se realiza una prueba invasiva para obtener el cariotipo fetal, como la amniocentesis o la biopsia corial, se analizan células de la placenta o del líquido amniótico que rodea al feto. Si

[233] Grupo de trabajo de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (2013). Guía de práctica clínica: diagnóstico prenatal de los defectos congénitos. cribado de anomalías cromosómicas. Diagnóstico prenatal, 24(2):52-72. Elsevier

el mosaicismo está presente, es posible que solo algunas de las células analizadas muestren la alteración cromosómica, mientras que otras tengan una configuración cromosómica normal.

Esto puede llevar a interpretaciones erróneas del cariotipo fetal, especialmente si las células analizadas en la muestra no son representativas de la totalidad del feto. Por ejemplo, si se identifica una aneuploidía en solo algunas células, mientras que la mayoría de las células son normales, el diagnóstico podría ser confuso y no indicar con precisión la presencia de una enfermedad genética en el feto.

El mosaicismo cromosómico también puede generar resultados no concluyentes o ambivalentes en la prueba, lo que dificulta la interpretación clínica y puede requerir seguimiento adicional con otras pruebas o evaluaciones más avanzadas.

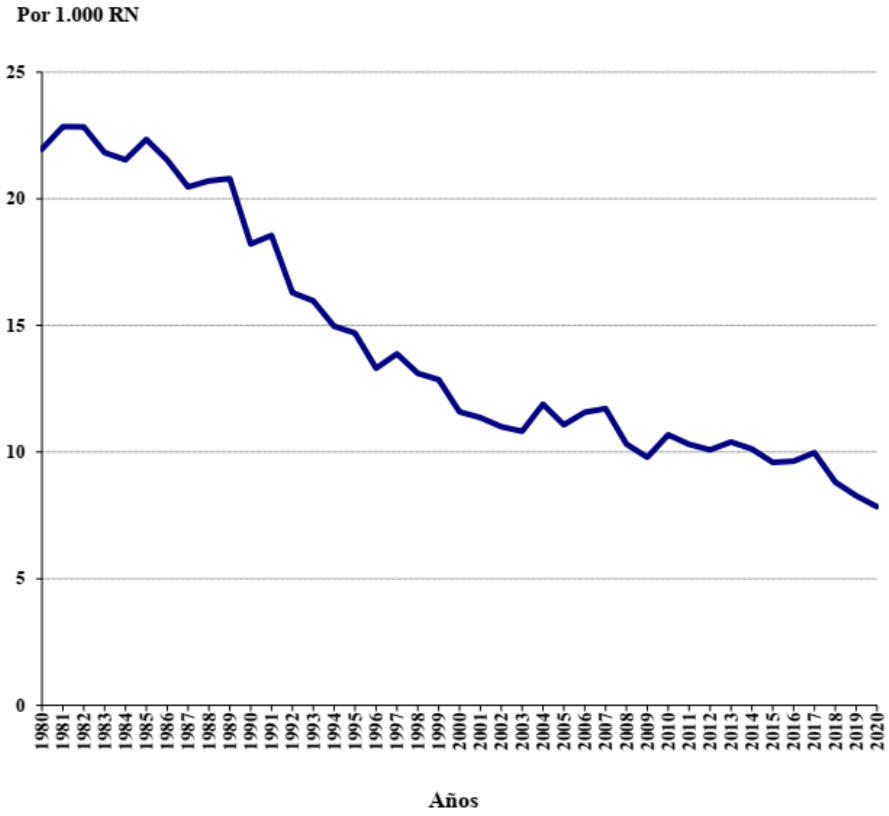
En la cordocentesis La muestra de sangre fetal obtenida puede diluirse con sangre materna, lo que podría afectar la precisión de los resultados y llevar a errores en la interpretación.

c) Avance y evolución de los protocolos de detección

Hay una relación directa y probada entre la edad materna y el riesgo de tener hijos con Síndrome de Down y se establece por la comunidad científica internacional que las madres de 35 años o más como población diana para el diagnóstico prenatal. A pesar del gran aumento en el número de gestantes de más de 35 años el número de nacimientos de bebes con síndrome de Down ha descendido de manera exponencial, tanto, que algunas publicaciones llegan a hablar de un futuro cercano sin nacimiento de niños con síndrome de Down.

El avance en las técnicas de cribado prenatal adquiere especial importancia al aumentar el número de gestantes en edad de riesgo y la necesidad de rapidez de diagnóstico para facilitar la toma de decisiones de la manera más rápida, eficaz y menos traumática posible.

Tabla XVII. Distribución anual de los recién nacidos con defectos congénitos[234]



Prueba de tendencia lineal:

$\chi^2_{Tend.}$= 4.016,21 p< 0,000001 b(0/000)= - 3,91

$\chi^2_{Desv.}$= 538,62 p< 0,000001

En la última década, la ecografía en el embarazo ha experimentado avances significativos en la detección de malformaciones. Estos avances se han centrado tanto en la tecnología de imagen como en la precisión diagnóstica.

Las mejoras en la resolución y calidad de imagen se han incrementado notablemente en los últimos años. Las máquinas ecográficas han evolucionado para ofrecer una mayor resolución y detalle, lo que facilita la detección de malformaciones fetales con mayor precisión. Hace 30 años se introdujo el postproceso en color para imágenes y posteriormente se crearon rutinas para

[234] Bermejo Sánchez, Eva (Ed.) Análisis clínico-epidemiológico de los recién nacidos con defectos congénitos registrados en el ECEMC. Distribución por etiología y por grupos étnicos. Boletín del ECEMC. *Revista de Dismorfología y Epidemiologia*. Memoria anual del año 2022, p. 2.

análisis de diagnóstico apoyado por computador. Posteriormente llegaron las ecografías de alta resolución que arrojaban imágenes mucho más precisas.

Uno de los principales cribados y mediciones realizadas en el embarazo implica la medición ecográfica de la translucencia nucal, para ello se precisa de un ecografista con experiencia suficiente, siendo imprescindible un ecógrafo de alta calidad que proporcione imágenes precisas para poder efectuar la medición. Parece evidente que cuanta más calidad de imagen se tenga, más precisa será la medición y menos errores arrojará, disminuyendo la incidencia tanto de falsos positivos como de falsos negativos.

La Ecografía tridimensional (3D) y ecografía tridimensional en tiempo real (4D) y 5D han permitido una visualización más detallada de las estructuras fetales, lo que ha facilitado la detección y evaluación de malformaciones. Además, la ecografía tridimensional en tiempo real ha proporcionado una perspectiva dinámica, permitiendo a los médicos observar el movimiento fetal y realizar una evaluación más precisa.

El Doppler color y ecocardiografía fetal ha mejorado la capacidad para evaluar el flujo sanguíneo en el feto. Esto ha sido especialmente útil en la detección de malformaciones cardíacas, ya que permite identificar anomalías en el patrón y la dirección del flujo sanguíneo. Asimismo, la ecocardiografía fetal se ha convertido en una herramienta estándar para la evaluación detallada del corazón fetal, mejorando la detección de malformaciones cardiacas.

El Doppler en las ecografías fetales es una técnica que se utiliza para evaluar el flujo sanguíneo en el feto y las estructuras circundantes. El efecto Doppler se basa en la variación de la frecuencia de las ondas sonoras reflejadas por los glóbulos rojos en movimiento, lo que permite medir y visualizar el flujo sanguíneo. Desde su descubrimiento, el Doppler en las ecografías fetales ha experimentado avances significativos. Inicialmente, se utilizaba principalmente para evaluar el flujo sanguíneo en las arterias uterinas y umbilicales, brindando información sobre la circulación placentaria y fetal. Sin embargo, con el tiempo, se ha ampliado su aplicación a otras estructuras y vasos sanguíneos, permitiendo una evaluación más detallada. Uno de los avances clave ha sido la introducción del Doppler color, que proporciona información visual sobre la dirección y la velocidad del flujo sanguíneo. Esto ha permitido una mejor identificación y evaluación de malformaciones y enfermedades asociadas al flujo sanguíneo anormal. Por ejemplo, en casos de cardiopatías congénitas, el Doppler color ha ayudado a detectar alteraciones en los patrones de flujo sanguíneo dentro del corazón fetal, lo que permite un diagnóstico más preciso. Además,

se ha desarrollado la técnica Doppler pulsado, que permite la medición precisa de la velocidad del flujo sanguíneo en un punto específico. Esta técnica ha sido útil para detectar problemas como el síndrome de transfusión feto-fetal en embarazos gemelares, donde se produce un desequilibrio en el flujo sanguíneo entre los fetos. En los últimos años, también se han aplicado técnicas más avanzadas, como el Doppler espectral y el Doppler en tiempo real, que proporcionan información detallada sobre el flujo sanguíneo en tiempo real y han mejorado la capacidad de detección de enfermedades y malformaciones.

Por último, debo comentar que la integración de la inteligencia artificial (IA), en los últimos años, se ha explorado en el análisis de imágenes ecográficas y ha demostrado ser efectiva en la detección de anomalías y ha ayudado a los médicos a identificar de manera más precisa malformaciones fetales.

Los avances tecnológicos han permitido una detección más temprana de malformaciones fetales. La ecografía del primer trimestre, combinada con pruebas de detección de marcadores bioquímicos en sangre materna, ha mejorado la capacidad para identificar anomalías cromosómicas y malformaciones estructurales.

Todo ello ha supuesto un avance considerable en la posibilidad de detectar malformaciones fetales durante la gestación generadoras de futuras enfermedades en los recién nacidos o, en la posibilidad de determinar ciertas anomalías mediante la realización de pruebas genéticas. Y este avance tan sustancial desde el punto de la ciencia médica conlleva el aumento proporcional de la obligación de medios que supone la asistencia sanitaria a la hora de detectar las posibles anomalías. Cada día el nivel de exigencia en el adecuado cumplimiento de la obligación de medios es mayor, dado el avance considerable del estado de la ciencia en este campo de prestación sanitaria, y el incumplimiento de esa obligación generará supuestos de responsabilidad civil. Ahora bien, como indiqué anteriormente, ello no debe propiciar el incremento desmesurado de la llamada medicina defensiva, sino que, en todo caso, se deben ponderar los factores concurrentes en cada supuesto con las verdaderas y justificadas necesidades asistenciales.

3.2 La relación de causalidad

El preceptivo requisito de la relación de causalidad entre los daños irrogados, tanto a los progenitores como al hijo, y la atención sanitaria dispensada plantea serias dificultades. Resulta preciso cohonestar que la acción u omisión llevada a cabo por los facultativos responsables del

adecuado control gestacional es la causante del perjuicio causado. Como ya he señalado, las patologías del feto no son consecuencia del actuar médico. Aquellas son independientes de la atención dispensada y tiene como origen causas ajenas de índole genético, cromosómico o de otro tipo. No se trata de imputar al facultativo su origen sino el hecho de no haberlas detectado a tiempo, pudiendo hacerlo, o de no haber informado convenientemente a los padres de las alternativas existentes dada la gravedad de las patologías fetales que conducirán inexorablemente al nacimiento de una persona con discapacidad o que va a sufrir determinadas patologías de carácter severo e incurable.

Las clásicas teorías sobre la causalidad no se acomodan a estos supuestos para explicar adecuadamente la relación de causalidad existente entre el error médico producido al determinar un falso negativo y los diversos perjuicios derivados de aquél.

De modo sucinto he de señalar que la teoría de la equivalencia de las condiciones considera que para que una determinada acción o conducta sea considerada la causa de un determinado resultado, dicha acción debe haber sido una condición necesaria e indispensable para la producción del resultado final. En otras palabras, el resultado no se hubiera producido de no haber ocurrido el evento en cuestión, entonces este evento es una causa equivalente del resultado.

La teoría de la equivalencia de las condiciones tiene su fundamento bajo una perspectiva temporal y de causalidad directa. Se centra en identificar qué factores o sucesos concretos y específicos contribuyeron de manera directa a la producción del resultado dañoso. Si se puede demostrar que un determinado evento o acción fue una causa sine qua non del daño, entonces se considerará que existe una relación causal entre el comportamiento del causante del daño y el resultado.

La teoría de la equivalencia de las condiciones no pretende identificar todas las posibles causas del perjuicio irrogado, sino aquellas que fueron condiciones indispensables para que aconteciera. Parte de la concepción de que multitud de factores pueden haber contribuido al resultado, pero solo se considerarán como causas aquellos que cumplan con el criterio de equivalencia de las condiciones.

Bajo la aplicación de esta teoría si se acredita que la acción del facultativo responsable del seguimiento y adecuado control de la gestación, dictaminando un falso negativo, constituye la

causa sine qua non del daño sufrido por los progenitores o el hijo, entonces se le atribuirá la responsabilidad por dicho daño. Sin embargo, si se prueba que el daño también habría ocurrido independientemente de la acción del galeno, entonces este último no será considerado causalmente responsable.

En segundo lugar, la teoría de la causalidad directa o inmediata, también conocida como teoría de la causa próxima, pivota sobre la idea de identificar la causa más inmediata y directa que provocó el resultado dañoso sin considerar otros factores o sucesos que pueden haber contribuido indirectamente al resultado no deseado.

A diferencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que busca identificar todas las condiciones que contribuyeron al resultado dañoso, la teoría de la causa próxima trata de delimitar la acción que aconteció de modo más cercano temporalmente al daño, y que provocó directamente las consecuencias. Es decir, busca la causa inmediata y directa que tuvo un vínculo directo con el daño, sin considerar otros factores más mediatos o indirectos.

Según esta teoría se trata de analizar la cadena de acciones que produjeron el resultado lesivo, tratando de identificar cuál fue, de entre aquellas, la causa más inmediata y directa que provocó el daño. Si se puede demostrar que un determinado acto o evento fue la causa próxima del daño, entonces se atribuirá la responsabilidad a la persona o institución que llevó a cabo esa acción o evento.

Sin embargo, resulta importante destacar que, estos supuestos de falsos negativos presentan en ocasiones gran complejidad, pudiendo intervenir de modo sucesivo diversos o múltiples factores o acciones que coadyuven todos ellos a la producción del daño, y la aplicación exclusiva de la teoría de la causalidad directa puede no ser suficiente para determinar la responsabilidad de manera eficiente.

En tercer lugar, la teoría de la causa eficiente, también denominada teoría de la causalidad adecuada se centra en identificar la causa que, en términos prácticos, es la que más contribuyó de manera efectiva y significativa a la generación del daño.

A diferencia de la teoría anterior, que se centraba en encontrar la causa más inmediata y directa causante del daño, la teoría de la causa eficiente busca determinar cuál de todas las acciones concurrentes fue la que, en puridad, produjo el resultado dañoso de manera preponderante. Es decir, trata de determinar cuál fue la causa que verdaderamente generó el impacto más

significativo en la producción del daño, sin importar si esta causa fue la más próxima en el tiempo o si hubo otros factores que también contribuyeron a la producción del daño.

La teoría de la causa eficiente implica una valoración de la relevancia que cada acción tiene en la producción del resultado definitivo, teniendo en cuenta diversos factores como la proximidad temporal, la relación de causalidad directa, la capacidad de previsibilidad del daño, la importancia y el nexo causal entre la acción y el daño. Pretende identificar qué acción tuvo un papel decisivo en la producción del daño y cuál fue la que, de manera más adecuada, dio lugar a la lesión o perjuicio. Al igual que la anterior su aplicación tampoco resuelve la causalidad en un ámbito en el que, en reiteradas ocasiones, será un conjunto de factores los que provoquen los perjuicios irrogados a los progenitores y al hijo.

Por último, la teoría de la causalidad exclusiva, también conocida como "causa única" o "causa exclusiva". Con arreglo a la misma solo existe una acción causante del daño. Según esta teoría, no puede existir más de una causa que contribuya a la producción del daño y de concurrir más acciones se deben descartar por irrelevantes al no tener una influencia directa en la producción del daño.

Esta teoría busca simplificar la atribución de responsabilidad en casos en los que el resultado dañoso puede ser atribuido a una sola causa clara y determinante. De este modo, pretende identificar una causa que sea suficiente por sí sola para haber generado el resultado dañoso, sin necesidad de tomar en consideración otras acciones concurrentes o contribuyentes a la producción del daño.

Sin embargo, en estos supuestos, en numerosas ocasiones se presentan diversas situaciones donde existen múltiples factores que contribuyen a la producción de los daños, acciones que incluso pueden imputarse a diversos sujetos intervinientes. En puridad, analizando los supuestos resueltos judicialmente, en la relación de los hechos se observa que, en la mayoría de los supuestos, el daño es fruto de una combinación de causas y acciones sucesivas, y resulta tremendamente complejo atribuir la responsabilidad exclusiva a una sola causa en la producción del daño. De hecho, en gran cantidad de supuestos de diagnósticos erróneos por falsos negativos, lo que ocurre es una concatenación de acciones que genera la correspondiente distribución de cuotas de responsabilidad.

Como señala Vicandi Martínez[235] :

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

En estos supuestos de error en el diagnóstico prenatal o de ausencia de información suministrada a los progenitores, surge el desafío de establecer la relación causal entre dicho error y las decisiones que hubiera tomado la madre en caso de haber conocido la enfermedad del feto. Generalmente, la madre suele argumentar que, si hubiera sido informada sobre la enfermedad congénita del feto, hubiera optado por interrumpir el embarazo. Sin embargo, la dificultad radica en demostrar la relación de causalidad, ya que la prestadora de la asistencia sanitaria, entidad pública o privada, suele argumentar que no se puede afirmar con certeza que la madre hubiera tomado la decisión de abortar de haber tenido conocimiento de la enfermedad del feto. En otras palabras, la elección de la madre es una hipótesis, no una certeza absoluta. Si no se puede demostrar de manera concluyente que la madre hubiera optado por el aborto, no se puede establecer que la única causa de los daños sea la actuación negligente del médico. En términos jurídicos, se podría concluir que la relación de causalidad entre la conducta negligente del médico y el resultado del nacimiento de un niño enfermo, debido a la imposibilidad de realizar el aborto, se encuentra cuestionada o, al menos, influenciada por la supuesta decisión de la madre. Al analizar más adelante la jurisprudencia del Tribunal Supremo se observará la invocación que se hace a la doctrina de los cursos causales no verificables y su aplicación. La citada doctrina, también denominada doctrina del curso hipotético de los acontecimientos, tomada de la jurisprudencia norteamericana, establece una especie de presunción legal que simplifica la carga probatoria al inferir que la madre, al someterse a un examen prenatal, no solo buscaba conocer el estado de salud del feto, sino también actuar, en consecuencia, en función de la información obtenida. En estos supuestos, resulta complicado la obtención de prueba directa y concluyente sobre cómo se hubieran desarrollado los acontecimientos si no hubiera acontecido la negligencia médica durante el control del estado gestacional. De este modo, se apela a un escenario hipotético para concluir que hubiera ocurrido si esa negligencia médica no hubiera acontecido.

De conformidad con Berrocal Lanzarot[236]*:*

[235] Vicandi Martínez, Arantzazu: "El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente". *REDS* núm. 3 septiembre-diciembre 2013, p. 54
[236] Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, op. cit., p 6

> *"Tal cuestión opera en el ámbito de los cursos causales no verificables usado por la jurisprudencia norteamericana en casos de errores en el diagnóstico prenatal que, sobre la base de una causalidad hipotética, se ha de determinar primero si la culpa del médico fue causa de que la madre no hubiera podido abortar y después ha de establecerse el segundo curso causal, esto es, si hallándose la madre en la posibilidad física legal de abortar, lo habría hecho"*

Esta doctrina se muestra especialmente útil para abordar estos casos en los que la relación de causalidad entre la negligencia médica y el daño es compleja o no puede ser verificada de manera directa. En situaciones donde resulta imposible determinar con certeza cómo hubiera actuado la madre de haber tenido información precisa, se presume que, al buscar información sobre la salud del nasciturus, también estaba considerando tomar decisiones en consecuencia. Se trata de acomodar la falta de información suficiente a la decisión no adoptada, interrupción voluntaria del embarazo, por imposibilidad y desconocimiento de la situación real.

La aplicación de los cursos causales no verificables permite simplificar la prueba en estos supuestos de responsabilidad médica relacionados con el conocimiento prenatal o más bien con la falta de conocimiento de la situación real prenatal. Al asumir que la madre no pudo actuar de acuerdo con la debida información que no le fue proporcionada en los resultados del examen, se evita la necesidad de demostrar en detalle cómo el médico negligente influyó directamente en la decisión final de la madre respecto a la continuidad del embarazo.

En resumen, esta construcción doctrinal proporciona una solución práctica y razonable para abordar casos donde la prueba de la relación causal puede resultar extremadamente compleja o imposible de obtener, y al mismo tiempo, asegura que la responsabilidad médica sea debidamente considerada en situaciones relacionadas con la salud prenatal.

Hay autores como Alonso Parreño[237] que consideran que cuando la acción es ejercitada por la madre:

> *"parece unánime exigir como elemento necesario, pero no suficiente, no sólo el que ella pudiera haber abortado legalmente, sino que, además, es imprescindible que "declare que lo habría hecho", lo que introduce un doble razonamiento a realizar entre la conducta culposa del médico y el desenlace, de forma que hay no uno sino dos problemas de relación de causalidad".*

[237] Alonso Parreño, Mª José, op. cit, p.12

De Angel Yaguez[238] sostiene que:

> *"la decisión de la madre es una hipótesis, no una certeza, por lo que la relación de causalidad entre la conducta negligente del médico y el resultado (nacimiento de un niño enfermo, por no haberse podido acudir al aborto) se halla mediatizada por una supuesta decisión de la madre".*

Macía Morillo[239] considera que en las acciones *wrongful life* concurre la inexistencia de relación de causalidad entre la conducta del médico y los perjuicios reclamados, pues:

> *"es innegable que tales malformaciones existen y que, con seguridad, de ellas deriva el perjuicio del niño, pero su existencia no se debe al comportamiento del profesional que no las detectó o no las puso de relieve frente a los progenitores; falla, pues, aquí la relación de causalidad entre el daño y el comportamiento del profesional sanitario"*

A lo que García Huayama[240] añade que:

> *"Asimismo, tampoco se puede sostener que el daño ocasionado al hijo demandante consiste en haberle privado la facultad de interrupción voluntaria del embarazo, en tanto que dicha facultad se atribuye estrictamente en virtud de los intereses de la gestante y no en atención al nasciturus".*

Bercovitz Rodríguez-Cano[241] se muestra contrario a la aplicación de la doctrina de los cursos causales no verificables que permite construir de forma artificial el nexo causal. Estima que es prácticamente imposible conocer cuál sería la reacción de una persona ante una circunstancia tan impactante, como la de optar entre interrumpir el embarazo o continuar con la gestación.

Martín Casals y Solé Feliu[242], consideran, que dado que la cuestión entra de lleno en la causalidad hipotética resulta de aplicación la doctrina alemana de la conducta alternativa conforme a derecho:

> "*De acuerdo con la definición que ofrece Koziol, un daño no es imputable a su causante si, de haber actuado él mismo conforme a derecho, se hubiera producido el mismo tipo de daño y en su misma extensión. De este modo, una omisión es causa de un daño determinante de responsabilidad si la realización de una concreta conducta positiva hubiera evitado la producción del resultado, y tal conducta hubiera sido posible (véase por todos, Helmut Koziol, Österreichisches*

[238] De Angel Yaguez, Ricardo. "La quinta sentencia del Tribunal Supremo español en un caso de wrongful birth: se puede decir ya que existe una jurisprudencia en la materia"., en *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, Tomo II, Idemsa, Lima, 2010
[239] Macía Morillo, Andrea, op. Cit., (1), pp. 167-206, julio del 2009
[240] García Huayama, Juan Carlos, op. cit., p.16
[241] Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo: "Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002", en Cuadernos de Civitas de jurisprudencia civil, núm. 59,2002, pp. 857-86.
[242] Martín Casals, Miquel y Solé Feliu, Josep, op. Cit., p. 8.

> *Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 3. A., Wien, Mainz, 1997, Rz 8/60, pp. 270-272). Aplicada a los supuestos de wrongful birth, esa doctrina afirmaría que, a pesar de su omisión negligente, el médico no será responsable si se demuestra que, de haber proporcionado de forma diligente la información adecuada, la madre gestante tampoco habría abortado".*

Ahora bien, según los citados autores, recae sobre el facultativo responsable de la conducta negligente la carga de probar que, en el supuesto de que la mujer gestante hubiera conocido las deficiencias fetales hubiera decidido continuar con la gestación y propiciar el nacimiento.

Como he indicado anteriormente, resulta sumamente complejo desde el punto de vista de la necesaria concurrencia de la relación de causalidad, atribuir a la privación a los progenitores de la facultad de elección entre la práctica del aborto y la continuidad de la gestación, los perjuicios irrogados como consecuencia de los gastos de carácter extraordinario (daños patrimoniales) derivados de la situación de discapacidad del niño con todo lo adicional que ello supone en relación a la crianza de un hijo sano.

El vínculo causal entre la privación de la facultad de decidir y el daño moral parece evidente, pero en lo que respecta a los efectos económicos de la discapacidad del niño, la situación se torna más compleja. Es importante tener presente que las malformaciones del niño no son resultado de una acción médica, sino que son condiciones congénitas incurables, y el hijo habría nacido con ellas de todas formas, independientemente de las acciones del médico.

Esta perspectiva nos coloca en un terreno delicado, ya que, si bien, al menos en el ejercicio de acciones *wrongful birth*, no se busca indemnizar directamente la vida del hijo o sus lesiones, se plantea la posibilidad de compensar de alguna manera las consecuencias económicas derivadas de estas malformaciones. En otras palabras, se estaría considerando una indemnización por los costos y gastos adicionales que conlleva criar y cuidar a un niño con discapacidad, costes derivados directamente del hecho de su nacimiento.

Como indica Elizari Urtasun[243]:

> *"¿cabe sostener que los padres sufren un daño patrimonial formados por estos gastos extraordinarios y negar que el hijo sufra ningún daño?".*

[243] Elizari Urtasun, Leyre, op. cit. p. 155.

Repárese en diversas situaciones que pueden acontecer durante la vida de la persona con discapacidad. Por ejemplo, que sus padres fallezcan y deba hacer frente el mismo a esos gastos de carácter extraordinario, los cuales se seguirán produciendo, aunque cuente con las necesarias medidas de apoyo de conformidad con lo dispuesto en los arts. 249 y ss. del Código Civil.

En ambas acciones, *wrongful birth* y *wrongful life*, resulta requisito esencial que el niño nazca con patologías, deficiencias o limitaciones graves e incurables. En este contexto, lo que se busca es la reparación del daño que implica nacer con estas condiciones, responsabilizando al facultativo encargado del adecuado seguimiento de la gestación que no proporcionó la información adecuada sobre el estado de salud del niño o que no efectuó las adecuadas pruebas diagnósticas según el estado de conocimiento de la ciencia médica o que efectuó una interpretación incorrecta de sus resultados.

La perspectiva general y mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia se basa en la premisa de que la vida por sí sola no puede ser considerada como un daño, pero en determinadas circunstancias especiales, como aquellas que abocan a situaciones extremadamente difíciles, es posible que se configure como un daño desde el punto de vista de la persona que las padece. En este contexto surge la reflexión sobre si además del daño generado a la madre gestante por la privación de la facultad de abortar, surge el cuestionamiento sobre si el daño se produce por la lesión del derecho a no nacer, o más bien, por nacer de determinado modo y manera.

Este argumento parte de la idea de que todo ser humano tiene el derecho a no nacer en situaciones en las que el futuro ser humano sufriría de enfermedades o padecimientos que harían su vida insoportable. Desde esta perspectiva, la existencia misma del niño con discapacidad se consideraría un daño, ya que se le habría privado del derecho a no enfrentar condiciones de vida extremadamente difíciles y dolorosas.

Es importante tener en cuenta que esta cuestión plantea indudables debates éticos y legales complejos. Por un lado, está el derecho a la información y la responsabilidad del profesional de la salud en proporcionarla adecuadamente. Por otro lado, se encuentra la delicada cuestión de determinar si la existencia del niño con discapacidad en sí misma puede considerarse un daño. En la intersección de estos aspectos, se busca encontrar una solución justa y equitativa que considere tanto los derechos y responsabilidades de los padres como el bienestar y los derechos del niño con discapacidad.

Se señalaba al respecto como contradicción al citado derecho a no nacer que el mismo se encuentra en clara contraposición con el art. 15 CE que consagra el derecho a la vida, el cual no implicaba el derecho a la muerte. Y precisamente la negación de la existencia de un derecho a la propia muerte suponía la correlativa negación del derecho a no nacer, actuando como si se tratase de las dos caras de la misma moneda. Ahora bien, ante esta tesitura surgen dos cuestiones sumamente importantes, partiendo del dato de que el valor de la vida se presenta en nuestro ordenamiento jurídico como un valor relativo no absoluto. Siguiendo a Macía Morillo[244]:

> "*Ahora bien –y aquí entramos en el segundo de los problemas apuntados–, ¿con qué valor se establece la vida en nuestro Ordenamiento?, ¿con un valor absoluto e indiscutible, como pretenden los detractores de estas acciones de responsabilidad, o no tan absoluto e inatacable? Parece que hay que decantarse más bien lo segundo que lo primero; si se estudia el tratamiento que recibe el bien vida en el Ordenamiento, se observa que su protección sufre ciertas relativizaciones en la mayoría de los ordenamientos, incluido el nuestro (v. gr., la legítima defensa y el estado de necesidad), relativizaciones que se manifiestan también respecto a su disponibilidad por parte de su propio titular (v. gr., no penalización del suicidio). Se trata de opciones de política legislativa, algunas de ellas largamente asentadas –otras aún discutidas–, que demuestran que, jurídicamente, el derecho a la vida, como todo derecho, no es absoluto*".

La primera de ellas se refiere a los efectos que tiene el reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico del derecho a morir dignamente, reconocido en la LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. La adecuada compatibilidad entre el derecho a la vida y a la integridad física y moral con la adecuada garantía de bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona, la libertad, su integridad moral o el adecuado respeto a la autonomía de su voluntad. A mi juicio, el objetivo de la LO 3/2021 se centra en garantizar el respeto por la autonomía y la voluntad de aquellas personas que enfrentan una situación de sufrimiento extremo y sin posibilidad de mejoría. Específicamente, se busca establecer un marco normativo para permitir que las personas en condiciones de padecimiento grave, crónico e incapacitante, o que sufren de una enfermedad grave e incurable, puedan tomar una decisión sobre el fin de su propia vida en un contexto de eutanasia.

En este contexto eutanásico, la atención se enfoca en brindar a las personas el derecho a elegir poner fin a su vida de manera voluntaria y asistida. Esta decisión se toma en situaciones en las

[244] Macía Morillo, Andrea, op. cit., (2), p. 88

que el sufrimiento experimentado resulta insoportable y no puede ser aliviado mediante medios considerados aceptables por el individuo.

La legislación vigente busca abordar cuestiones éticas y legales complejas que involucran el derecho a la vida y la autonomía personal. Se reconoce el derecho de las personas a tomar decisiones fundamentales sobre su propia vida, incluso cuando estas decisiones involucran poner fin a la vida en condiciones específicas y bajo estrictas salvaguardias legales y médicas.

Debo destacar que el propósito de esta legislación no es promover la eutanasia indiscriminadamente, sino proporcionar una opción a aquellos individuos que enfrentan una situación excepcionalmente difícil y desesperada, en la que la calidad de vida ha sido gravemente afectada por el padecimiento y el sufrimiento insoportable. La normativa busca establecer un marco regulador que garantice la dignidad y el respeto por las decisiones personales en estas circunstancias excepcionales.

Y en este mismo contexto cabe preguntarse si esas mismas personas que ostentan el derecho a una "buena muerte" como expresa el Preámbulo de la Ley, no ostentan igualmente el derecho a no nacer en esas mismas condiciones que llevan padeciendo desde el mismo momento de su nacimiento y que, al menos en un porcentaje elevado, se vio imposibilitado por la acción negligente del facultativo responsable del seguimiento del estado gestacional que, con su acción u omisión, privó la facultad de interrumpir el embarazo.

La segunda de las cuestiones intenta evitar la problemática derivada del hecho de que una persona no puede ser titular de derechos sino desde el mismo momento de su nacimiento una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 29 CC. cuando señala que el nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables. Recordemos a estos efectos que la STC 44/2023 ha llegado a la conclusión de que, si bien el nasciturus representa un bien jurídico protegido, no puede ser considerado titular del derecho a la vida establecido en el artículo 15 CE ni de ningún otro derecho fundamental. La titularidad de dichos derechos está reservada exclusivamente a las personas nacidas, es decir, a aquellos individuos que ya han venido al mundo y han adquirido personalidad jurídica. En virtud de esta interpretación, hay que considerar que el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010 no vulnera los derechos proclamados en los artículos 14, 15, 43 y 49 de la Constitución Española. Esto se debe a que el feto en sí mismo, como entidad prenatal, no es considerado titular de los derechos establecidos por estos preceptos constitucionales, ni de aquellos que se deriven de forma directa o indirecta

de los mismos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha establecido que el marco normativo y los derechos protegidos por la Constitución Española se aplican exclusivamente a las personas ya nacidas, dejando fuera de su ámbito de protección jurídica a los fetos y la vida prenatal en sí misma considerada. Esta interpretación se fundamenta en la distinción entre el estatus jurídico de las personas que han venido al mundo y aquellos seres que aún no han nacido y no poseen personalidad jurídica.

En concordancia con esta interpretación, si consideramos que el nasciturus no posee el derecho a la vida en el sentido jurídico expuesto, tampoco puede ser titular del derecho a no nacer. Ahora bien, si se enfoca la problemática no desde el punto de vista estrictamente negacionista sino en positivo quizás el argumento y la conclusión a obtener puede verse alterada. Se trata de enunciarlo en positivo, dada la dificultad de argüir en favor de la existencia de un pretendido derecho a no nacer. Me refiero al derecho a nacer sano. Si hoy en día se ostenta el derecho a morir dignamente al sufrir determinados padecimientos en un contexto eutanásico, esos mismos padecimientos que se sufren indirectamente por la negligencia médica, si bien no justifican tampoco la existencia de un pretendido derecho a nacer sano que supuestamente se ha vulnerado, si justifican, a mi juicio, el surgimiento de la acción de responsabilidad frente al facultativo responsable no de su generación sino de su evitación.

Permítanme explicarlo con mayor detalle. Parto de la premisa y acepto la doctrina constitucional de que solo cuando uno adquiere personalidad jurídica con el nacimiento es titular de derechos, como el derecho a la vida, la integridad física o el derecho a una muerte digna. Al aceptar esta premisa, se entiende que previo al nacimiento no se tiene derecho a la vida ni a no nacer. El artículo 15 de la Constitución Española no reconoce tampoco el derecho a nacer sano en todo caso, y es evidente que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la vida en todas sus dimensiones.

Asimismo, tampoco se tiene derecho a nacer sano, aunque es innegable que el sistema de salud en su conjunto debe preservar y tomar las medidas adecuadas para asegurar que así sea. No me refiero a casos en los que los facultativos sean los causantes directos de las patologías futuras que padecerá la persona, ya que en esos casos el tratamiento jurídico y la respuesta del Derecho serían diferentes. Como bien sabemos, en esas situaciones, la actuación médica sí genera o provoca las anomalías fetales.

Sin embargo, en el escenario que estamos considerando, la actuación médica no causa directamente las anomalías fetales, sino que su negligencia ha provocado que no se evite el nacimiento de una persona que experimentará ciertos padecimientos durante toda su vida. El médico, en el momento oportuno y en clara infracción de sus deberes, no informó adecuadamente a la madre gestante sobre la problemática existente y las posibilidades de evitar el nacimiento de una persona que se enfrentará a graves sufrimientos a lo largo de su vida.

Ante esta situación, el Derecho no puede ni debe mantenerse indiferente. El directamente afectado por esa negligencia, en circunstancias similares a las que justifican el derecho a tener una muerte digna, es precisamente el niño que padecerá esos sufrimientos. Sin embargo, paradójicamente, se le priva de legitimación para emprender cualquier acción resarcitoria contra el facultativo o el sistema de salud que, de manera negligente y culposa, incumplió con su deber de brindar una adecuada información y diagnóstico y, a la postre evitar el sufrimiento futuro.

Con el nacimiento del niño que sufre esos padecimientos surgen la mayoría de los perjuicios hasta ese momento ignorados o ausentes. Salvo los relativos a la vulneración del derecho a la libre elección entre el aborto y la continuidad de la gestación y la vulneración del derecho a recibir adecuada información que asiste a los padres, el resto de los perjuicios surgen en el momento del nacimiento tanto los de tipo moral como los estrictamente patrimoniales. Y las consecuencias de esos perjuicios en la mayoría de los supuestos quien las padece es precisamente el sujeto al que se priva de la posibilidad de accionar. Como indica Pantaleón Prieto[245]: *"Las consecuencias se producirán cuando quien las sufre, o sufrirá, tiene ya personalidad jurídica y puede ser titular de pretensiones indemnizatorias"*.

La conducta del profesional de la salud durante el periodo prenatal puede sentar las bases para un daño que se materializará después con el nacimiento del niño. En otras palabras, el nacimiento del niño es el evento crucial que activa la acción de *wrongful life*, aunque el daño en sí se manifiesta y se hace evidente una vez que el individuo ha nacido.

El *wrongful life* es una compleja cuestión jurídica que involucra el análisis de la responsabilidad del profesional de la salud por su conducta negligente o inadecuada durante el periodo de gestación. La negligencia o falta de información adecuada por parte del médico puede llevar al

[245] Pantaleón Prieto, Fernando., op. cit. (3)

nacimiento de un niño con condiciones de salud graves o incapacitantes, que se manifiestan una vez que el niño ha nacido y comienza a vivir fuera del seno materno.

En este contexto, es fundamental entender que la acción de *wrongful life* se basa en la idea de que el nacimiento del niño es el elemento clave que desencadena el daño, pero es durante el periodo prenatal donde se establecen las circunstancias que dan lugar a ese daño. Es en ese momento previo al nacimiento donde se presenta la omisión o negligencia por parte del profesional de la salud, lo que conduce a que el niño nazca con condiciones médicas adversas. Una vez que el niño ha nacido, se manifiestan los efectos del daño que se originó durante el embarazo, afectando a la vida del niño y su desarrollo futuro. Por tanto, la acción de *wrongful life* se centra en la determinación de si el profesional de la salud tuvo un papel determinante en la aparición de las condiciones médicas del niño y, en caso afirmativo, en qué medida.

En resumen, el *wrongful life* plantea un desafío legal y ético al abordar la responsabilidad del profesional de la salud en la aparición de graves trastornos durante el periodo prenatal. Aunque el nacimiento del niño es el elemento desencadenante del daño, es durante el embarazo donde se gestan las condiciones que afectarán la vida del niño una vez que ha nacido. La acción de *wrongful life* busca esclarecer si la conducta del profesional de la salud contribuyó de manera significativa a las condiciones de discapacidad del niño y, en consecuencia, a las dificultades y desafíos que enfrentará en su vida futura, es decir, al surgimiento de una vida injusta.

La existencia de nexo causal entre el actuar del profesional sanitario y el daño reclamado (el nacimiento) no está completamente exenta de incertidumbre. Desde una perspectiva jurídica, se puede establecer este enlace en dos momentos: uno entre la conducta del facultativo y el "falso negativo" y otro entre este último y el nacimiento del niño. El diagnóstico erróneo, priva a los progenitores de la posibilidad de tomar decisiones informadas sobre el embarazo, lo que evita que se interrumpa el proceso de gestación y, por ende, conduce al nacimiento.

Como ya he indicado, la normativa sobre la interrupción del embarazo busca directamente proteger los intereses de la gestante o los progenitores, en lugar del interés del niño de no nacer. Por tanto, y dado que la imputación objetiva del daño se basa esencialmente en el criterio del fin de protección de la norma, el daño que supone la vida del niño no puede ser objetivamente atribuido al profesional sanitario, cuya conducta impidió a los progenitores ejercer su facultad de abortar o su libertad de procreación.

La principal dificultad en la configuración de la acción por *wrongful life* vía responsabilidad civil radica, por tanto, en la determinación de la relación de causalidad. La pretensión indemnizatoria del hijo se centra en que el profesional sanitario impidió a los progenitores interrumpir el embarazo, lo que lesionó sus intereses. Sin embargo, como digo, en nuestro sistema legal, la facultad de abortar y la libertad de procreación están diseñadas para proteger los intereses de los progenitores, y no el interés del niño de no nacer.

Cuando más adelante analice la jurisprudencia del Tribunal Supremo se observará como el Alto Tribunal pese a que emplea en algunas de sus sentencias la expresión "pérdida de oportunidad de abortar", en puridad, no aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad, "*perte de la chance*" en terminología francesa de tanto predicamento en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. La aplicación de la citada teoría a estos supuestos plantea una serie de interrogantes y problemas. Como señala Diez-Picazo[246], si se identifica el aborto como un beneficio perdido por la madre gestante, inexcusablemente el nacimiento tiene la consideración de daño. Por otra parte, la oportunidad pérdida sobre la que se basa esta teoría se presenta como un posible suceso no acontecido favorable para el perjudicado pero independiente de su voluntad. En cambio, considerar que si lo que se reclama es la oportunidad pérdida por no haber podido abortar de modo legal, la decisión siempre pivotara sobre mujer gestante sin que dependa de un hecho ajeno de tercero o del azar. Incluso en aquellos casos en que el facultativo responsable del seguimiento de la gestación no traslada a la madre la conveniencia de realizar determinada prueba diagnóstica y aparece un hecho sobre el que la gestante carece del control y que puede suponer una eventualidad con relación a la decisión de interrumpir el embarazo, Sánchez González[247] considera que:

> *"Pese a ello, consideramos que debe matizarse que aunque la madre no tenga control sobre el resultado de la prueba, sí que lo tiene sobre la decisión de someterse a ella, por lo que, a mi parecer, no nos encontraríamos ante un verdadero supuesto de pérdida de oportunidad".*

Ahora bien, en el ámbito del ejercicio de acciones *wrongful life* la aleatoriedad sí que está presente, ya que la decisión de interrumpir el embarazo no depende de la decisión del hijo que es quien ejercita la acción, sino que depende de la libérrima voluntad de un tercero, en este caso su madre

[246] Díez-Picazo Giménez, Gema., "La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil", *La Ley*, 1998, 3, D-168, pp. 1700-1710
[247] Sánchez González, Margarita: "El tratamiento jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por wrongful birth", *RJUAM*, n.º 37, 2018-I, p. 478

gestante, existiendo en muchas ocasiones un porcentaje de probabilidad de que hubiera optado por la interrupción del embarazo de no existir contundentes evidencias probatorias en uno u otro sentido. Por esta razón la teoría de la causalidad probabilística materializada en la doctrina de la pérdida de oportunidad sí resulta aplicable en el ejercicio de las acciones *wrongful life*.

3.3 Plazo de ejercicio de la acción

Debemos distinguir si se ejerce la pretensión indemnizatoria con base en la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato en virtud del art. 1101 CC[248] o sobre la base de la inexistencia de un contrato en virtud de la llamada responsabilidad civil extracontractual prevista en el art. 1902 CC.

Si se trata del ejercicio de una acción civil de reconocimiento del derecho a una indemnización de daños y perjuicios en caso de responsabilidad contractual el plazo del ejercicio de la acción es de cinco años de conformidad con lo dispuesto en el art. 1964.2[249] CC.

En el supuesto de articular la pretensión indemnizatoria al margen de la existencia previa de un contrato (responsabilidad civil extracontractual), el art. 1968.2 CC dispone que prescribe por el transcurso de un año la acción para exigir la responsabilidad por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el art. 1902, desde que lo supo el agravado.

En el supuesto de que la pretensión indemnizatoria se solicite en vía administrativa, dado que la prestación sanitaria se dispensó por una entidad pública, la acción se ejercerá en el plazo de un año a computar de conformidad con lo establecido en el art. 67[250] de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, mediante la formalización de la correspondiente solicitud de indemnización o, de oficio por la propia administración sanitaria, siempre que no haya transcurrido el citado plazo de prescripción.

[248] Art. 1101 CC: "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas".
[249] Art. 1964.2 CC: "Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan".
[250] Art. 67.1 Ley 39/2015: "Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas".

Ya sea la acción civil o la administrativa la que se ejerza, el plazo de un año se comienza a computar (dies a quo), según la jurisprudencia[251] con base en la teoría de la *actio nata*, a partir del momento del diagnóstico de la patología que suele coincidir con el nacimiento de la persona.

Importante resulta conocer que la interposición de una diligencia preliminar en un juzgado civil para la obtención de la historia clínica no es suficiente para interrumpir el plazo de prescripción de un año ni tampoco la presentación de un simple escrito con la finalidad de interrumpir la prescripción, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2022 (rec. 5031/2021)[252].

Una vez presentada la reclamación y transcurrido el plazo de 6 meses, si la administración sanitaria no resuelve expresamente, se entenderá desestimada por silencio administrativo en aplicación de lo dispuesto en los arts. 24.1[253] párrafo segundo y 91.3[254] de la Ley 39/2015. Contra la resolución desestimatoria, ya sea expresa o presunta, los interesados, progenitores o hijo, podrán interponer recurso contencioso-administrativo. Se tratará de un litigio en el que serán

[251] STS, Sala 3ª, de 8-10-2012, rec. 6290/2011, FJ 3º: "Bien es cierto también que la Jurisprudencia de la Sala referida a la indemnización del daño en casos referidos a la no detección de patologías fetales, como el presente se encuentra ya perfectamente consolidada desde la sentencia de veintiocho de septiembre de dos mil , seguida por otras posteriores como es el caso de la sentencia de cuatro de noviembre de dos mil ocho y la de dieciséis de junio de dos mil diez , a la que debemos añadir la de veintisiete de octubre de dos mil diez, recurso 4798/2007 . Hemos claramente establecido que no es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo -perdida de oportunidad-, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado, en aquellos casos con síndrome de Down. Inexcusablemente ambos -daño moral y daño patrimonial- deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño (artículo 141. 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Pero en el presente caso, la materialización del daño con sus gravísimas consecuencias se materializa en el momento del diagnóstico de la infección congénita por toxoplasmosis que da lugar a una encefalopatía severa derivada, cuya grave realidad es innegable sin que la constatación concreta de hasta dónde van a llegar las limitaciones del bebé vaya a suponer la transformación del daño en continuado por más que los efectos se perpetúen en el tiempo".

[252] Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2022 (rec. 5031/2021): "De conformidad con las sentencias que se acaban de recoger (en especial, SSTS de 2 de marzo de 2011 -recurso de casación núm. 1860/2009- y 16 de diciembre de 2011 -recurso de casación núm. 2599/2007-
debemos llegar a los siguientes pronunciamientos:
(I) la interposición de una diligencia preliminar para la obtención de la historia clínica no constituye una
acción idónea a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de la actuación sanitaria.
(II) la presentación de un escrito limitado a comunicar la intención de interrumpir la prescripción mediante su presentación al amparo del artículo 1973 del Código Civil no puede determinar dicha interrupción en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de la asistencia sanitaria, al no ser acción idónea para ello".

[253] Art. 24.1 párrafo segundo Ley 39/2015: "El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas".

[254] Art. 91.3 Ley 39/2015: "Transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento sin que haya recaído y se notifique resolución expresa o, en su caso, se haya formalizado el acuerdo, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular".

partes los reclamantes bien los progenitores o alguno de ellos en su propio nombre y derecho, o, también en representación de su hijo menor, y la administración sanitaria correspondiente encargada de la asistencia sanitaria a quien se imputa el daño causado. Eventualmente, en el supuesto de que el riesgo sanitario este cubierto también será parte codemandada la compañía de seguros en aplicación del art. 21.1.c)[255] LJCA. Ahora bien, en este proceso no existe la obligación de emplazar a los facultativos responsables directos de la asistencia sanitaria que, en puridad, son los que supuestamente incumplieron la *lex artis* con su falso negativo o su omisión de información. Y ello, pese a que en los supuestos de que la administración sanitaria sea condenada al abono de indemnización de daños y perjuicios pueda repetir contra aquellos, mediante el ejercicio de la acción de regreso contemplada en el art. 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, en los supuestos de que aquellos hubieran actuado con dolo, culpa o negligencia graves a la hora de efectuar el correspondiente diagnóstico prenatal.

La STC 15/2016[256] trata esta cuestión alcanzando unas conclusiones sumamente interesantes. Aborda la cuestión relativa a si el empleado público que actuó directamente en la prestación de un determinado servicio público, cuya actuación ha provocado un daño en el particular, ostenta o no legitimación pasiva para ser parte en el proceso de responsabilidad patrimonial contra la Administración, dada la concurrencia o ausencia de interés legítimo.

En este sentido, se debe partir de una premisa fundamental: el proceso de responsabilidad patrimonial no tiene como objetivo determinar la eventual responsabilidad del empleado público que haya participado en la producción del daño en sentido amplio, sino la responsabilidad objetiva de la Administración por el funcionamiento normal o anormal del servicio público, tal como se establece en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

[255] Art. 211 Ley 29/1998, de 29 de abril, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Se considera parte demandada:
a) Las Administraciones públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso.
b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.
c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.

[256] STC 15/2016, de 1 de febrero, Sala Segunda (BOE NÚM. 57, de 7 de marzo de 2016), resolutoria del STC 15/2016. Sala Segunda. Sentencia 15/2016, de 1 de febrero de 2016 (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2016), resolutoria del recurso de amparo núm. 7465-2014 promovido contra el Auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de octubre de 2014, que declara la inadmisión del recurso de apelación contra el previo Auto de 4 abril de 2014 que, a su vez, inadmite la legitimación del demandante de amparo para recurrir la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña 284/2013, dictada en procedimiento de responsabilidad patrimonial contra el Ayuntamiento de Canet de Mar

Esta normativa específica refleja el enunciado del artículo 106.2 de la Constitución Española, siempre y cuando la responsabilidad de la Administración pueda atribuirse al funcionamiento del servicio público y haya ocasionado un perjuicio real.

Como resultado de la intención del legislador de aclarar los aspectos relacionados con el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración y su control judicial, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, optó por establecer un régimen centralizado en el cual las reclamaciones de indemnización contra la Administración por daños y perjuicios causados por su personal deben dirigirse directamente y exclusivamente contra la Administración, suprimiendo la posibilidad de presentar la acción contra el empleado público responsable del daño (excepto en casos de una eventual responsabilidad penal), criterio éste adverado por la ley 40/2015.

En este contexto de evolución normativa, el artículo 32 de la Ley 40/2015 ha precisado el elemento causal que desencadena el principio de responsabilidad objetiva de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos. Este elemento es que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios, salvo en casos de fuerza mayor o cuando el particular tenga el deber jurídico de soportar los daños de acuerdo con la Ley. Las leyes 39/2015 y 40/2015 no hacen referencia a la identificación del empleado público que pudo haber causado el daño que genera la responsabilidad administrativa, ni condiciona la apreciación de esta responsabilidad a la verificación de negligencia, culpa o dolo por parte del empleado. Esta perspectiva no requiere ni siquiera un examen exhaustivo, sino que basta con demostrar el perjuicio y el vínculo entre el funcionamiento del servicio público y el daño causado, el cual debe ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con respecto a una persona o grupo de personas, tal como establece la disposición normativa.

En resumen, la legislación ha establecido un régimen centralizado de responsabilidad patrimonial de la Administración, en el cual las reclamaciones deben dirigirse exclusivamente contra la Administración y no contra los empleados públicos. El principio de responsabilidad objetiva se basa en el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sin requerir la identificación del empleado responsable ni la demostración de negligencia, culpa o dolo por parte de dicho empleado. Es suficiente demostrar el perjuicio causado y el vínculo con el funcionamiento del servicio público, asegurándose de que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con respecto a los afectados.

La regulación establecida por el legislador en cuanto a la acción de responsabilidad contra la Administración implica que el derecho o interés legítimo afectado es el de la persona perjudicada que busca obtener reparación por el daño objetivo sufrido. En este marco, la Administración se convierte en la parte reclamada en vía administrativa y posteriormente demandada en sede judicial, sin que se juzgue una responsabilidad adicional o distinta de carácter subjetivo respecto al personal que presta servicios para la Administración y que haya participado, ya sea mediante acción u omisión, en la situación controvertida.

En otras palabras, la atención se centra en el perjuicio sufrido por el particular afectado y en su derecho a buscar compensación por dicho daño. La Administración se convierte en la parte demandada en el proceso, sin que se analice una responsabilidad individualizada o subjetiva del personal involucrado en la situación en cuestión.

Esta configuración legal se basa en el principio de que la responsabilidad recae en la Administración como entidad, de modo directo, en lugar de imputar una responsabilidad separada a los empleados públicos que forman parte de su organización. De este modo, resulta intrascendente la necesidad de identifica individualmente a los empleados públicos que estuvieron involucrados en el caso.

El sistema se completa con una cláusula de cierre que obliga a la Administración repercutir al empleado público subjetivamente responsable, la cantidad pagada como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esto se realiza mediante el ejercicio de la acción de regreso, que está prevista en el artículo 36[257] de la Ley 40/2015. Dicha acción es obligatoria para

[257] Artículo 36 Ley 40/2015 rubricado, exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas:
"1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.
2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.
Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.
3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.
4. El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad al que se refieren los apartados 2 y 3, se sustanciará conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y se iniciará por acuerdo del órgano competente que se notificará a los interesados y que constará, al menos, de los siguientes trámites:

la Administración cuando se cumplan dos requisitos: primero, que la acción u omisión del empleado público involucrado se haya llevado a cabo con dolo, culpa o negligencia graves; y segundo, que la Administración haya realizado el pago de la indemnización por el daño objetivo causado como resultado de dicha acción u omisión (ya sea a través de una resolución administrativa no impugnada o una sentencia judicial firme).

En otras palabras, cuando se cumplan las condiciones mencionadas, sobre la Administración pesa la obligación de exigir al empleado público responsable que reembolse el monto pagado en concepto de indemnización por el daño ocasionado debido a su actuación negligente, culpable o dolosa. Esta medida busca establecer una responsabilidad individualizada y atribuir las consecuencias económicas directamente al empleado público responsable, sin perjuicio de la responsabilidad principal de la Administración en el marco de la responsabilidad objetiva por el funcionamiento de sus servicios públicos.

La Ley 40/2015 establece claramente, en los artículos 32 y 36, la existencia de dos momentos distintos y acciones jurídicas diferentes con relación a la responsabilidad patrimonial. Estas acciones están secuenciadas y se encadenan entre sí. En primer lugar, se encuentra la reclamación del perjudicado, que tiene como objetivo garantizar que, en caso de que exista una conexión causal entre el perjuicio sufrido y el funcionamiento del servicio público, el perjudicado pueda obtener una reparación completa e inmediata por el daño objetivo ocasionado. Posteriormente, en un segundo momento, se contempla la posible acción de regreso contra el empleado público, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la normativa, es decir, que exista una responsabilidad subjetiva derivada de dolo, culpa o negligencia graves, y que se haya compensado económicamente el daño objetivo causado por el funcionamiento de los servicios públicos.

De este modo, la acción de regreso, como segunda acción, no está condicionada a que la acción u omisión dañosa, el dolo, la culpa o la negligencia graves atribuibles a un empleado público

a) Alegaciones durante un plazo de quince días.
b) Práctica de las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días.
c) Audiencia durante un plazo de diez días.
d) Formulación de la propuesta de resolución en un plazo de cinco días a contar desde la finalización del trámite de audiencia.
e) Resolución por el órgano competente en el plazo de cinco días.
5. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.
6. Lo dispuesto en los apartados anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes".

específico, hayan sido objeto de juicio o de prueba como causa del perjuicio en el primer proceso de responsabilidad objetiva de la Administración. En otras palabras, la acción de regreso puede proceder sin que se haya realizado un análisis o una declaración probatoria sobre la responsabilidad individual del empleado público en el primer proceso de responsabilidad objetiva de la Administración.

Los argumentos expuestos en la fundamentación jurídica de la Sentencia del primer proceso de responsabilidad objetiva de la Administración, así como las afirmaciones derivadas de la prueba presentada que se refieran a la responsabilidad subjetiva de las autoridades o el personal de la Administración, no pueden tener ningún efecto de cosa juzgada material en los procedimientos posteriores que traten específicamente sobre la responsabilidad subjetiva de los empleados públicos. Es decir, no se produce una vinculación o predeterminación que obligue al juez posterior a partir necesariamente de la declaración judicial firme previa al decidir sobre una reclamación en la que lo ya juzgado sea un elemento prejudicial. Del mismo modo, el juez no estará sujeto a los hechos que hayan sido declarados probados en el proceso anterior al abordar la imputación subjetiva del daño en el proceso subsiguiente.

En resumen, los pronunciamientos y las declaraciones de responsabilidad objetiva en un primer proceso no tienen un efecto vinculante en los procesos ulteriores que traten sobre la responsabilidad subjetiva de los empleados públicos. El juez en el proceso posterior tiene autonomía para analizar y decidir sobre la responsabilidad subjetiva sin estar condicionado por lo previamente juzgado en el proceso de responsabilidad objetiva.

La STC 15/2016 desestima el amparo solicitado al no haber generado indefensión en el empleado público las resoluciones judiciales impugnadas[258].

[258] STC 15/2016, fundamento jurídico tercero in fine: "De acuerdo con esa conclusión, no causaron indefensión las resoluciones impugnadas que apreciaron la falta de legitimación del demandante de amparo para ser parte en el proceso de responsabilidad objetiva de la Administración por ausencia de interés legítimo, toda vez que la declaración de responsabilidad de la Administración no comporta, automáticamente, beneficio o perjuicio alguno en su esfera jurídica. Será en un momento posterior, en el del ejercicio de la acción de regreso (iniciada en este caso según consta en la documentación aportada en la demanda de amparo) o en el de la eventual incoación de un expediente sancionador, donde el demandante podrá formular alegaciones, proponer y practicar la prueba admitida y, en su caso, recurrir en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa la resolución definitiva y firme que se dicte, manteniéndose así indemnes sus posibilidades de defensa. Descartada, pues, la lesión del derecho fundamental denunciada en esta sede constitucional procede desestimar el amparo solicitado".

3.4 La caracterización del daño en las denominadas acciones por nacimiento o vida injustos:

En el supuesto de ejercicio de acciones *wrongful birth* o *wrongful life* se ejercita una acción de responsabilidad civil frente al médico, entidad titular del hospital, centro de diagnóstico o servicio de salud que posibilitó, con su acción u omisión, que el niño venga al mundo sin que, con carácter previo, sus padres tuvieran conocimiento de las disfunciones que va a padecer.

Como resulta obvio, el daño constituye un requisito indispensable para el nacimiento de un supuesto de responsabilidad civil o patrimonial. Se configura como un elemento esencial ya que sin daño no surgirá supuesto indemnizatorio alguno. Tanto en el ámbito civil como administrativo su presencia se configura como elemento indispensable, junto al título de imputación y la relación de causalidad. Aún más, en el ámbito administrativo el concepto de lesión es sobre el que pivota el sistema de responsabilidad. De hecho, al constitucionalizarse la institución de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, el art. 106.2 CE establece que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Concepto de lesión utilizado profusamente en los artículos 32, 33 y 34 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, al prever el régimen jurídico en vigor del instituto de la responsabilidad patrimonial. La lesión no es más que un daño cualificado por cuatro notas. La individualización del daño con relación a una persona o grupo de personas. La efectividad del daño, deber tratarse de un daño real, existente, no de un daño meramente posible o probable. La cuantificación del daño debe ser susceptible de valoración. Y la antijuridicidad del daño, es decir, el particular no debe tener la obligación jurídica de soportar ese daño producido. Esas cuatro notas características convierten al daño en cualificado alcanzando la categoría de lesión.

En los supuestos de error de diagnóstico en periodo gestacional y carencia de información suficiente a los padres sobre el estado del feto, patologías que presenta, con la subsiguiente imposibilidad de proceder, en su caso, a la interrupción voluntaria del embarazo, surgen al menos, desde el punto de vista teórico, una amalgama de perjuicios de muy diversa índole y naturaleza. Daños de distinto alcance y seguramente, con distinto sujeto que los padece o puede sufrir. Y que tienen distinto alcance si se trata del ejercicio de una acción por nacimiento injusto *wrongful birth* o por vida injusta *wrongful life*.

Siguiendo a Borguetti[259] podemos utilizar un concepto de daño que permita apartarnos relativamente del concepto clásico de daño entendido como las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado previamente existente, por una noción de daño como: *"lesión de un interés jurídicamente tutelable"*.

El daño o más concretamente los daños que pueden surgir se pueden resumir en:

1) El nacimiento del niño discapacitado.
2) La privación del derecho a abortar.
3) La privación del derecho a recibir la información precisa sobre el estado del feto.
4) El impacto psicológico derivado del nacimiento de un niño discapacitado.
5) Los gastos extraordinarios de la crianza y manutención de un niño con discapacidad o que padece determinadas patologías de carácter severo.

a) El nacimiento del niño discapacitado o que padece determinadas patologías

Surge aquí uno de los problemas esenciales al categorizar este tipo de acciones cual es si la vida del recién nacido, que sufre ese tipo de padecimientos, puede considerarse en sí mismo como un daño que debe ser objeto de resarcimiento desde el punto de vista jurídico. ¿Puede catalogarse la vida de una persona como un daño o lesión? Piénsese que la alternativa a nacer con deficiencias resulta ser el no nacer, no sin deficiencias sino simplemente no nacer. Ante la citada pregunta se debe tener presente que para algunos como García Huayama[260]:

> *"la vida es por excelencia un derecho natural primario del que todo ser humano goza, por el solo hecho de su existencia", constituyendo el presupuesto indispensable para todos los demás derechos, cuya protección está garantizada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Además, el considerar la vida del recién nacido como un daño para los progenitores, rebaja el valor del niño frente a éstos y lesiona su dignidad, lesión que se incrementa desde que se trata de reducir el valor de un ser humano a los costos que origina su existencia".*

[259] Borguetti, Jean Sebastian "Los intereses protegidos y el alcance de los daños reparables en el derecho de la responsabilidad civil extracontractual", en Études offertes à Geneviève Viney". París: LGDJ. 2008, p. 145
[260] García Guayama, Juan Carlos, op.cit. p.11

Según Corral Talcinani[261] un hijo siempre es un don y nunca puede ser considerado como una carga dado que toda persona aumenta la belleza y bondad del mundo, aseverando que:

> *"A nuestro modo de ver, el planteamiento de estos casos pone de manifiesto el desquiciamiento al que se puede llegar cuando el derecho deja de reconocer al ser humano y a su dignidad esencial como un fin en sí, que exige respeto incondicionado y está por encima de todo análisis utilitarista. Un hijo no puede ser nunca concebido como un daño, ni económico ni moral, aunque esté aquejado de una dolencia".*

Para Berrocal Lanzarot[262]:

> *"De lo que hemos de partir es que, en este tipo de acciones en ningún caso el nacimiento de un hijo con discapacidad es per se un daño".*

Para Mazzilli[263] citando la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (ratificada por España por instrumento de 23 de noviembre de 2007) considera que:

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

Se dice que la alternativa a que el niño viva con discapacidad sería la de no vivir, dado que si la anomalía se hubiese detectado a tiempo y los progenitores hubiesen optado por interrumpir voluntariamente el embarazo el niño no hubiera nacido.

Junto a la citada objeción, que debo reconocer, tiene su peso argumentativo, se arguyen otras de diversa índole. De conformidad con Elizari Urtasun[264]:

---

261 Corral Talciani, Hernán. "Lecciones de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004: "Si la vida humana es un valor fundamental de todo sistema jurídico civilizado, su conceptualización como daño reparable no puede ser sino un síntoma de barbarie"

262 Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, "La responsabilidad por daños relacionados con la procreación*", Revista La Ley Derecho de Familia*, n.º 8, cuarto trimestre de 2015, p 8.

263 Mazzilli Elisabetta, "La acción de wrongful life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas". *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 10/2012, p.9

264 Elizari Urtasun, Leyre. "El daño en las acciones de wrongful birth y wrongful life". *DS: Derecho y salud,* ISSN 1133-7400, Vol. 19, n.º. Extra 1, 2010 (Ejemplar dedicado a: XVIII Congreso "Derecho y Salud"), pp. 139-163

"Junto a esas objeciones, se oponen otras relacionadas con la determinación del daño, como que admitir este tipo de reclamaciones supone valorar negativamente la vida con discapacidad, el impacto psicológico que puede derivarse para el niño el hecho de que sus padres reclamen por su propia existencia, el riesgo de la extensión de prácticas eugenésicas, la presión para los profesionales sanitarios, el hecho de que el mecanismo adecuado para atender los problemas de estos niños no es el instituto de la responsabilidad civil, sino el Estado a través de los servicios sociales".

Siguiendo a Torre de Silva[265]:

"*Sería contrario al derecho a la vida, primero de los derechos fundamentales listados en la Constitución (art. 15, que abre la sección primera del capítulo segundo del título primero, rotulada precisamente «de los derechos fundamentales y de las libertades públicas») y en otros instrumentos internacionales. Pugnaría con la dignidad de la persona, fundamento del orden político y de la paz social según el art. 10.1 de la Constitución, que la mera existencia de un ser humano fuera reputada como un daño para otro".*

Según Pérez Tenessa[266]:

"Según la doctrina más autorizada, el nacimiento de un hijo, en cualesquiera circunstancias, no constituye per se un daño, y si así lo fuera, sus progenitores tendrían el deber de soportarlo a tenor de lo dispuesto en el artículo 154.1º del Código Civil. Pensar de otro modo repugna la naturaleza de las cosas".

Macía Morillo[267], resume las objeciones a la posible identificación de la vida como daño:

"Se argumenta, por un lado, que tal identificación es contraria al concepto de daño ; que es imposible, por otro, considerar como daño lo que es un beneficio; o, también, que, de acuerdo con la teoría de la diferencia (teoría que establece el daño a partir de una comparación entre la situación actual de la víctima tras el evento dañoso y la que tendría de no haber existido tal evento), no existe un daño, pues no se puede comparar la existencia enferma con la inexistencia".

Según Tomillo Ubierna[268]:

[265] Torre de Silva, Víctor, op. Cit. p.101
[266] Pérez-Tenessa, Antonio, "Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad", *Revista de Administración Pública* n.º 154, enero-abril año 2001, p. 55.
[267] Macía Morillo, Andrea, "Una visión general de las acciones de responsabilidad por wrongul birth y wrongful life y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico", en A*FDUAM* 10,2006, p. 86.
[268] Tomillo Ubierna, Jorge, en declaraciones al Periódico El País, reportaje: "Una paga para el que vive por error", 7-9-2010

> *"La idea de la vida como daño es un planteamiento que asume bien la sociedad y los tribunales americanos, de tradición calvinista; en la cultura judeo-cristiana europea son más difíciles de admitir".*

Ahora bien, se puede considerar que el daño no resulta sin más del hecho del nacimiento, no se trata de equiparar el daño al mero hecho de existir, sino que el daño viene configurado por el hecho de nacer con una discapacidad o bajo el sufrimiento de determinadas patologías que afectarán al individuo a lo largo de toda su vida. Por tanto, se trata más de una compensación por el perjuicio de nacer con una discapacidad que por el mero hecho de nacer en sí mismo. Supone alterar la perspectiva del perjuicio irrogado. De este modo, el enfoque se centra en el impacto negativo y las dificultades adicionales que conlleva vivir con una discapacidad o bajo el padecimiento de determinadas enfermedades, más que en el mero hecho de la existencia en sí misma considerada. El ejercicio de estas acciones busca reconocer y compensar los desafíos físicos, emocionales, sociales y económicos a los que se enfrenta una persona debido a su discapacidad congénita.

Los tribunales han reconocido, como más adelante expondré al analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el nacimiento con discapacidad o bajo el padecimiento de determinadas enfermedades, puede generar consecuencias significativas y duraderas para el individuo y su calidad de vida. Esto incluye dificultades para realizar actividades cotidianas, limitaciones en el desarrollo personal y profesional, necesidades médicas y terapéuticas adicionales, así como una serie de gastos y costos asociados a la discapacidad a lo largo del tiempo.

En consecuencia, a mi juicio, la compensación, vía indemnización de daños y perjuicios, no se basa en el simple hecho de nacer, sino en las circunstancias particulares y los desafíos adicionales que resultan de vivir con una discapacidad desde el momento del nacimiento o bajo el padecimiento de determinadas patologías. Esta perspectiva parte de la importancia de reconocer y abordar las dificultades y las necesidades específicas de las personas con discapacidad, así como de brindarles la oportunidad de recibir una compensación justa y adecuada por los perjuicios experimentados.

Siguiendo a Tapia Rodríguez[269]:

[269] Tapia Rodríguez, Mauricio: "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Volumen XV, n. º2.

> *"lo que el niño demanda y lo que algunas cortes han concedido no es una reparación por el hecho de nacer, sino por el hecho de nacer con una inhabilidad que lo acompañará durante toda su existencia. Así, más que un perjuicio de nacer se trata de un perjuicio de nacer discapacitado".*

La dificultad que entraña el considerar la propia vida del hijo como lesión ha propiciado que se establezcan otras alternativas con el fin de justificar la concurrencia del elemento central e indispensable de la responsabilidad como es la existencia de un daño en el particular. De este modo, se articulan otros intereses o más bien derechos que se han visto lesionados por la acción u omisión del facultativo que propició el nacimiento del niño con pleno desconocimiento de sus progenitores de la real situación del menor, al menos hasta el momento del alumbramiento. El fundamental ha sido la privación a los progenitores, principalmente a la madre, del derecho a elegir entre el nacimiento de un hijo con determinadas malformaciones o padecimientos, o la interrupción voluntaria y legal del embarazo. Privación de la facultad de elección que aleja al nacimiento del menor de la consideración de daño resarcible. De este modo no se considera al nacimiento del ser discapacitado como el daño efectivo resarcible. A estos efectos, Galán Cortes[270] indica que: *"en puridad, la reclamación se sustenta, fundamentalmente, en la privación de la posibilidad de la madre de decidir en torno a la interrupción legal del embarazo con todas las consecuencias que ello conlleva, lo que constituye una lesión de su derecho a la dignidad personal y al principio de libre desarrollo de su personalidad."*

Así, en puridad, en las acciones *wrongful birth*, el nacimiento del niño con deficiencias no es considerado como el daño objeto de resarcimiento, sino que se recurre a la privación a los progenitores de la facultad o derecho a elegir voluntariamente la interrupción legal del embarazo. La citada imposibilidad formal y material ocasiona a los padres unos daños morales y, también una serie de daños por efecto rebote, de carácter patrimonial.

La doctrina y la jurisprudencia, de este modo, eluden categorizar el nacimiento del niño discapacitado o portador de determinadas anomalías como daño o lesión. Para ello, se utiliza la llamada "teoría de la separación" que permite diferenciar el nacimiento del niño de los gastos derivados o subsiguientes al mismo. La citada teoría permite diferenciar el alumbramiento o la vida del niño de los perjuicios patrimoniales derivados de su crianza y manutención.

[270] Galán Cortés, Julio César. "Responsabilidad civil médica", en La responsabilidad civil del profesional, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2003, p. 137.

Según Sánchez González[271]:

> *"Desde la primera aparición de estas acciones, con la STS de 6 de junio de 1997, numerosos autores han tratado de determinar el daño resarcible en estos casos. Sin embargo, resulta de gran dificultad delimitar los bienes e intereses jurídicos protegidos, ya que el sanitario en ningún momento es responsable de la enfermedad padecida por el feto. Esto nos lleva a relacionar el perjuicio con otros eventos que vienen unidos al hecho de la vida del niño, lo que ha supuesto un problema para la calificación del daño. Así, la doctrina se apoyó en la teoría alemana de la separación (Trennungslehre), que establece la posibilidad de distinguir, por un lado, el nacimiento y, por otro, las cargas patrimoniales que este genera. Partiendo de esta idea, la doctrina ha contemplado varias tesis, siendo las que más aceptación despiertan aquellas relacionadas con la infracción del derecho de información de la paciente: la pérdida de oportunidad de abortar y la lesión del derecho de autodeterminación de la mujer".*

Tal y como señala García Huayama[272]*:*

> *"Desde este punto de vista, es posible afirmar que la indemnización se solicita únicamente por la vulneración de la autodeterminación reproductiva de los progenitores, así como por la pérdida de oportunidad de recurrir al aborto, lo que a su vez genera perjuicios económicos extraordinarios y daños morales aparejados al nacimiento de un hijo discapacitado, pero no por el nacimiento del niño en sí mismo. Con este planteamiento se supera al parecer las objeciones éticas que supone considera la vida como un daño".*

La principal objeción de identificar el daño a los padres con el nacimiento de su propio hijo, aunque esté enfermo o discapacitado, es que choca con relevantes objeciones jurídicas puesto que parece contrario al derecho a la vida consagrado en el art. 15CE, junto a otro tipo de consideraciones éticas y morales. Así, el situar la lesión en un momento alejado y previo al nacimiento, posibilita una concepción diferente del daño alejada del hecho de la propia vida del menor lo que además ayuda a facilitar la comprensión de la relación de causalidad, resolviendo ese tipo de objeciones y además facilita, como digo, el entendimiento del nexo causal. Para Macía Morillo[273], esta teoría podría aplicarse no sólo a los daños patrimoniales sufridos por los progenitores sino también al daño moral, aunque señala que la verdadera aportación de esta

[271] Sánchez González, Margarita: "El tratamiento jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por *wrongful birth*", *RJUAM*, n.º 37, 2018-I, pp. 465-486
[272] García Guayama, Juan Carlos, op. cit. p.12
[273] Macia Morillo, Andrea *"La responsabilidad civil médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)",* Tirant Lo Blanch, Valencia 2005

teoría es la idea básica de separar el hecho de la vida del niño del daño reclamado por los padres, es decir, alejar el daño reclamado de la vida del recién nacido.

Siguiendo a Macía Morillo[274] cuatro teorías se barajan para determinar el daño en las acciones por *wrongful birth* que, a modo de resumen, son:

El daño se vincula directamente a la privación a los progenitores (especialmente a la madre) de la facultad de elección entre la continuación de la gestación con pleno conocimiento de las deficiencias que padecerá el niño al nacer, y la interrupción voluntaria del embarazo a través de la práctica de un aborto eugenésico

El daño derivado de la privación del adecuado derecho de información a los progenitores durante el estado gestacional por parte de los facultativos responsables del seguimiento del embarazo.

El daño, de carácter moral, por la falta de preparación adecuada psicológica de los padres ante el nacimiento de un niño portados de serias anomalías.

La concurrencia de un daño moral y daños patrimoniales de rebote fruto de la situación que padecerá el niño cuando nazca, lo que incrementará notablemente sus gastos de crianza y la dedicación de sus padres a su cuidado.

Como indica Tomillo Ubierna[275]:

> *"Al margen de otras consideraciones éticas y morales, el hecho de calificar como daño para los progenitores el nacimiento de su propio hijo puede chocar con la protección constitucional del derecho a la vida. Por ello, cuando los tribunales asumen el propósito de admitir este tipo de acciones buscan la manera de situar el daño en algún acontecimiento alejado lógicamente del nacimiento. Esto resuelve las objeciones jurídicas y además puede facilitar el establecimiento fáctico del nexo causal".*

Todas estas posturas tienen como loable intención alejar el hecho del nacimiento del concepto de daño. Ahora bien, en las acciones por *wrongful life*, a diferencia de lo que acabo de señalar con relación al *wrongful birth*, no resulta viable establecer la citada separación entre el daño y el nacimiento. El nacimiento del niño afectado por una discapacidad, síndrome o deficiencia constituye el daño, ya que en el *wrongful life* es la vida del menor, bajo determinadas circunstancias,

[274] Macia Morillo, Andrea, op. cit.

[275] Tomillo Ubierna, Jorge, "Veinte años de *wrongful birth* en España (1997-2017): inicio, desarrollo y consolidación jurisprudencial", en *Culpa y responsabilidad.* 1ª edic., junio 2017, Azanzadi, pp. 871-893.

lo que se reclama como perjuicio indemnizable. No la vida en si misma, sino la vida en las circunstancias, modos y maneras que debe ser vivida por el niño. Y ello, porque bajo determinados parámetros, a determinadas personas les resulta más gravoso vivir sufriendo ciertos padecimientos de carácter físico y/o psíquicos que no vivir. La indemnización la solicita el menor debido a que la negligencia médica cometida con clara infracción de la *lex artis*, propició directamente que los padres no pudieran decidir sobre la interrupción del embarazo. Precisamente, el hecho de no considerar a la vida del niño, que surge tras su nacimiento, como daño supone la imposibilidad del reconocimiento del ejercicio de este tipo de acciones por vida injusta. La negación del nacimiento como daño acarrea el no reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de las naciones de este tipo de acción. Resulta incuestionable que la previsión legal de los supuestos de interrupción del embarazo se configura en atención principal de salvaguarda de los intereses y derechos de la madre gestante. Pero el hecho de que se contemplen supuestos específicos de interrupción del embarazo, ligados a la situación del feto al margen de la madre, plantea interesantes interrogantes al respecto y, entiendo, abren la posibilidad de contemplar el ejercicio de acciones por vida injusta, unido al hecho, al que posteriormente me referiré, de reconocimiento del derecho a una muerte digna en un contexto eutanásico.

Efectivamente, de conformidad con prestigiosos estudios científicos[276] el umbral de la viabilidad fetal se sitúa, en torno a la vigésimo segunda semana de gestación. Durante el embarazo, el umbral de viabilidad fetal se refiere al momento en el cual el feto tiene la capacidad de sobrevivir fuera del útero materno con la asistencia médica adecuada. Ese momento resulta crucial en la medicina perinatal y fue objeto de debates y avances científicos a lo largo de los años. La ciencia considera que la semana veintidós de gestación marca un punto de referencia importante en términos de viabilidad fetal. El concepto de viabilidad fetal supone la capacidad del feto de mantener funciones vitales fuera del útero, como la respiración, la circulación y la alimentación.

[276] Tyson JE, Parikh NA, Langer J, Green C, Higgins RD. Intensive care for extreme prematurity—moving beyond gestational age. N Engl J Med. 2008;358(16):1672-1681.
Rysavy MA, Li L, Bell EF, et al. Between-hospital variation in treatment and outcomes in extremely preterm infants. N Engl J Med. 2015;372(19):1801-1811.
Seri I, Evans J. Limits of viability: definition of the gray zone. J Perinatol. 2008;28 Suppl 1:S4-S8.
American Academy of Pediatrics. Committee on Fetus and Newborn. Levels of neonatal care. Pediatrics. 2012;130(3):587-597.
Raju TN, Mercer BM, Burchfield DJ, Joseph GF Jr. Periviable birth: executive summary of a Joint Workshop by the Eunice Kennedy Shriver National Institute of Child Health and Human Development, Society for Maternal-Fetal Medicine, American Academy of Pediatrics, and American College of Obstetricians and Gynecologists. Obstet Gynecol. 2014;123(5):1083-1096.

Antes de la semana veintidós, los órganos del feto no están suficientemente desarrollados y no puede sobrevivir de manera independiente. Sin embargo, a partir de esta semana, los avances científicos, principalmente en lo relativo a cuidados neonatales, han aumentado las tasas de supervivencia de los bebés prematuros. La determinación de la viabilidad fetal no solo tiene implicaciones médicas, sino también legales. La regulación sobre la posibilidad legal de interrumpir voluntariamente el embarazo se encuentra directamente relacionada con la fijación del momento en que se determina el denominado umbral de viabilidad fetal.

Hasta esa semana veintidós la LO 2/2010 permite la interrupción del embarazo no sólo cuando exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada sino también cuando exista riesgo de graves anomalías en el feto, supuesto éste ligado directamente al nasciturus al margen de la situación materna. Del mismo modo, transcurridas las primeras 22 semanas de gestación, la ley configura de nuevo dos supuestos excepcionales de interrupción del embarazo. El primero se refiere a aquellos casos en que se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida, supuesto en el que decae la premisa que hace de la vida prenatal un bien jurídico protegido en tanto que proyección del artículo 15 de la Constitución. El segundo supuesto, va referido a los casos en que se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico. Por tanto, nos encontramos con tres supuestos en los que la justificación de la posibilidad de interrumpir el embarazo se liga directamente a la situación fetal. Uno de ellos resulta irrelevante a estos efectos, ya que, si las anomalías fetales resultan incompatibles con la vida, resulta materialmente imposible que el hijo ejercite acción alguna, dado que no alcanzará personalidad jurídica. En cambio, en los supuestos de riesgo de graves anomalías en el feto y enfermedades extremadamente graves e incurables, la aparición del derecho a interrumpir el embarazo se sitúa principalmente en las condiciones del feto y en las patologías que padecerá la persona en el futuro, con independencia de la situación materna.

Contemplando la legislación esos concretos supuestos, la duda surge si con relación a los mismos y, en el supuesto de que los progenitores no hubieran sido suficientemente informados de su presencia, el mismo nacimiento del niño genera la aparición de un daño, al margen de la existencia de otros perjuicios concurrentes. Con anterioridad a la regulación legal de la eutanasia, la no previsión del derecho a morir cuando un ser humano se encuentra en determinadas circunstancias imposibilitaba el consecuente derecho a no nacer bajo esas mismas circunstancias de padecimiento. Hoy en día esa objeción ha desaparecido. Se puede afirmar que, efectivamente, nuestro ordenamiento jurídico reconoce el derecho a morir de las personas que sufren graves padecimientos, y correlativamente ¿existe un derecho a no nacer con esos padecimientos?

Quizás la respuesta a esta interrogante nos sitúe en un callejón sin salida. Si la STC 44/2023, como he abordado, no reconoce a los *nascituri* derecho alguno en relación con su viabilidad, dado que carecen de personalidad, aunque su adecuada protección debe garantizarse, tampoco parecería lógico que el nasciturus sea titular del derecho a no nacer. Pero más que el derecho a no nacer, sobre lo que realmente pivota una acción por *wrongful life* es sobre el derecho a no soportar en exclusiva las consecuencias de vivir sufriendo determinadas patologías severas cuando se ha privado a los progenitores de evitar ese sufrimiento.

El planteamiento de la cuestión desde este otro punto de vista, a mi juicio, deviene esencial. El niño reclama porque su vida le resulta injusta. Bajo circunstancias normales esa injusticia no debiera ser objeto de reparación vía indemnización, ya que efectivamente los facultativos responsables del seguimiento de la gestación o los genetistas que practicaron las pruebas no son responsables directos de las malformaciones o deficiencias concurrentes. Pero en el supuesto de que por su negligencia o incorrecto actuar no hubieren detectado las anomalías fetales pudiendo hacerlo, además de privar a la madre del derecho a interrumpir el embarazo se está imponiendo al hijo el vivir con los correspondientes padecimientos, ya que la privación del derecho a abortar implica de modo inexorable el nacimiento del discapacitado padeciendo esa situación. Y no cabe duda de que es el nacimiento el punto de inflexión de la situación generada.

La no consideración del nacimiento como daño, a mi juicio, hace que todos los perjuicios irrogados, salvo el daño moral consecuencia de la privación del derecho de elección entre la interrupción legal del embarazo o la continuidad de la gestión, y la privación del derecho de los progenitores a ser debidamente informados, no deban ser objeto de indemnización, como posteriormente expondré.

b) La privación del derecho a abortar

La privación de la facultad de abortar ha sido ampliamente debatida en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto en la Sala de lo Civil como en la Sala de lo Contencioso-Administrativo. En general, se sostiene que la negligencia médica en el proceso de diagnóstico prenatal resulta de la transmisión de información errónea o incorrecta a los progenitores sobre el estado de salud de su futuro hijo, lo que les impide tomar una decisión informada sobre la interrupción voluntaria del embarazo o su continuidad. Esta privación

conlleva un daño moral debido a la negación de la facultad de elección, aunque también generará daños patrimoniales asociados a la condición especial de enfermedad o discapacidad del hijo.

En el ámbito jurídico, se argumenta que la privación de la facultad de abortar como consecuencia de una negligencia médica constituye un menoscabo en el derecho a la autonomía reproductiva de los progenitores. La información errónea o la falta de información proporcionada por el médico durante el diagnóstico prenatal crea una situación en la que la progenitora se ve privada de la capacidad de tomar una decisión libre e informada sobre la continuidad del embarazo. Esta privación de la facultad de elección implica una lesión en el ámbito moral, ya que se la niega la posibilidad de ejercer su derecho a decidir sobre su propio proyecto de vida, agravado por las implicaciones que conlleva el nacimiento de un hijo con discapacidad o que padecerá determinadas enfermedades de carácter grave.

En definitiva, la privación de la facultad de abortar como resultado de la negligencia médica durante el diagnóstico prenatal tiene importantes repercusiones a nivel moral. Esta privación implica una violación del derecho a la autonomía reproductiva de los progenitores y conlleva daños emocionales y económicos. Es importante considerar estos aspectos al evaluar la responsabilidad médica y determinar la compensación adecuada en casos de privación de la facultad de abortar debido a información falsa, errónea o falta de información durante el diagnóstico prenatal.

Siguiendo a Martín Casals y Solé Feliú[277], el fundamento básico de las demandas de *wrongful birth "es su estrecha conexión con la existencia del aborto y su regulación, ya que obedece a la lesión de la facultad de las madres de optar por interrumpir el embarazo de acuerdo con los plazos y en las condiciones previstas por la Ley"*. No obstante, para ellos no es la mera pérdida de la facultad de abortar lo que justifica la indemnización, sino la lesión que esa pérdida produce en los intereses jurídicos de la madre, concretamente en su dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).

Resulta sumamente relevante mencionar la distinción propuesta por Pantaleón Prieto[278] entre lo que se conoce como "contracepción impedida" y "aborto impedido". En el primer caso, se argumenta que, si los padres hubieran sido debidamente informados sobre los riesgos existentes, habrían evitado tener relaciones sexuales o habrían utilizado métodos anticonceptivos más

[277] Martín Casals Miquel, Solé Feliú Josep, "Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006", *In Dret: Revista para el Análisis del Derecho* 2/2004, p.5

[278] Pantaleón Prieto, Fernando, "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación" *en Centenario del Código Civil*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990

efectivos. Por otro lado, en el caso del "aborto impedido", se sostiene que, si no fuera por la negligencia médica, la madre hubiera optado por interrumpir el embarazo.

En este sentido, destaca el deber del facultativo de actuar con la debida diligencia al prestar sus servicios. Esto implica realizar las pruebas diagnósticas y genéticas necesarias para proporcionar información precisa y acertada sobre los posibles riesgos de malformaciones o deficiencias del feto. De esta manera, los progenitores pueden tomar una decisión informada a través del consentimiento informado, ya sea continuar con la gestación u optar por la interrupción voluntaria del embarazo.

El incumplimiento de este deber de diligencia por parte del médico justifica la reclamación de los progenitores, tanto por el daño moral que implica la privación de su derecho de elección como por otros daños de carácter patrimonial que se mencionarán más adelante.

Es importante subrayar que la privación del derecho de elección de los progenitores tiene un impacto significativo a nivel emocional y moral. La decisión de continuar con un embarazo en el que se prevén complicaciones o malformaciones puede generar un gran sufrimiento psicológico, ya que implica enfrentarse a desafíos y responsabilidades adicionales en la crianza del niño.

En nuestro ordenamiento jurídico, tras la interpretación conforme a la Constitución, dada en la STC 44/2023, del sistema de plazos previsto, no cabe duda de que la interrupción legal del embarazo, durante las primeras catorce semanas de gestación o antes de las veintidós o transcurridas las mismas, en los supuestos de interrupción por causas médicas contemplados en el art. 15 de la LO 2/2010, se configura como un derecho cuya titularidad recae en la madre gestante.

Al margen del supuesto de interrupción dentro de las catorce primeras semanas de gestación en las que se puede interrumpir el embarazo a simple petición de la mujer embarazada, el resto de los supuestos exige que la madre tenga conocimiento de que concurren los supuestos de hecho previstos en los apartados a), b) y c) del art. 15. Para ello se requiere que la sean diagnosticadas previamente las graves anomalías en el feto sean o no incompatibles con su vida o una enfermedad extremadamente grave o incurable. Una vez producido el diagnóstico y la constancia de la situación bien en dictamen médico o bien mediante la confirmación del comité clínico en el supuesto de extrema enfermedad grave o incurable, la gestante, podrá decidir si interrumpe voluntariamente su embarazo.

Obviamente la falta de diagnóstico, con incumplimiento de *lex artis*, supondrá la privación a la gestante de su derecho a abortar. Derecho que, como he señalado con anterioridad al analizar la STC 44/2023 aparece directamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de la persona, en este caso la madre. Dado que es un derecho reconocido en exclusiva a la madre, sólo ella debe ser indemnizada por el daño moral que sufre por su abrogación, derivada de la conducta culposa del facultativo que la atendió durante la gestación o de los genetistas que interpretaron erróneamente los resultados. El padre, a mi juicio, no es titular del derecho de opción y, por tanto, respecto de este concreto perjuicio no debe ser indemnizado en una acción por *wrongful birth*.

Se ha de tener en cuenta que los supuestos contemplados en el apartado c) del art. 15 de la LO 2/2010, tanto en el caso de anomalías fetales incompatibles con la vida como el de existencia de enfermedad extremadamente grave e incurable, permite la interrupción del embarazo sin sujeción a ningún límite temporal al margen de la superación de las veintidós semanas y durante todo el estado gestacional, lo que según Macía Morillo[279] *"permite extender los supuestos de wrongful birth, en algunos casos, durante todo el embarazo*". En cambio, con relación a supuestos de *wrongful life* la extensión de la acción se producirá en el supuesto de enfermedad grave e incurable y muy difícilmente en el supuesto de anomalías incompatibles con la vida, si efectivamente el feto no llega alcanzar la condición de persona con el nacimiento.

Con relación a la valoración del daño moral, la determinación de su cuantía no es un desafío único en las acciones de *wrongful birth*. En ocasiones, los tribunales adoptan un enfoque prudencial para establecerla, mientras que en otros casos se utiliza de manera orientativa el baremo establecido en el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004[280].

Es importante destacar que tanto en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como en la Civil, en los casos de *wrongful birth* en los que únicamente se ha reconocido la existencia de un daño moral, las indemnizaciones han variado considerablemente en términos de cuantía. Esto se debe a la complejidad de evaluar y valorar el daño moral, que está intrínsecamente ligado a

[279] Macia Morillo, Andrea, "El tratamiento de las acciones por *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*,23, 2011, p.94

[280] Véase la Resolución de 12 de enero de 2023, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, Ref. BOE-A-2023-1765, por la que se acuerda hacer públicas en su sitio web http://www.dgsfp.mineco.es/ las cuantías indemnizatorias vigentes durante el año 2023, una vez actualizadas en el 8,5 por ciento.

las circunstancias y particularidades de cada caso. A ello debe añadirse que parte de la doctrina, como Ramos González[281] considera que:

> *"En todo caso, creemos que los daños indemnizables no deberían equivaler a todos los daños derivados del parto, morales y económicos, porque así se estarían equiparando los casos de privación del derecho de la madre a decidir sobre la continuación del embarazo con los casos de daños físicos causados al feto por negligencias médicas".*

La cuantificación del daño moral en casos de *wrongful birth* no se basa únicamente en aspectos económicos, ya que su valoración implica una evaluación subjetiva y contextualizada de las circunstancias particulares del caso y presenta desafíos debido a su naturaleza subjetiva y a la necesidad de considerar múltiples factores.

c) La privación del derecho a ser informados de las patologías del feto.

Este derecho está íntimamente relacionado con el anterior, pero se trata de un derecho autónomo. Actúa como una especie de requisito previo para adoptar la decisión correspondiente. Sin información suficiente no será factible prestar un adecuado consentimiento respecto a la interrupción del embarazo o la continuidad de la gestación. Supone la traslación, en este ámbito concreto, del genérico derecho a recibir la información adecuada y en todo momento con relación a las patologías que padece cualquier persona y a los tratamientos que se pueden dispensar. La omisión de ese deber de información y el correlativo derecho que asiste a la paciente supondrá la violación de la *lex artis*.

Obligación de información que, según la jurisprudencia[282], presenta especialidades muy concretas y especificas en los supuestos de diagnóstico prenatal.

---

[281] Ramos González, Sonia y otros: "30 casos de Derecho de daños (2004-2006*)". In Dret Revista para el análisis del Derecho* 3/2007, p.18, disponible en www.indret.com

[282] ATS 5148/2021, Sala 1ª, de 28 de abril, rec. 616/2019: "Los efectos que origina la falta de información, dice la sentencia de 4 de marzo de 2011, están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero de 2007, 23 de mayo, 29 de junio y 28 de noviembre de 2007; 23 de octubre de 2008). Tienen además que ver con distintos factores: riesgos previsibles, independientemente de su probabilidad o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención (SSTS 21 de octubre de 2005 -cicatriz queloidea-; 10 de mayo de 2006 -osteocondroma de peroné-); padecimiento y condiciones personales del paciente (STS 10 de febrero de 2004 -

Siguiendo a Hunter Hernández,[283] aún en el supuesto de que la legislación no habilitara a la interrupción voluntaria del embarazo, en los supuestos de malformaciones fetales o en aquellos casos en que las patologías fetales fuesen incompatibles con la vida, estimo que la falta de información a los progenitores sobre los defectos o anomalías del nasciturus también constituye daño, pues se produciría una evidente vulneración del derecho a la información en materia reproductiva que asiste a los padres.

El art. 17 LO 2/2010 desarrolla el citado derecho bajo la rúbrica de información vinculada a la interrupción del embarazo. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, se habrá de informar a la mujer embarazada en los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y específicamente sobre la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

Recordemos que junto a la necesidad de que el aborto se practique por un médico especialista, en obstetricia y ginecología o bajo su dirección, y que se realice en un centro sanitario público o en un centro privado acreditado, resulta imprescindible que se efectúe con el consentimiento expreso informado y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, de su representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Consentimiento del que únicamente se podrá prescindir cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de la gestante y no sea posible conseguir su autorización.

Especialmente a la hora de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, el consentimiento informado es un principio fundamental en la relación médico-paciente que se basa en el respeto por la autonomía y la dignidad de las madres gestantes. Se configura como un derecho legalmente reconocido que busca garantizar que las gestantes estén debidamente

corrección de miopía-); complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio (SSTS 21 de diciembre de 2006 -artrodesis-; 15 de noviembre de 2006 -litotricia extracorpórea-; 27 de septiembre de 2010 -abdominoplastia-; 30 de junio de 2009 -implantación de prótesis de la cadera izquierda-); alternativas terapéuticas significativas (STS 29 de julio de 2008 -extirpación de tumor vesical-); contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma (STS 13 de octubre de 2009 - vitrectomía-); necesidad de la intervención (SSTS 21 de enero de 2009 -cifoescoliosis-; 7 de marzo de 2000 -extracción de médula ósea-), con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal (SSTS 21 de diciembre de 2005 y 23 de noviembre de 2007 -síndrome de Down-). "

[283] Hunter Hernández, Martha: "Wrongful birth: ¿un daño resarcible en el ordenamiento jurídico colombiano? Precedente 2019 volumen 14, enero-julio, Cali-Colombia.

informadas sobre su condición médica, los procedimientos y tratamientos propuestos, así como los riesgos y beneficios asociados, para que puedan tomar su decisión de modo libre y responsable.

No cabe duda de que el consentimiento informado debe ser libre, voluntario y específico. Ello supone que la gestante debe recibir información clara y comprensible sobre el diagnóstico realizado durante la gestación, las pruebas diagnósticas existentes, sus posibles riesgos o contravenciones y las alternativas disponibles, con la finalidad de conocer los posibles riesgos y beneficios de cada opción, así como las posibles consecuencias.

Ahora bien, el derecho de información con relación a la situación del feto considero que también afecta al padre. Así como el derecho a interrumpir el embarazo corresponde a la madre gestante, el derecho a ser informado de las patologías que presenta el feto corresponde indistintamente a ambos progenitores. Tanto el padre como la madre tienen derecho a conocer el estado del nasciturus, y si efectivamente padece alguna enfermedad, síndrome o deficiencia que provocará que en el momento de su nacimiento pueda presentar algún tipo de discapacidad. Todo ello, con independencia de la decisión que la madre adopte con relación a la continuidad o no con la gestación. Debo recordar que, con carácter general ese previo derecho a la información asiste no sólo al paciente sino también a las personas vinculadas a él por razones familiares. Entre los deberes inherentes a la patria potestad se encuentra la de velar por los hijos, alimentarlos, educarlos y procurarles su formación integral, que conforman las obligaciones paternofiliales. El citado deber comprende todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como la educación e instrucción del hijo mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. No cabe duda de que no resultará de la misma extensión la obligación de alimentos de un hijo discapacitado que la de un hijo sano. Y dado que también sobre el padre recae la citada obligación, resulta necesario que esté suficientemente informado sobre el estado de salud de su futuro hijo.

La privación del derecho a ser debidamente informado supone un quebranto de la *lex artis* surgiendo la correspondiente obligación de reparar el daño causado. Reparación que, a mi juicio, se deberá materializar tanto respecto de la madre como del padre.

d) Impacto psicológico de los padres derivado del nacimiento de un niño discapacitado

El nacimiento repentino de un niño discapacitado o que padece una grave enfermedad, puede tener un profundo impacto psicológico en los padres. La noticia, comunicada tras el nacimiento o en un momento posterior, de que su hijo padece una discapacidad o determinadas enfermedades, puede generar una amplia gama de emociones, desde la sorpresa y la tristeza hasta la confusión y la preocupación por el futuro. Esta experiencia puede resultar realmente abrumadora y desafiante para los progenitores, los cuales, a partir de ese momento, deberán enfrentarse a una nueva realidad que consiste en adaptar su vida y la de su entorno familiar a las necesidades especiales que su hijo requiere.

Resulta habitual que los padres pasen por una especie de duelo por la pérdida de la idea de tener un hijo sano que no padece ningún tipo de enfermedad lo que les puede subsumir en tristeza hasta depresión en algunos supuestos. Durante este proceso incluso pueden llegar a requerir ayuda psicológica de profesionales en la materia.

Junto a lo anterior, pueden aparecer sentimientos de culpabilidad, llegando a reprocharse si durante el estado gestacional hicieron algo incorrecto que provocó la discapacidad. Estos sentimientos incluso pueden ser enfrentados entre ellos mismos, con reproches mutuos de culpabilidad.

El impacto psicológico de tener un hijo discapacitado o que padece una grave enfermedad, sin estar previamente informados de ello, también puede llevar a los padres a experimentar altos niveles de estrés y ansiedad, generadores en no pocas ocasiones de depresión. A partir de ese momento comenzarán a preocuparse por el bienestar y el futuro de su hijo discapacitado, así como por sus necesidades vitales de todo tipo: asistenciales, educativas, financieras, etc. Además, calibrar de modo adecuado como afectará al entorno familiar directo tampoco resulta fácil. Incluso pueden aparecer ciertas dificultases en sus relaciones sociales habituales que provoquen cambios en su modo de vida habitual. Todo ello pude afectar a su salud mental y emocional, y puede resultar preciso que los padres reciban apoyo psicológico.

No se trata ni mucho menos de tener una visión negativa de la discapacidad sino del impacto que supone tener que asumirla de modo inopinado.

Un impacto que puede extenderse no sólo a los padres stricto sensu sino también al núcleo familiar más directo que conviva con la persona con discapacidad o que padezca determinadas patologías.

Se trata de un daño moral directamente vinculado al hecho de no disponer previamente de la información precisa y encontrase en una situación de zozobra psicológica, resultado de la angustia y temor que se genera en los padres. El hecho de pensar que su hijo no podrá afrontar su vida con autonomía. La inquietud generada de modo repentino sobre la incertidumbre sobre su futuro. El desconocer que será de su hijo cuanto ellos falten. El no saber si están preparados para prestarle la atención y cuidados necesarios en el futuro. El pensamiento sobre la lógica ruptura de la armonía familiar existente hasta ese momento. En definitiva, la generación de la angustia constante sobre el futuro de su hijo con discapacidad o portador de determinadas enfermedades. A estos efectos, recuerdo en el supuesto de la niña que sufre síndrome de Morris que anteriormente describí, la sensación de angustia que el padre transmitía. Una sensación eminentemente de carácter subjetivo pero que puede afectar notablemente a las personas hasta llegar a superarlas. Teniendo presente que no se trataba de un supuesto de discapacidad propiamente dicho. Un plus de responsabilidad añadido a las comunes de toda relación paterno o materno filial.

Pues bien, ese impacto psicológico repentino se convierte un daño de naturaleza moral que debe resarcirse a modo de "pretium doloris".

e) Los gastos extraordinarios patrimoniales derivados de la discapacidad o deficiencia

Resulta aceptable que la manutención, cuidado y educación de un hijo no supone un perjuicio indemnizable, es decir, las consecuencias ordinarias, del mantenimiento de un hijo. Ahora bien, diferentes resultan los gastos extraordinarios derivados de la situación de grave enfermedad o de discapacidad y dependencia del menor que indudablemente resultarán de mayor cuantía que los ordinarios. Se configuran como un daño patrimonial extraordinario. Según García Huayama[284]:

[284] García Guayama, Juan Carlos, op. cit. p.13

> *"El daño patrimonial extraordinario se traduce en las expectativas de que se han visto privados los actores, la repercusión en su vida, la atención fija y permanente que requieren los incapaces de por vida, gastos de asistencia médica y rehabilitación especializados derivados de la anomalía del hijo, gastos de asistencia a un centro de educación especial, egresos que conlleva la adecuación de la vivienda familiar y costos de los vehículos especiales para el transporte del incapaz, el salario de persona que atienda al vástago enfermo e inclusive en ocasiones los padres tendrán que abandonar sus actividades lucrativas para dedicarse al cuidado del hijo".*

Para Berrocal Lanzarot[285]:

> *"El daño resulta no sólo del hecho de haber privado de la posibilidad de decidir acerca de continuar o no el embarazo y consentir tras una información adecuada y completa, sino de los efectos que de tal privación se derivan".*

El daño patrimonial que surge en este contexto se refiere principalmente a los gastos extraordinarios que los padres deben afrontar para la crianza y sustento de un hijo con discapacidad, en comparación con los gastos habituales asociados a la crianza de un hijo sin discapacidad. Estos gastos representan la diferencia entre ambos escenarios. Incluyen los costos derivados de la mayor dedicación y cuidado que los padres deben brindar a su hijo, lo cual puede implicar la necesidad de dejar de trabajar o contratar a una persona especializada en el cuidado del niño. También abarcan los gastos de adaptación del hogar, los gastos médicos y asistenciales que no son cubiertos por el sistema de salud público, las necesidades educativas especiales, los costos de vehículos adaptados para el transporte, entre otros.

Los padres se ven obligados a asumir una responsabilidad financiera mucho mayor, al tener que hacerse cargo de las necesidades más intensas que requiere el cuidado de su hijo, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, de las que inicialmente estaban dispuestos a asumir al tener un hijo. No cabe duda de que la adecuada atención de un niño discapacitado o que padece determinadas enfermedades, provoca un sobrecosto adicional que, en algunos supuestos, los padres no habrían deseado asumir de haber contado con la información precisa que no se les proporcionó y que provocó la abrogación del derecho de elección.

La carga económica adicional derivada de la crianza de un hijo con discapacidad implicará un impacto significativo en la situación financiera de la familia, generando desafíos financieros que perduran a lo largo del tiempo. Los gastos adicionales asociados al cuidado y atención especial

[285] Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, op. cit., p. 9

que requiere un niño con discapacidad o enfermo pueden llegar afectar la estabilidad económica familiar, obligando a reorganizar los recursos financieros y buscar fuentes adicionales de apoyo económico. Resulta esencial tomar en consideración estos aspectos al analizar el daño patrimonial en casos donde exista negligencia o falta de información que haya dado lugar al nacimiento de un hijo con discapacidad o portador de determinadas patologías.

La crianza de un hijo con discapacidad implica la necesidad de cubrir una amplia gama de gastos que van más allá de los costos típicos asociados a la crianza de un niño sin discapacidad. Estos gastos adicionales pueden incluir servicios médicos especializados, terapias y tratamientos específicos, adaptaciones en el hogar, equipamiento especializado, transporte adaptado y asistencia educativa especial, entre otros. Todos estos elementos contribuyen a aumentar la carga económica de los padres, ya que deben destinar recursos financieros significativos para asegurar el bienestar y la calidad de vida de su hijo que deberán detraer de su patrimonio.

La alteración en las finanzas familiares puede ser duradera y requerir ajustes considerables en el presupuesto familiar. Los padres pueden enfrentar dificultades para equilibrar los gastos adicionales con los ingresos disponibles, lo que puede redundar en la necesidad de reevaluar las prioridades económicas y hacer recortes en otras áreas. Además, el impacto financiero a largo plazo puede afectar la capacidad de ahorro, las oportunidades educativas y laborales de los padres, e incluso la planificación de su jubilación.

En casos de negligencia o falta de información por parte de los profesionales médicos, donde se haya privado a los padres de la oportunidad de tomar decisiones informadas sobre el embarazo y el potencial riesgo de discapacidad, se debe considerar el daño patrimonial como una consecuencia directa de dicha negligencia. Los padres se ven obligados a asumir una carga económica adicional que podría haberse evitado si hubieran recibido la información adecuada y la oportunidad de tomar decisiones informadas sobre la continuidad del embarazo.

Entre los citados gastos extraordinarios se pueden incluir los derivados de los procedimientos médicos altamente especializados que se requieren, así como a la necesidad de buscar atención en centros especializados en estimulación temprana, terapia de rehabilitación y adaptación del entorno familiar. También implica el transporte y la asistencia necesaria para que el niño pueda asistir a una escuela regular o a un centro educativo con programas de integración o educación especial. Junto a ello, también se incluye el salario de la persona encargada de cuidar al niño, que puede recibir una remuneración por sus servicios. En todos los casos, se incluyen los gastos

relacionados con la asistencia médica y hospitalaria, así como los tratamientos e intervenciones quirúrgicas necesarias.

Estos aspectos hacen referencia a una serie de necesidades y gastos adicionales que surgen al cuidar y brindar atención adecuada a un niño con discapacidad. Los tratamientos médicos especializados son fundamentales para garantizar su desarrollo y bienestar, y a menudo requieren acudir a centros especializados con profesionales capacitados en estimulación temprana, terapia de rehabilitación y otras intervenciones específicas.

Asimismo, la adaptación del entorno familiar es esencial para asegurar la comodidad y seguridad del niño, lo cual puede implicar modificaciones en el hogar, como la instalación de rampas, barras de apoyo, camas articuladas u otros elementos que faciliten su movilidad y accesibilidad.

El transporte y la asistencia para que el niño pueda asistir a recibir su formación adecuada son aspectos importantes para promover su inclusión educativa. Puede ser necesario contar con servicios de transporte adaptado o con la ayuda de un acompañante para garantizar que el niño pueda acceder a una educación adecuada según sus necesidades.

Además, se menciona la remuneración del cuidador del niño, reconociendo el valor del trabajo que desempeñan al brindar atención constante y especializada. Esto puede ser especialmente relevante cuando la discapacidad del niño requiere una supervisión continua o cuidados médicos específicos.

Finalmente, los gastos relacionados con la asistencia médica y hospitalaria, así como los tratamientos e intervenciones quirúrgicas necesarios. Estos incluyen consultas médicas, medicamentos, terapias y procedimientos quirúrgicos que son indispensables para el cuidado y la mejora de la salud del niño.

Según Elizarri Urtasun[286], dos son los obstáculos que existen para reparar este tipo de daños: por un lado, que no se trata de daños efectivos sino de gastos futuros, inciertos e hipotéticos y, por otra parte, que muchos de estos gastos están cubiertos por la rede pública de asistencia sanitaria y social.

[286] Elizarri Urtasun, Leyre, op. cit., pp. 139-163

Efectivamente dentro de los costos asociados a la especial condición de discapacidad del niño, se encuentran gastos que son cubiertos, pagados o subvencionados por entidades como la Seguridad Social, el Departamento o Consejería de Salud o Bienestar Social de la respectiva Comunidad Autónoma, y los Servicios Sociales a nivel autonómico y municipal, entre otros. Esto implica que estos gastos no recaigan directamente en los padres, sino que son asumidos por entidades públicas.

Surge entonces la pregunta de si se produce un enriquecimiento injusto al incluir en la indemnización de al menos algunos de los gastos mencionados anteriormente. Esto se debe a que la atención sanitaria será brindada por el servicio público de salud correspondiente, se ofrecerán oportunidades educativas y logopédicas, y los padres pueden recibir prestaciones de la Seguridad Social, así como subvenciones para adaptar su vivienda o vehículo.

Es importante considerar que estos gastos cubiertos por entidades públicas buscan garantizar que el niño con discapacidad tenga acceso a los servicios y apoyos necesarios para su bienestar y desarrollo. La inclusión de estos gastos en la indemnización puede ser discutible desde el punto de vista de evitar un enriquecimiento injusto, ya que los padres no asumirán directamente la totalidad de estos gastos.

En opinión de Elizarri Urtasun[287] ,

> *"si atendemos realmente a los gastos justificados, y no a los gastos futuros o hipotéticos, a los gastos que puedan calificarse como probables, y además se intenta evitar la producción de un enriquecimiento injusto, la determinación de los costes derivados de la discapacidad que resultan indemnizables y su cuantificación es verdaderamente difícil. De forma más simple, los gastos extraordinarios derivados de la condición de discapacidad del niño podrían ser un criterio para elevar la cuantía indemnizatoria por daño moral, que es lo que parece que pretende el TS en algunos casos al establecer una cantidad global por el daño moral causado a los padres por la privación de la posibilidad de acudir al aborto, y los costes extraordinarios de atender al hijo discapacitado".*

Sin embargo, es fundamental tener en cuenta que la indemnización no solo busca cubrir los gastos económicos, sino también compensar el perjuicio sufrido por los padres debido a la discapacidad de su hijo. Esto implica considerar no solo los gastos que son cubiertos por las entidades públicas, sino también otros aspectos que pueden generar un impacto emocional y

[287] Elizarri Urtasun, Leyre, op. cit. p.156

psicológico en los padres, así como las implicaciones en la vida diaria y la adaptación del entorno familiar.

En este sentido, la inclusión de algunos de estos gastos en la indemnización puede contribuir a compensar de manera más completa el daño sufrido por los padres, ya que refleja la realidad de los costos adicionales y las necesidades especiales que surgen al cuidar y brindar apoyo a un niño con discapacidad.

Es necesario realizar un análisis detallado de cada caso particular, considerando las circunstancias individuales y las prestaciones asistenciales existentes, para determinar la pertinencia de incluir estos gastos en la indemnización. Además, se debiera tener en cuenta las disposiciones legales y las políticas públicas existentes en cada ámbito para garantizar la protección y el bienestar de las personas con discapacidad y sus familias.

Resulta importante resaltar que esta indemnización se justifica en los gastos extraordinarios que los padres deberán afrontar en la crianza de su hijo con discapacidad. Estos gastos específicos están destinados a cubrir necesidades concretas que pueden surgir en el cuidado y desarrollo del niño. Sin embargo, es importante señalar que, aunque se conceda una indemnización a los padres, por muy cuantiosa que sea, no garantiza necesariamente que estos fondos se destinen de manera adecuada a cubrir las futuras necesidades sanitarias, educativas o materiales del hijo.

Es fundamental tener presente que la indemnización otorgada se integra en el patrimonio de los padres, y generalmente no se establece ningún mecanismo de control o supervisión para garantizar que los fondos sean utilizados exclusivamente en beneficio del hijo discapacitado. Esto puede generar incertidumbre sobre si los recursos se administrarán de manera efectiva para satisfacer las necesidades del niño a lo largo de su vida.

La crianza de un hijo con discapacidad implica una serie de gastos y desafíos continuos a lo largo del tiempo, que van más allá de los aspectos médicos y se extienden a áreas como la educación especializada, adaptaciones en el entorno, terapias y tratamientos, entre otros. La necesidad de gestionar de manera adecuada los recursos económicos para cubrir estas necesidades a largo plazo es fundamental para garantizar la mejor atención y calidad de vida posible para el hijo discapacitado.

En este sentido, es importante promover la implementación de mecanismos de control y supervisión que aseguren la correcta utilización de los recursos destinados a la indemnización por gastos extraordinarios. Estos mecanismos podrían incluir la designación de un

administrador de fondos o la creación de cuentas específicas para la gestión de los recursos, con el fin de garantizar que se utilicen exclusivamente para el beneficio del hijo con discapacidad.

En conclusión, aunque la indemnización por gastos extraordinarios busca cubrir las necesidades adicionales de crianza de un hijo con discapacidad o que padece una grave enfermedad, es fundamental establecer mecanismos de control que aseguren que los fondos se utilicen de manera efectiva y exclusivamente para el beneficio del niño. De esta manera, se podrá garantizar una mejor atención y calidad de vida a lo largo de su desarrollo.

Como posteriormente desarrollare en mi propuesta de reforma, considero que este conjunto de gastos, con carácter general, deben ser objeto de indemnización directamente a la persona con discapacidad o que padece determinadas enfermedades de carácter grave y severo y no a los progenitores.

De hecho, como posteriormente analizaré algunas sentencias establecen una pensión vitalicia a favor del hijo discapacitado con el fin de garantizar su adecuado desarrollo desde todos los puntos de vista. Pensión que se reconoce directamente al hijo con independencia de la indemnización por daños morales que se otorga a los padres. Me parece esta solución mucho más acertada con el fin de salvaguardar los intereses de la persona con discapacidad o que padece determinadas enfermedades, sin perjuicio de que, efectivamente se imponga algún tipo de cautela en orden al adecuado destino de la pensión, rindiéndose las justificaciones pertinentes del destino de los fondos ante la Administración condenada, pudiendo incluso abrirse una cuestión incidental al respecto. El reconocimiento de la indemnización directamente a la persona con discapacidad abre el debate sobre el ejercicio de la acción *wrongful life* que posteriormente retomaré y sobre cuyo ejercicio ya adelanto me muestro favorable.

Por otra parte, puede ocurrir que durante la gestación concurran de modo sucesivo diferentes errores médicos de diagnóstico equivocado. Pensemos por ejemplo el supuesto en que son varias las ecografías realizadas y ninguna de ellas detecte las anomalías fetales. Repárese que incluso esas ecografías pueden haber sido realizadas por ecógrafos diferentes incluso que presten servicio en diferentes instituciones unas de carácter público y otras de carácter privado. De ser así, se debe analizar en cada situación el daño verdaderamente provocado por cada actuación porque puede ser diferente. Seguramente con un ejemplo se entenderá mejor. Mujer gestante que acude a la prueba de control ecográfico de la semana veinte y en ella no se detecta, con clara infracción de la *lex artis*, la correspondiente anomalía fetal que encaja dentro de los supuestos de hecho para la práctica de un aborto eugenésico. Posteriormente esa misma mujer

acude a control ecográfico a otro centro a las 24 semanas de embarazo sin que se detecte de nuevo la anomalía. Resulta claro que, como consecuencia del error en la interpretación de la ecografía de la semana 20 se privó la madre del derecho de optar entre la práctica del aborto o la continuidad con la gestación, lo que generó el correspondiente daño moral por la privación del citado derecho. En cambio, el error de diagnóstico propiciado en la semana veinticuatro no privó a la madre del citado derecho, ya que transcurrida la semana veintidós no se ostentaba aquél, al no tratarse de uno de los supuestos de hecho previstos en el aparatado c) del art. 15 LO 2/2010, motivo por el cual el facultativo responsable de la realización de la segunda ecografía no debe responder por el citado daño moral. Por esta razón, en el supuesto de concurrencia de culpas se debe efectuar de modo minucioso una distribución de las cuotas indemnizatorias entre los diversos facultativos responsables de los actos negligentes atendiendo a su grado de participación, trascendencia de su actuación y momento temporal de su intervención en el control gestacional.

3.5 Caso fortuito y fuerza mayor

El artículo 1105 del Código Civil dispone:

"Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables".

Por fuerza mayor debe entenderse aquellos acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de previsiones típicas de cada actividad o servicio, según su naturaleza. Mientras el caso fortuito viene constituido por la concurrencia de acontecimientos o hechos imprevisibles pero insertos en el funcionamiento interno de cada actividad o servicio, según su naturaleza.

La fuerza mayor se define por tres notas fundamentales cuales son tratarse de una causa extraña exterior a la prestación del servicio y a sus riesgos propios, imprevisible en su producción y absolutamente irresistible o inevitable aún en el supuesto de que hubiera podido ser prevista.

La ajenidad hace referencia a su origen. Se trata de un acontecimiento con origen externo al funcionamiento de los servicios públicos. Precisamente la exclusión de la responsabilidad

cuando concurre fuerza mayor se justifica porque los daños no son causados por el funcionamiento de los servicios públicos sino por un acontecimiento extraño a los mismos.

La imprevisibilidad supone la cualidad que ostenta un acontecimiento para sorprender cuando se tiene en cuenta lo que normalmente ocurre y las consecuencias que ordinariamente acarrean los sucesos habituales, de modo que la observación de la realidad no permita anticipar que ese suceso acaecerá y acarreará unas consecuencias de tal magnitud. Esta característica determina la imposibilidad de prever una situación cuando se observa la realidad.

Por su parte, la inevitabilidad puede definirse como la incapacidad para impedir o bien que el acontecimiento en sí mismo se produzca o bien que se materialicen sus consecuencias dañosas. Que el hecho sea inevitable significa que no se tiene la posibilidad de evitar que suceda o que se efectivicen sus consecuencias.

Por caso fortuito se entiende todo suceso imposible de prever, o que, previsto, sea inevitable y, por tanto, realizado sin culpa alguna del agente, de manera que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, por lo que para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable, y que cuando el acaecimiento dañoso fue debido al incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que con ese actuar falta la adecuada diligencia por omisión de atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotando una conducta interferente frente al deber de prudencia y cautela exigibles, que como de tal índole es excluyente de la situación de excepción que establece el art. 1105 del Código Civil, al implicar la no situación de imprevisibilidad e irresistibilidad requeridas al efecto.

En el ámbito administrativo únicamente la fuerza mayor opera como causa de exoneración de la Administración mediante la ruptura del nexo causal sin que opere, como causa de exoneración, el caso fortuito.

El art. 106.2 CE establece que:

"Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

Por su parte, el art. 32.1 LRJSP establece:

"Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

La fuerza mayor impide el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración al producirse una ruptura del nexo causal. Los hechos que pueden determinar la ruptura del nexo de causalidad deben reservarse para aquéllos que comportan un supuesto de fuerza mayor, única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente.

Como señaló la STS de 13 de diciembre de 2001 (recurso de casación n.º 9004/1997):

"La cuestión queda pues reducida a determinar si en el caso de autos estamos ante un supuesto de fuerza mayor entendido este como un supuesto en el que concurren dos requisitos, a saber: determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1.986: "Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado". En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1.997 (apelación 1075/1992)".

La STS de 6 de marzo de 2003 (recurso 9783/1998) señala claramente los requisitos de la fuerza mayor y los distingue del caso fortuito:

«En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida; interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, "evento

interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida". b) En la fuerza mayor, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio».

La STS de 29 de junio de 2002 (recurso 1729/1998), señala que, aunque el concepto de fuerza mayor esté perfectamente definido en el plano teórico, su concreción es extremadamente casuística. Para que se pueda invocar la fuerza mayor como eximente de responsabilidad médica, generalmente se requiere que se cumplan los mismos criterios de carácter general como son la imprevisibilidad del evento que causó la situación de fuerza mayor, la inevitabilidad de su ocurrencia y la incapacidad del facultativo o centro de salud para evitar o superar dicha situación a pesar de haber tomado todas las precauciones razonables.

El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor corresponda a la Administración. Así la carga de la prueba sobre la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor recae sobre la Administración demandada de conformidad con la STS 2 de diciembre de 2009 (recurso de casación n.º 3391/2005):

"A ello ha de añadirse, que constituye jurisprudencia consolidada que la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien formula la reclamación, o como dice la sentencia de 18 de octubre de 2005, la carga de la prueba del nexo causal corresponde al que reclama la indemnización consecuencia dela responsabilidad de la Administración por lo que no habiéndose producido esa prueba no existe responsabilidad administrativa; en el mismo sentido la sentencia de 7 de septiembre de 2005, entre otras muchas. Ello es distinto de los supuestos en que se invoca la existencia de fuerza mayor o en general la ruptura del nexo causal como causa de exoneración de la responsabilidad de la Administración, que esta debe acreditar para que tal causa de exoneración resulte operativa (SS24-2-2003, 18-2-1988, 15-3-1999)".

Pues bien, como posteriormente tendré la oportunidad de analizar de modo pormenorizado, ninguna de las sentencias dictadas por las Salas Primera (Civil) o Tercera (Contencioso-Administrativo) del TS han aplicado la existencia de concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor para exonerar al servicio sanitario privado o público de salud, o a los facultativos directamente responsables del seguimiento del embarazo, de su posible responsabilidad derivada

de un eventual error de diagnóstico, incumplimiento de su obligación de suministrar la información adecuada y precisa para que los progenitores adoptaran la decisión conveniente a través del consentimiento informado, o, en definitiva, ante el acreditado incumplimiento de la *lex artis*.

Supuestos indudablemente pueden aparecer, pero no presentan particularidad alguna en el ámbito de la gestación con relación al resto de actividades de carácter sanitario.

Algunos ejemplos de situaciones en las que podría aplicarse y de hecho, en algunos supuestos se ha aplicado, la concurrencia de fuerza mayor en el ámbito sanitario, vienen constituidos por la concurrencia desastres naturales como terremotos, inundaciones o epidemias, situaciones de emergencia pública, crisis sanitarias de gran magnitud, conflictos armados u otros eventos imprevistos que impidan o dificulten significativamente la prestación de servicios de atención médica en condiciones normales.

A estos efectos, resulta interesante, dada su cercanía en el tiempo y su carácter extraordinario, la situación derivada de la crisis sanitaria como consecuencia de la pandemia producida por el Covid-19. Determinar si la misma en si misma puede ser considerada como un supuesto de fuerza mayor que exonere a la administración sanitaria de cualquier exigencia de responsabilidad durante la gestión de la pandemia.

El Preámbulo del RD 463/2020, de marzo, por el que se declaró el primer estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 señaló:

"La Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. La rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos.".

Indicando igualmente que, para hacer frente a esta situación, grave y excepcional, es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma.

Por su parte, el RD 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, tras describir la situación existente y los indicadores epidemiológicos que situaban a España en un nivel de riesgo alto o muy alto de conformidad con los estándares nacionales e internacionales, indicó que:

"Para hacer frente a esta situación, grave y excepcional, es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma. Las medidas que se contienen en el presente real decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución".

El Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 establece:

"Se trata de una crisis sanitaria sin precedentes y de una extraordinaria amplitud y gravedad, tanto por el extraordinario riesgo de contagio y el alto número de ciudadanos afectados, con la consiguiente presión sobre los servicios sanitarios, como por el elevado coste social y económico derivado de las medidas extraordinarias de contención y distanciamiento adoptadas por los distintos Estados".

La STC 40/2020, de 30 de abril, por la que se inadmite a trámite el recurso de amparo 2056-2020, promovido por la Central Unitaria de Traballadores/as (CUT) en proceso contencioso-administrativo sobre ejercicio del derecho de reunión, dispone en su fundamento jurídico segundo:

"No podemos olvidar que, como reconoce la recurrente, la manifestación se pretende desarrollar en el marco de una situación de pandemia global muy grave, que ha producido un gran número de afectados y de fallecidos en nuestro país, y que ha puesto a prueba a las instituciones democráticas y a la propia sociedad y los ciudadanos, en cuanto se han convertido, en conjunto, en elementos esenciales para luchar contra esta situación de crisis sanitaria y económica que afecta a todo el país, situado por mor de la misma ante una situación que, pese a no ser la primera vez que se produce (ya sufrimos, entre otras, la pandemia de 1918), sí es la primera vez que nuestra actual democracia se ha visto en la necesidad de enfrentarse ante un desafío de esta magnitud y de poner en marcha los mecanismos precisos para hacerle frente".

La STC 148/2021, de 14 de julio, por la que se declaró la inconstitucionalidad parcial del RD 463/2020, contiene una serie de consideraciones con relación al carácter extraordinario, irresistible e inevitable de la crisis sanitaria padecida.

En el fundamento jurídico 11:

"Y esa interpretación integradora se plantea también, a nuestro juicio, en el supuesto ahora debatido. En efecto, y aunque algunos sectores doctrinales pusieron de manifiesto desde el primer momento que la gravedad de la crisis hubiera podido justificar la declaración del estado de excepción, lo cierto es que la epidemia —o pandemia, por mejor decir— que inicialmente justificó siguiendo la interpretación ("originaria", estricta y mayoritaria) de la ley, la declaración del estado de alarma, alcanzó rápidamente, como señalábamos en el auto anteriormente citado, FJ 4 b) ii), dimensiones "desconocidas y, desde luego, imprevisibles". Así resulta claramente de los debates constituyentes y de los trabajos legislativos que configuraron el régimen vigente en esta materia, en los cuales no parece contemplarse una situación tan excepcional por su generalidad y su gravedad como la que actualmente ha de afrontarse. Estas dimensiones, desconocidas e imprevisibles, llevaron a la autoridad competente a una respuesta imprevista, declarando el estado de alarma (único disponible, según la interpretación "originalista" y mayoritaria en la doctrina), si bien incluyendo medidas que en el curso de este proceso se discuten esencialmente por su cuestionable adecuación a dicho estado. Medidas que —no es ocioso recordarlo— son en gran parte similares a las adoptadas por otros países cercanos al nuestro, por más que las diferencias estructurales existentes entre los diversos ordenamientos hayan generado, lógicamente, controversias formuladas en distintos términos".

"Así las cosas, resulta claro que, aunque la causa primera de la perturbación sea una epidemia [lo que sin duda justifica el recurso al estado de alarma ex art. 4 b) LOAES], la situación que el poder público debía afrontar se ajustaba también a los efectos perturbadores que justificarían la declaración de un "estado de excepción". Cuando una circunstancia natural, como es una epidemia, alcanza esas "dimensiones desconocidas y, desde luego, imprevisibles" para el legislador a que aludíamos en nuestro reiterado ATC 40/2020, puede decirse que lo cuantitativo deviene cualitativo: lo relevante pasan a ser los efectos, y no su causa. Como apunta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su mencionada decisión de 13 de abril de 2021, asunto Terheş c. Rumanía, "no cabe duda de que la pandemia de la COVID-19 puede tener efectos muy graves no solo para la salud, sino también para la sociedad, la economía, el funcionamiento del Estado y la vida en general" (§ 39). Cuando la gravedad y extensión de la epidemia imposibilitan un normal ejercicio de los derechos, impiden un normal funcionamiento de las instituciones democráticas, saturan los servicios sanitarios (hasta temer por su capacidad de afrontar la crisis) y no permiten mantener con normalidad ni las actividades educativas ni las de casi cualquier otra naturaleza, es difícil argüir que el orden público constitucional (en un sentido amplio, comprensivo no solo

de elementos políticos, sino también del normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica) no se ve afectado; y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado de excepción. Otra cosa implicaría aceptar el fracaso del Estado de Derecho, maniatado e incapaz de encontrar una respuesta ante situaciones de tal gravedad".

La aparición del Covid-19 encaja en la definición de fuerza mayor, ya que se trata de una enfermedad que surgió por una causa extraña al funcionamiento de los servicios públicos y que provocó unos daños de modo inevitable. Efectivamente a nivel teórico, concurren todos los requisitos para apreciar que la existencia formalmente declarada por la Organización Mundial de la Salud de una pandemia mundial es causa de fuerza mayor, pues fue imprevisible según el estado actual de la ciencia. Además, este hecho, aun siendo hipotéticamente previsible, fue, sin embargo, inevitable; y, por último, la causa que lo ha motivado es del todo punto extraña e independiente de la actuación administrativa.

La llamada hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la Covid-19 aprobada en la reunión de 26 de marzo de 2020 por los miembros del Consejo Europeo señala en su introducción que:

"La rápida evolución de la situación de pandemia de COVID-19 y las notables incógnitas que traen consigo un nuevo virus y la enfermedad que este provoca han dado lugar a retos inéditos para los sistemas sanitarios, así como a terribles repercusiones socioeconómicas en Europa y en todo el mundo. La crisis se ha cobrado ya miles de vidas y continúa sometiendo a los sistemas sanitarios a una enorme presión. Se han tomado medidas extraordinarias y sin precedentes, tanto en el ámbito económico como social".

Por su parte, la Recomendación (UE) de la Comisión de 8 de abril de 2020 relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para la utilización de la tecnología y los datos a fin de combatir y superar la crisis de la COVID-19, en particular por lo que respecta a las aplicaciones móviles y a la utilización de datos de movilidad anonimizados, indica:

"La crisis de salud pública provocada por la actual pandemia de COVID-19, obliga a la Unión y a los Estados miembros a afrontar un desafío sin precedentes para sus sistemas de asistencia sanitaria, forma de vida, estabilidad económica y valores. Ningún Estado miembro puede tener éxito por sí solo en la lucha contra la crisis de la COVID-19. Una crisis excepcional de tal magnitud requiere la actuación decidida de todos los Estados

miembros y de las instituciones y organismos de la UE, trabajando de forma conjunta en un auténtico espíritu de solidaridad".

Ahora bien, el hecho de que la pandemia derivada del Covid- 19 sea calificada como un supuesto de fuerza mayor, no supone excluir automáticamente, ex ante y ab initio, la posibilidad de que las Administraciones puedan, en su caso, responder por las lesiones sufridas por los particulares en el marco de la gestión de la crisis sanitaria, dado que, pese a tratarse, la pandemia, de una situación inevitable, las medidas adoptadas por las diferentes Administraciones pueden, hipotéticamente, haber coadyuvado a agravar o mitigar los efectos perjudiciales de la pandemia sufridos por los particulares. De este modo, y como afirmación de carácter general, la posible exclusión del instituto de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor (pandemia), no alcanzaría los posibles e hipotéticos daños sufridos por los particulares, que se hubieran podido evitar o mitigar de haberse adoptado por parte de las autoridades con competencia en la materia, las medidas precisas bajo el principio de precaución que tendieran a evitar la propagación, vía contagio, y letalidad de la enfermedad. De este modo, si se acreditara que una Administración pudo, dadas sus competencias, impedir la aparición de perjuicios adicionales mediante la adopción de medidas concretas, pudiera, al menos a nivel teórico, entenderse que pudiera concurrir la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño o lesión sufrida, presupuesto necesario para que sea viable una acción de responsabilidad patrimonial con la consiguiente obligación de indemnizar. De este modo, no cabe duda de que la aparición del Covid-19 debe ser considerado como un hecho calificable de fuerza mayor. Cuestión diferente constituyen los efectos dañinos que las medidas adoptadas por las diferentes Administraciones Púbicas para responder a la situación generada por la pandemia puedan generar en los ciudadanos. Si el daño o lesión es provocado directamente por la existencia del Covid-19 la única causa capaz de exonerar a la Administración con relevancia jurídica viene configurada por la fuerza mayor. Ahora bien, si la lesión sufrida por el particular viene provocada, directa o indirectamente, por la actuación o inactividad de la Administración, como consecuencia de la gestión de la crisis sanitaria, el motivo de exoneración aparecerá inexorablemente vinculado a la antijuridicidad como requisito necesario para que el daño alcance el concepto de lesión, y por tanto, al deber jurídico de soportar el daño de conformidad con la Ley, tal y como preceptúan los arts. 32.1 y 34.1, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Púbico. Una hipotética y eventual responsabilidad de las Administraciones sólo puede obedecer a una acreditada imprevisión con

relación a los efectos de la pandemia, así como, en su caso, con relación a las medidas adoptadas y aplicadas durante la gestión de la crisis sanitaria.

Las resoluciones expresas del Consejo de ministros por las que se desestiman las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador formuladas en relación con la aplicación de las medidas contenidas en el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 y sus prórrogas indican al efecto:

"SÉPTIMO. –Fuerza mayor

En relación con la fuerza mayor señalar que la consideración de la epidemia como supuesto de fuerza mayor puede operar como circunstancia exoneradora o limitadora de la responsabilidad administrativa. Una consolidada jurisprudencia ha entendido la fuerza mayor como un suceso imprevisible o irresistible provocado por una causa que escapa de la esfera de actuación de la Administración.

La crisis generada por el COVID-19 puede encuadrarse en esta definición en la medida en que esta enfermedad ha surgido por una causa extraña al funcionamiento de los servicios públicos y ha generado daños que, aún en el supuesto de haberse adoptando las medidas de prevención exigibles por los reclamantes, no es posible asegurar que se hubieran podido evitar.

Efectivamente, el virus no ha cerrado los establecimientos, pero la pandemia originada por el virus ha exigido la actuación excepcional de los poderes públicos frente a la misma."

Como dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de diciembre de 2001: *"el concepto de fuerza mayor recogido en nuestro Código Civil no ha sido interpretado siempre de forma unánime por la jurisprudencia, que ha requerido mayoritariamente un elemento de externalidad en la producción del suceso imprevisible o inevitable. Salvada esta circunstancia, no puede decirse que dicho concepto, que responde a una de las categorías generales de la teoría del Derecho, sea sustancialmente distinto del que aplica el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al afirmar que consiste en las circunstancias anormales, ajenas al operador y cuyas consecuencias aparezcan como inevitables o sólo susceptibles de ser evitadas al precio de sacrificios excesivos, a pesar de toda la diligencia empleada, y que no cubre los riesgos comerciales normalmente asumidos por los operadores."* En este sentido, se pronunció la Audiencia Nacional en relación con los daños

ocasionados por la huelga de controladores aéreos y el estado de alarma que el Gobierno declaró en el año 2010 (entre otras, Sentencia de 15 de abril de 2013), al considerar que los hechos constituían un supuesto de fuerza mayor.

En relación con ello, pueden traerse a colación las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1997, 3 de diciembre de 1999 o 5 de abril de 2000, dictadas en unificación de doctrina, que conjugaron las notas caracterizadoras de la fuerza mayor (ajenidad al servicio, imprevisibilidad e inevitabilidad) y las limitaciones derivadas del estado de la ciencia, para negar la existencia de responsabilidad patrimonial derivada, en esos supuestos, del contagio del virus de la hepatitis C. Dicha resoluciones judiciales consideran que el desconocimiento de la caracterización del virus de la hepatitis C y de los medios que evitaran su propagación constituye un supuesto de fuerza mayor y no de caso fortuito, no sólo porque no estaba al alcance de la Administración sanitaria evitar su contagio (inevitabilidad) y, además y sobre todo, porque la limitación de la ciencia en un momento dado no puede ser considerada como una circunstancia o hecho que se encuentre dentro del círculo de acción del servicio sanitario sino que le viene impuesto forzosamente, ya que no está en su mano suplir el carácter lento y paulatino del progreso científico.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en la ya mencionada Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021, indica:

"Y esa interpretación integradora se plantea también, a nuestro juicio, en el supuesto ahora debatido. En efecto, y aunque algunos sectores doctrinales pusieron de manifiesto desde el primer momento que la gravedad de la crisis hubiera podido justificar la declaración del estado de excepción, lo cierto es que la epidemia –o pandemia, por mejor decir- que inicialmente justificó siguiendo la interpretación ("originaria", estricta y mayoritaria) de la ley, la declaración del estado de alarma, alcanzó rápidamente, como señalábamos en el Auto anteriormente citado (FJ 4.b.ii), dimensiones "desconocidas y, desde luego, imprevisibles" Así resulta claramente de los debates constituyentes y de los trabajos legislativos que configuraron el régimen vigente en esta materia, en los cuales no parece contemplarse una situación tan excepcional por su generalidad y su gravedad como la que actualmente ha de afrontarse. Estas dimensiones, desconocidas e imprevisibles, llevaron a la autoridad competente a una respuesta imprevista, declarando el estado de alarma (único disponible, según la interpretación "originalista" y mayoritaria en la doctrina), si bien incluyendo medidas que en el curso de este proceso se discuten esencialmente por su cuestionable adecuación a dicho estado. Medidas que –no es ocioso recordarlo- son en gran parte similares a las adoptadas por otros países cercanos al nuestro, por más que las diferencias estructurales existentes entre los diversos

ordenamientos hayan generado, lógicamente, controversias formuladas en distintos términos. (…) Cuando una circunstancia natural, como es una epidemia, alcanza esas "dimensiones desconocidas y, desde luego, imprevisibles" para el legislador a que aludíamos en nuestro reiterado ATC 40/2020 (…)".

En este sentido, el Tribunal Constitucional habla claramente de "dimensiones, desconocidas e imprevisibles, llevaron a la autoridad competente a una respuesta imprevista". Asimismo, desde la perspectiva del tiempo transcurrido desde la declaración de pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud y atendiendo a la realidad vivida en un contexto mundial durante todo este tiempo, no es posible afirmar que nos encontramos ante una situación que era previsible y que se podía haber evitado atendiendo al estado de la ciencia".

Por su parte, el Consejo de Estado, entre otros, en dictámenes n.º 75, 1200, 1690 y 1699 del año 2022 señala al efecto que:

"Los hipotéticos perjuicios sufridos por la parte reclamante no se debieron, pues, ni a un trato discriminatorio por parte del Ministerio de Sanidad, ni a que las medidas adoptadas por este -que estaban encaminadas a aminorar los efectos de la situación habida- fueran defectuosas o erróneas. Traen causa de la situación de epidemia habida, a cuya causación resultó completamente ajena la Administración, y cuya gravedad e intensidad superó las peores previsiones imaginables. El gran número de fallecimientos, de personas afectadas, de enfermos graves y de ingresos hospitalarios exigió la adopción de medidas extraordinarias a fin de atajar la situación; medidas que, por su excepcionalidad, alteraron el normal desenvolvimiento de la vida cotidiana y resultaron especialmente incómodas y aún gravosas. La epidemia constituyó un acontecimiento insólito, inevitable e incontrolable a la vista del estado de la ciencia en el momento de generarse. Todo este rimero de circunstancias impide apreciar la existencia de una relación de causalidad entre el quehacer de los servicios administrativos y las consecuencias de las medidas administrativas adoptadas".

El Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 indica en su exposición de motivos, en relación a las medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos que las pérdidas de actividad consecuencia del COVID-19 tendrán la consideración de fuerza mayor a los efectos de la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada, agilizándose la tramitación de los procedimientos de regulación de empleo, tanto por fuerza mayor, como por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. De este modo en su artículo 22.1., relativo a las medidas excepcionales en relación con los

procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor establece:

"1. Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

En relación con las actividades que deban mantenerse de acuerdo con la declaración del estado de alarma, otras normas de rango legal o las disposiciones dictadas por las autoridades delegadas en virtud de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se entenderá que concurre la fuerza mayor descrita en el párrafo anterior respecto de las suspensiones de contratos y reducciones de jornada aplicables a la parte de actividad no afectada por las citadas condiciones de mantenimiento de la actividad".

La Audiencia Nacional con relación al precedente existente en nuestro ordenamiento jurídico de declaración de estado de alarma, Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, con motivo del abandono masivo de los controladores aéreos de sus puestos de trabajo y, al resolver sobre las pretensiones articuladas de responsabilidad patrimonial como consecuencia del cierre del espacio aéreo consideró la existencia de un supuesto de fuerza mayor que exoneraba a la Administración de cualquier responsabilidad al efecto. En este sentido se pueden citar las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2013 (recurso de apelación n.º 108/2012), de 24 de febrero de 2014 (recurso de apelación n.º 29/2013), de 28 de febrero de 2014 (recurso de apelación n.º 110/2013), de 7 de marzo de 2014 (recurso de apelación n.º 17/2013), de 26 de mayo de 2014 (recurso de apelación n.º 124/2013), de 2 de junio de 2014 (recurso de apelación n.º 18/2014) y de 27 de octubre de 2014 (recurso de apelación n.º 48/2014), señalando esta última:

"Sí conviene recordar que este tribunal aprecia la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor, entendiendo que la previa existencia de una situación de descontento o de un ambiente de conflictividad laboral por parte del colectivo de controladores aéreos no justifica la exigencia de que AENA pudiese prever una situación como la que se produjo, de concierto para el abandono masivo de los puestos de trabajo por parte de dicho colectivo, puesto que tal actuación no responde a ninguna de las medidas o cauces a través de los cuales los trabajadores pueden actuar en defensa de sus derechos laborales o de legítimas reivindicaciones, por el contrario, tal medida excede de manera palmaria los límites de cualquier forma de planteamiento de un conflicto laboral. Tampoco estamos ante un supuesto en el que la empresa pudiera adoptar medidas para cubrir unos servicios mínimos, puesto que en ningún momento hubo una convocatoria formal de huelga, sino que se acudió a una argucia, como fue la presentación de partes médicos de baja, para revestir de aparente legalidad una acción deliberadamente rebelde al cumplimiento de sus obligaciones laborales. Se indica en las anteriores resoluciones dictadas sobre esta cuestión que, admitiendo como hecho incuestionable que el origen o causa del cierre de los puestos de control y del inevitable cierre del espacio aéreo, ante la imperiosa necesidad de garantizar la seguridad de las personas y de las aeronaves, fue la actuación premeditada y concertada de los controladores aéreos, que sin previo aviso y sin acudir a los cauces previstos en la normativa de aplicación para situaciones de conflictividad laboral, abandonaron masivamente sus puestos de trabajo bajo el pretexto de incapacidad física o psíquica sobrevenida, siendo plenamente conscientes de que tal situación no podía ser paliada de forma inmediata sin crear un auténtico caos en los aeropuertos, haciendo imposible el desarrollo de la navegación aérea, parece claro que lo que se pretendió fue generar tal situación, cuya consecuencia no podía ser otra que el cierre del espacio aéreo. Y que, siendo también incuestionable que los controladores aéreos son empleados públicos de AENA, lo que en principio podría dar lugar a la responsabilidad directa de la Administración demandada, en los términos del artículo 145 LRJPAC, se hace preciso examinar la cuestión desde el doble prisma, de la responsabilidad de AENA por los daños sufridos por la reclamante consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, al amparo del artículo 139, y de la responsabilidad directa por los daños y perjuicios causados por el personal a su servicio, conforme al artículo 145. Se concluye que "la situación no tuvo precedente en la actuación del colectivo de controladores aéreos, que ningún anuncio había hecho que permitiese a AENA prever que se iba a concertar la adopción de una actuación de tal gravedad. Siendo, en todo caso, difícil alcanzar de qué manera se podrían haber evitado las consecuencias de esa conducta con mayor rapidez y eficacia. En este sentido, ninguna duda cabe de que el cierre del espacio aéreo resultó inevitable, en garantía de la seguridad aérea, una vez constatado el "plante" de la mayoría de los controladores aéreos que tenían que prestar servicio en cada turno y centro de control. Pues a AENA compete, en virtud del Real Decreto 1161/1999, el deber de garantizar el tránsito aéreo con seguridad, fluidez y eficacia, y dirigir, coordinar, explotar y gestionar los servicios de seguridad en los aeropuertos. Y a tal deber de garantizar la seguridad responde el cierre del espacio aéreo, que supuso la cancelación de numerosos vuelos, con los consiguientes perjuicios para usuarios y empresas del sector, sin que tal actuación, dirigida, como decimos, a garantizar la

seguridad del tráfico aéreo, pueda constituir un título de imputación del que derive responsabilidad para AENA." La oportunidad y necesidad de tal medida viene avalada por el RD 1611/10, de 3 de diciembre, por el que se encomienda transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA. En la exposición de motivos se justifica la atribución al Ministerio de Defensa de la dirección del control de la circulación aérea general en todo el territorio nacional hasta tanto existan garantías de que se recupera la normalidad en la prestación de sus servicios por los controladores aéreos civiles, exponiendo que "Vistas las circunstancias extraordinarias que concurren por el cierre del espacio aéreo español como consecuencia del conflicto provocado por los controladores de tráfico aéreo que, mediante una acción concertada, han resuelto, sin aviso previo, no desarrollar en la tarde del día 3 de diciembre de 2010 su actividad profesional, y teniendo en cuenta que estos hechos suponen una gravísima lesión de los derechos de los ciudadanos y de la libertad y seguridad y continuidad del tráfico, originan un gravísimo perjuicio a los propios ciudadanos y a las compañías aéreas, y con independencia de las responsabilidades de todo orden en que hayan incurrido los mencionados controladores(...)". Y también por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, en el que se califica la situación desencadenada por el abandono de sus obligaciones por parte de los controladores civiles de tránsito aéreo de "calamidad pública de enorme magnitud por el muy elevado número de ciudadanos afectados, la entidad de los derechos conculcados y la gravedad de los perjuicios causados". Evidenciándose una situación absolutamente excepcional, grave, imprevisible e inevitable, generada de manera premeditada y voluntaria por los controladores aéreos, con la clara finalidad de colapsar el tráfico aéreo, haciéndolo inviable en las exigibles condiciones de seguridad, y obligando a AENA a adoptar medidas urgentes y excepcionales que no podían ser otras que el cierre de las posiciones de control, desatendidas por la mayor parte de los controladores que tenían que prestar servicio en ellas, con el consiguiente cierre del espacio aéreo. Constituyendo para AENA tal situación un supuesto de fuerza mayor, tal como se razona en la sentencia de instancia, cuyos razonamientos se acogen por la Sala. Tal conducta de los controladores aéreos fue dirigida directamente contra la entidad pública de la que dependían y en la que prestaban sus servicios, aun cuando las consecuencias dañosas para los ciudadanos y para las compañías aéreas y demás empresas del sector eran fácilmente previsibles y fueron asumidas y aceptadas por quienes crearon tal situación. Los anteriores razonamientos, que excluyen la responsabilidad patrimonial de AENA, conforme al artículo 139 LRJPAC, por concurrir fuerza mayor, se han de enlazar con el análisis de la invocada responsabilidad directa de dicha entidad, con fundamento en el artículo 145 de la misma ley".

El art. 34.1 LRJSP dispone:

"Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o

circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

Cuando la norma se refiere al estado del conocimiento de la ciencia o técnica se está refiriendo principalmente a criterios valorativos para determinar si la lesión sufrida por el particular reviste o no el carácter de antijurídica, es decir, si el particular tiene o no el deber de soportar el daño.

No cabe duda de que el conjunto de medidas adoptadas por las Administraciones Púbicas durante la gestión de la crisis sanitaria estuvo condicionado por los descubrimientos que se fueron produciendo paulatinamente acerca de los modos y maneras de transmisión del coronavirus. Ante esta situación, el enjuiciamiento de los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración debe tener en cuenta, si en cada momento y con base en la información científica existente, se pudo prever el alcance y magnitud de la pandemia y, si una vez conocida la misma y su existencia, se adoptaron medidas de contención adecuadas, necesarias y proporcionales, de conformidad con los conocimientos científicos disponibles.

La STC 40/2020, de 30 de abril, por la que se inadmite a trámite el recurso de amparo 2056-2020, promovido por la Central Unitaria de Traballadores/as (CUT) en proceso contencioso-administrativo sobre ejercicio del derecho de reunión, establece en su fundamento jurídico sexto:

"ii) En el supuesto que nos ocupa, la limitación del ejercicio del derecho tiene una finalidad que no sólo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los arts. 15 CE (garantía de la integridad física de las personas) y 43 CE (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Es aquí donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del Estado de alarma. Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que, en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación de la COVID-19. En el estado actual de la investigación científica, cuyos avances son cambiantes con la evolución de los días, incluso de las horas, no es posible tener ninguna certeza sobre las formas de contagio, ni sobre el impacto real de la propagación del virus, así como no existen certezas científicas sobre las consecuencias a medio y largo plazo para la salud de las personas que se han visto afectadas en mayor o menor medida por este virus. Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el art.

9.3 de la Constitución, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han adverado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas y, desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981".

A mi juicio, la pandemia derivada del COVID-19 supone un supuesto de fuerza mayor pero lo anterior no significa que la actuación de las Administraciones Públicas durante la gestión de la crisis sanitaria no pueda, en teoría, haber ayudado a mitigar o agravar los perjuicios sufridos por los particulares durante la misma, por lo que se deberán analizar las medidas adoptadas, su efectividad y si los particulares afectados tenían el deber jurídico de soportarlas.

En el ámbito sanitario específico, se pueden identificar cuatro categorías principales de reclamaciones presentadas ante las administraciones sanitarias durante la gestión de la pandemia:

1º.- Falta de medios materiales: Estas reclamaciones se refieren a la ausencia de recursos adecuados, como respiradores, en los casos en los que los pacientes los necesitaban. Esto incluye situaciones en las que los pacientes no tuvieron acceso a unidades de cuidados intensivos (UCI) o se retrasó su ingreso en ellas.

2º.- Falta o error de diagnóstico de Covid-19: En esta categoría se incluyen reclamaciones relacionadas con la falta de detección o el diagnóstico incorrecto de Covid-19. Estas reclamaciones se basan en la existencia de indicios razonables que aconsejaban la realización de pruebas de detección, pero que no se llevaron a cabo debido a la consideración de que el paciente no presentaba riesgo o debido a resultados falsos negativos.

3º.- Reclamaciones de profesionales sanitarios por falta de equipos de protección individual (EPI): Esta categoría se refiere a las demandas presentadas por los profesionales de la salud debido a la falta de suministro adecuado de EPI. Los profesionales sanitarios reclaman que no se les proporcionó el equipo necesario para protegerse mientras atendían a pacientes infectados por Covid-19.

4º.- Demoras en el diagnóstico, tratamiento y cirugía programada: Esta categoría engloba las reclamaciones de personas que no eran portadoras del coronavirus pero que experimentaron

demoras en el diagnóstico, tratamiento, realización de pruebas de diagnóstico o en la realización efectiva de una cirugía programada. Estas demoras fueron consecuencia de la priorización de la atención sanitaria hacia los pacientes que padecían Covid-19.

Resulta evidente que los casos mencionados en la cuarta categoría también pudieron presentarse en el ámbito del control gestacional durante la pandemia. Debido a demoras en el diagnóstico como consecuencia de retrasos en la realización de ciertas pruebas o en el traslado de los resultados a los progenitores, lo que pudo haber privado a los padres de ejercer su derecho de elección a tiempo. Esto es especialmente relevante debido al riguroso sistema de plazos establecido por la Ley Orgánica 2/2010. También pueden surgir casos de imposibilidad de realizar pruebas de diagnóstico de manera efectiva debido a las circunstancias de la pandemia, o, incluso supuestos de falta de información dadas las restricciones existentes y la práctica ausencia de relaciones entre facultativos y pacientes.

La cláusula de progreso y su efectividad implican en el ámbito sanitario, que ciertas actuaciones, aunque causen una lesión, pueden no generar responsabilidad si, en el momento en que se llevaron a cabo, el estado del conocimiento o los avances científicos no permitían prever que dichas actuaciones causarían daño al particular.

Se puede justificar la exoneración de responsabilidad de la administración sanitaria con base al desconocimiento científico de una determinada enfermedad o infección, así como de los medios específicos que pueden garantizar su curación o prevenir y mitigar su propagación. Esa justificación se basa en el estado de los conocimientos médicos o sanitarios en el momento en que se produjo el daño. A estos efectos resulta necesario acreditar y demostrar cuál era el estado de la ciencia médica en el momento específico en que se brindó la atención sanitaria, y si dicha atención se ajustaba a dicho estado. Esto implica evitar el enfoque retrospectivo tan común en las reclamaciones de responsabilidad, y examinar los hechos teniendo en cuenta la información y el conocimiento disponibles en el momento concreto en que se realizó la prestación sanitaria concreta, en nuestro caso, en el momento específico en que se produjo el diagnóstico prenatal.

Al igual que ocurre con la acreditación de fuerza mayor, la concurrencia de causa de exoneración derivada del estado del conocimiento de la ciencia y de la técnica, que supone la ruptura del

nexo causal, incumbe a la Administración sanitaria, entrando en juego además el principio de facilidad probatoria de conformidad con la jurisprudencia dictada al efecto[288].

Como ejemplo de la aplicación de la cláusula de progreso en el ámbito sanitario, podemos mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de diciembre de 2015, Recurso de Casación en Unificación de Doctrina número 1444/2014. En este caso, se resolvía una pretensión indemnizatoria relacionada con reclamaciones por contagios de VIH en los cuales no se apreciaba responsabilidad patrimonial debido al estado de la ciencia en ese momento. Las limitaciones de la capacidad científica de esa época se consideraban como un caso de fuerza mayor que impedía establecer una relación de causalidad. Sin embargo, en el caso de la sentencia objeto de impugnación, el estado de la ciencia había evolucionado y ya se había establecido la normativa que fijaba los requisitos mínimos para la donación de sangre y los centros de transfusión. En ese contexto, se había llegado al conocimiento de la transmisión del virus a través de la transfusión sanguínea, lo que justificaba la indemnización por los daños y perjuicios causados.

[288] STS 26.4.2018 Rec. 3424/2015: "Así planteada la controversia, el problema reside esencialmente en la valoración de la prueba, admitiéndose una cierta flexibilización en el reparto de la carga que incumbe a cada una de las partes en aplicación del principio de facilidad probatoria:
"Nos encontramos con un problema que reside en la prueba de que lo actuado en este caso ha sido lo indicado en términos médicos o no. Por otro lado, se aprecia en este ámbito una moderación de la carga de la prueba impuesta al paciente en aplicación del principio de facilidad probatoria, invirtiéndose aquella al imponerse a la Administración la prueba de que su actuación fue en todo caso conforme a las exigencias de la lex artis . Así la STS de 9 de diciembre de 2008 , establece: "En materia de prestación sanitaria se modera tal exigencia de prueba del nexo causal en aplicación del principio de facilidad de la prueba, a que alude la jurisprudencia (Ss. 20-9-2005 , 4-7 - 2007 , 2-11-2007), en el sentido que la obligación de soportar la carga de la prueba al perjudicado, no empece que esta exigencia haya de atemperarse a fin de tomar en consideración las dificultades que normalmente encontrará el paciente para cumplirla dentro de las restricciones del ambiente hospitalario, por lo que habrá de adoptarse una cierta flexibilidad de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o diabólica, principio que, como señala a citada sentencia de 4 de julio de 2007 , "obliga a la Administración, en determinados supuestos, a ser ella la que ha de acreditar, precisamente por disponer de medios y elementos suficientes para ello, que su actuación fue en todo caso conforme a las exigencias de la lex artis, pues no sería objetiva la responsabilidad que hiciera recaer en todos los casos sobre el administrado la carga de probar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica"."
De modo que teniendo esto presente, así como lo establecido por el artículo 141 de la Ley 30/1992, dicho reparto quedaría del modo que sigue:
"En relación con la carga de la prueba en la aplicación de lo dispuesto por este articulo 141 de la Ley 30/92, se afirma que la acreditación del estado del saber y de la ciencia en cada caso es una cuestión que recae sobre la Administración. El particular, siguiendo el principio general de la carga de la prueba que resulta del artículo 217 de la ley 1/2000 , deberá acreditar solamente la existencia del daño, la relación de causalidad y, en su caso la violación del criterio de normalidad representado por la lex artis; la Administración, si considera que en un caso concreto no hay responsabilidad por aplicación de la cláusula del articulo 141,1 deberá acreditar que no le fue posible a la administración sanitaria evitar la producción del daño y que la actuación de la Administración fue acorde a la lex artis del momento de prestación de la asistencia sanitaria (STS 3ª de fecha 31 de Mayo de 1999)."

IV. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Análisis de casos

STS de 6 de junio de 1997, n.º 495/1997, recurso 165/1993.

Supuesto de hecho: niño que padece síndrome de Down.

Supuesto de hecho: gestante que, ante una situación derivada de un diagnóstico de alto nivel de riesgo, tanto para la madre como para el feto, se la prescribe la realización de determinadas pruebas médicas, entre las cuales estaba la "amniocentesis" basada en la extracción de líquido amniótico para realizar la prueba correspondiente. Dicha prueba por determinadas causas no constatadas fracasó, conociéndose tal resultado el día 7 de julio de 1.989, sin que se le notificara a la paciente tal evento, hasta el mes de septiembre siguiente, a pesar de que el 14 de julio, la recurrente, demostró su interés en reconocer el resultado. Cuando dicha madre gestante conoció el fracaso de las pruebas, ya no se podía proceder de una manera legal a interrumpir voluntariamente su embarazo, por haber transcurrido el plazo legal para ello.

La sentencia califica el nacimiento del niño con síndrome de Down como daño al indicar: *"surge en el presente caso 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. Puesto que si la misma hubiera sabido con el suficiente tiempo, el fracaso de las pruebas determinantes de la situación del feto dentro del límite de tiempo legal, hubiera actuado en consecuencia y dentro del amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se hubiera prestado a la intervención médica de interrupción del embarazo, y si ello no fue así se debió a la actuación negligente de la Dra. R.P.T., que no le comunicó a su tiempo el fracaso de las pruebas, lo que se hubiera podido remediar con la repetición de las mismas o con otras de igual garantía o fiabilidad, pues había plazo suficiente aun, como ya se ha indicado, para proceder a interrumpir el embarazo dentro del plazo legal permisivo".*

La sentencia hace mención a la acción de *wrongful life*, pero en puridad se ejercitó una acción por *wrongful birth* por parte de la madre. Los perjuicios reconocidos en sentencia son la privación de la facultad de elección a la madre, el daño moral por impacto psíquico y la atención especial que requiere la crianza de un niño con síndrome de Down, fijando un montante global de 50 millones de las antiguas pesetas sin diferenciar cada uno de los conceptos indemnizados*: "Desde*

luego, aquí surge la figura conocida en el derecho americano con el nombre de "Wrongful life" -el niño nace con taras, pero la única otra alternativa posible era que no hubiera nacido-; ahora bien, el daño derivado del referido dato no es patrimonial y para su valoración, siempre evanescente dada la dificultad de fijar parámetros económicos a una tara como es la derivada del síndrome de Down, hay que tener en cuenta varios aspectos, como es el del impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por si mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas; lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada. Todo lo cual hace posible y hasta lógica el montante de la suma reclamada por la parte, ahora, recurrente".

Comentario

Esta primera sentencia del TS identifica el daño con el nacimiento del niño discapacitado. De hecho, constituye la única sentencia que identifica el daño con el nacimiento de la persona con discapacidad.

En primer lugar, llama la atención, vista la evolución posterior jurisprudencial, que el nacimiento del niño con síndrome de Down sea considerado como daño a efectos de determinar el concepto de lesión en el ámbito de la acción de responsabilidad civil entablada. La sentencia se equivoca al calificar la acción como *wrongful life* en vez de *wrongful birth*, ya que es ejercitada por la madre en su propio nombre contra los facultativos que la atendieron durante la gestación, el hospital y el Servicio Valenciano de Salud. Ahora bien, a mi juicio resulta coherente la tipología de perjuicios objeto de indemnización: privación de la facultad de elección por parte de la madre, impacto psicológico por falta de preparación ante el nacimiento de un niño discapacitado y gastos derivados de la atención permanente hacia al niño discapacitado durante su vida, con la calificación del nacimiento como daño, ya que los dos últimos efectivamente acontecen con el alumbramiento del niño.

STS de 04-02-1999, n.º 1242/1998, recurso 2236/1994.

Supuesto de hecho: Niña que al nacer se la detectaron múltiples anomalías congénitas, consistentes en: ausencia de antebrazo y mano izquierda; el brazo derecho con la mano con dedos fusionados; miembro inferior izquierda presenta ausencia de la pierna y el pie; en el lado izquierdo y derecho sólo existe medio muslo; hipoplasia lingual con anquiloglosia; imperforación anal.

Durante la gestación se practicaron a la madre todas las pruebas pertinentes de conformidad con un embarazo de "bajo riesgo". La sentencia dictada en primera instancia deduce que si bien por la doctora responsable del seguimiento de la gestación se efectuaron, correctamente conforme a los protocolos para un embarazo de bajo riesgo, las correspondientes ecografías del Nivel I, para las cuales la misma tenía unos conocimientos básicos, utilizando, igualmente, un equipo elemental, de haberse, realizado una ecografía de Nivel II, o, incluso una de Nivel I analizada por un especialista se hubieran aumentado considerablemente las posibilidades de poder detectar tales anomalías congénitas estructurales y entonces, poder tener la posibilidad los actores de tomar la solución más adecuada a sus intereses y decidir entre continuar la gestación o proceder al aborto. Partiendo del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración condena al INSALUD al abono de 75 millones de pesetas. Identifica la individualización del daño directamente en la hija. Recurrida en apelación la sentencia de la Audiencia anula la de primera instancia al considerar la inexistencia de culpabilidad en el actuar de los facultativos, dado que se trataba de un embarazo de bajo riesgo y observancia de todos los protocolos de actuación aplicables sin que se puedan catalogar todos los embarazos como de alto riesgo y, por tanto, aplicárseles al seguimiento, siempre, técnicas extremas, como los niveles II y III de ecografía por especialistas radiológicos. Tras las pruebas periciales practicadas, llega la conclusión de que las pruebas diagnósticas ecográficas de cribaje efectuadas durante el embarazo fueron las correctas y adecuadas ante un embarazo de bajo riesgo. Del mismo modo, concluye que el profesional que practicó las ecografías con más de 28 años de experiencia en el diagnóstico prenatal resulta un especialista en la materia, habiéndose dado estricto cumplimiento a la *lex artis* por lo que no concurre un supuesto de responsabilidad patrimonial. De este modo, descartado el incumplimiento de la *lex artis* y centrado el daño en la supuesta privación de la facultad de elección por optar por una interrupción eugenésica del embarazo, considera innecesario analizar existencia de relación de causalidad entre el daño y la asistencia sanitaria prestada, dada la corrección de esta última.

La STS establece que el art. 15 CE reconoce el derecho a la vida y a la integridad y los preceptos del Código Penal contenidos en el art. 417 bis recogen supuestos de impunidad de los abortos producidos en las circunstancias que describen, pero ni de dichos preceptos ni de la sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 de 11 de abril, que reconoció la conformidad de la ley despenalizadora con el texto de la Constitución , puede colegirse la conclusión de que exista derecho al aborto , es simple opción a tomar por la interesada, cuando concurran las

condiciones legales, quedando el aborto impune por un expresa declaración del precepto legal. De este modo, se niega por el TS la existencia de un derecho al aborto, por lo que la demanda deja de tener sustento, al no poder invocar la lesión de un derecho del que no se es titular, por lo que no se puede reclamar un daño en relación con no haber podido interrumpir voluntariamente el embarazo

Asimismo, la sentencia resalta que no existe constancia alguna de que los progenitores de haber conocido que el niño nacería con esa deficiencia en su extremidad superior hubieran optado por la interrupción del embarazo.

Comentario

La sentencia, de modo adecuado, vincula la privación de la facultad de elección por falta de información durante la gestación de la malformación del feto, al análisis de la adecuación de las pruebas ecográficas de diagnóstico llevadas a cabo. Analiza el estándar de prestación del servicio en estos supuestos con análisis de los estudios ecográficos que realiza el Servicio Aragonés de Salud en embarazos de bajo riesgo como el presente, conforme a los protocolos establecidos, llegando a la conclusión que cumplen los medios empleados con los que se utilizan habitualmente para el screening de la población, descartando de esta forma el incumplimiento de la *lex artis*.

Si durante la gestación se han empleado los medios, tanto personales como materiales, adecuados al estado de la ciencia en ese momento, y se acredita que se han utilizado de modo correcto las técnicas adecuadas sin ningún tipo de error o negligencia, no es posible reconocer que se ha producido una privación del derecho de elección de los padres por falta de información. Por tanto, el error o insuficiencia de diagnóstico actúa como presupuesto de hecho necesario para que pueda surgir un derecho indemnizatorio. Sin error de diagnóstico, sin omisión de pruebas de diagnóstico procedentes, no es factible la fundada articulación de una pretensión indemnizatoria por responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria.

Más discutible resulta la consideración que efectúa la STS en relación con la imposibilidad de interrumpir el embarazo y subsiguiente imposibilidad de considerar lesionado la facultad de elección. De conformidad con Sánchez González[289]: "*Frente a ello, considero esta resolución, cuanto menos, censurable. Sin entrar a debatir sobre la calificación del aborto como derecho, parece claro que la*

[289] Sánchez González, Margarita, op. cit.

interrupción voluntaria del embarazo es una posibilidad que nuestro ordenamiento jurídico pone a disposición de los ciudadanos. Actualmente, esta posibilidad se encuentra recogida en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, pero cabe resaltar (y esto es lo más sorprendente) que en el año en el que fue dictada la resolución ahora examinada, el Tribunal Constitucional ya había establecido en su STC 11 de abril de 1985 que la base de despenalización del aborto «se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre», además de considerar el aborto como una expresión del derecho de autodeterminación, «íntimamente vinculado con el libre desarrollo de la personalidad». Por tanto, el rechazo de la acción sobre la base de la inexistencia de un derecho al aborto para la gestante carecía realmente de una base jurídica y el Tribunal Supremo debió haber entrado al fondo del asunto".

La STS insiste en que los facultativos cumplieron con la *lex artis* ad hoc, sin que su actuación influyera en el nacimiento de una niña tan tristemente afectada por malformaciones y deformidades, dado que es fruto de la genética.

Exige una acreditación de que la madre hubiera interrumpido el embarazo de conocer la situación del feto*: "Además es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo"*. Como, a continuación, expondré, esta exigencia de acreditar la voluntad de interrumpir el embarazo se diluye en la jurisprudencia posterior.

Rechaza rotundamente que el nacimiento en esas circunstancias sea un daño "per se", aunque realiza una afirmación sumamente importante al señalar 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"*.

STS de 07-06-2002, n.º 581/2002, recurso 3834/1996

Supuesto de hecho. Niño con síndrome de Down. Durante el embarazo no se informó a la gestante de avanzada edad de las pruebas existentes para determinar la existencia de anomalías en el feto, privándose a aquella de la facultad de optar por decidir entre la continuidad de la gestación o la interrupción del embarazo.

El TS identifica el supuesto daño producido con la imposibilidad de llevar a cabo el derecho de elección entre continuar el embarazo o interrumpirlo producido por la falta de información

adecuada por el facultativo, dado que evitar que el niño naciera afectado por el síndrome de Down 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.

Descarta la relación de causalidad entre la privación del derecho de elección y la falta de información de los facultativos ya que no queda en modo alguno acreditada la voluntad de la madre de haber interrumpido el embarazo de conocer las anomalías fetales. En consecuencia, al no existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido procede desestimación de la pretensión indemnizatoria

Comentario

La STS identifica el daño con la privación del derecho de elección como consecuencia de la falta de información adecuada del personal facultativo. Ahora bien, esa circunstancia no es suficiente si no se acredita suficientemente la intención de la madre de abortar de haber conocido el síndrome que afectará a su hijo precisando al menos un juicio de probabilidad cualificada no meras conjeturas. Al no existir prueba alguna de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto hubiera decidido interrumpir su embarazo se considera que no concurre el requisito de la relación de causalidad.

No considera suficiente el hecho de que la madre manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales de avanzada edad para tener al menos por indiciariamente acreditado que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome hubiera decidido abortar.

Como he indicado, la exigencia del citado requisito evolucionó posteriormente en el sentido de no resultar necesario acreditar la voluntad materna de interrumpir el embarazo.

STS de 18-12-2003, n.º 1184/2003, recurso 766/1998

Supuesto de hecho. Niño con una arteria umbilical única previamente informada y malformaciones genéticas y físicas consistentes en falta del riñón izquierdo, así como de todo el esqueleto de la parte izquierda de la pelvis y la extremidad inferior de este lado, malformaciones que se conocieron en el momento del parto.

Acción ejercitada por los padres en su propio nombre y en representación de su hijo.

Para el TS queda acreditada la conducta negligente de los facultativos que realizaron las ecografías durante el embarazo al no detectar las anomalías del feto, y como consecuencia de ello se imposibilitó que el ginecólogo pudiera proporcionar a los progenitores la información adecuada a la que tenían legítimo derecho.

Se fija una indemnización de daños y perjuicios en sesenta millones de para cuya determinación se tienen en cuenta:

-las expectativas de que se han visto privados los actores,

- la repercusión del hecho en sus vidas dada la entidad del evento producido,

-además del daño moral.

Comentario

En primer lugar, esta STS admite sin problema alguno que la acción se ejercite por los padres en su propio nombre y derecho, *wrongful birth*, pero también por los padres en nombre y representación de su hijo lo que determina un supuesto de ejercicio de *wrongful life*, aunque la sentencia no utiliza la citada terminología. Pero el dato irrefutable es que, en el fallo, al casar la sentencia recurrida, estima parcialmente la demanda entablada por los recurrentes (los padres y el hijo representado por aquellos).

En segundo lugar, no hace mención a que el daño se vincule directamente con la abrogación del derecho de elección ya que, en ningún momento indica que la falta de información adecuada privó a los padres de la facultad de decidir entre la interrupción del embarazo o continuar con la gestación. Al concretar el daño, la STS señala, por una parte, las expectativas de las que se han visto privados los actores. Expectativas que pueden quizás asimilarse con la privación del derecho de elección de los progenitores, aunque en ningún paraje de la sentencia hace mención expresa al citado derecho. En segundo lugar, las repercusiones que en sus vidas va a tener el evento producido, sin especificar de modo concreto cual es el contenido material de esas repercusiones. Y, por último, el daño moral que tampoco concreta y que al diferenciarlo es distinto de las expectativas de las que se ha visto privados.

En definitiva, un conjunto de daños que no se determinan de modo específico sino genérico y que se cuantifican de modo global, sin especificar el importe indemnizatorio que corresponde a cada uno de ellos.

Dada la indeterminación del daño esta STS plantea la duda de si es factible, en este tipo de acciones, considerar la lesión al derecho de información como un daño en sí mismo sin necesidad de vincularlo a la privación del derecho de elección.

STS de 19-07-2005, n.º 655/2005, recurso 720/1999.

Supuesto de hecho toxoplasmosis contraída durante la gestación y transmitida al feto.

Reclamación interpuesta por los padres en su propio nombre.

Ausencia de acreditación de incumplimiento de la *lex artis*. La sentencias de instancia y la del TS, de conformidad con la prueba practicada, no alcanzan una conclusión razonable sobre si en el actuar profesional del facultativo, de no realizar la prueba de toxoplasmosis, ha concurrido algún tipo de negligencia o culpa, dado el hecho y sus consecuencias, los informes y premisas obrantes y la falta de datos que evidencien de una forma objetiva la concurrencia del elemento culpabilístico por parte del facultativo, con especial mención del informe pericial emitido por un especialista en obstetricia y ginecología, que con rotundidad y contundencia, dictaminó que la atención dispensada, se ajustó a la *lex artis* y su actuación fue correcta desde el punto de vista profesional.

Comentario

El incumplimiento de la *lex artis* se comporta como un requisito necesario e imprescindible para fundamentar el ejercicio de este tipo de acciones. Su falta de acreditación por los reclamantes supone la desestimación de aquellas. La STS no entra analizar más consideraciones al faltar un elemento esencial cual es el incumplimiento de la *lex artis* por el facultativo responsable de controlar el embarazo.

STS de 21-12-2005, n.º 1002/2005, recurso 1986/1999.

Supuesto de hecho: niño con síndrome de Down. La madre se somete a pruebas prenatales específicas para la detección de anomalías, concretamente biopsia corial transabdominal bajo control ecográfico, de cuyo resultado fueron informados los progenitores

Reclamación efectuada por los padres en su propio nombre.

Las sentencias de instancia y apelación desestimaron la pretensión indemnizatoria de los padres, dado que en función de los datos aportados el diagnóstico se acomodó a la *lex artis*, debiéndose su equivocación, dado que el niño sufría síndrome de Down, al margen de error que existe en toda prueba, incluso en la efectuada del modo más diligente.

El TS estima el recurso de casación y condena al abono de 27 millones de pesetas a cada uno de los padres.

La sentencia determina que dos cuestiones son las realmente relevantes: si se advirtió de alguna posible anomalía en el feto diagnosticada en el periodo prenatal, como es el síndrome de Down, y si se proporcionó a los recurrentes la información adecuada una vez realizadas las pruebas, indicando que la sentencia recurrida en casación parte de la consideración equivocada de calificar la información como una obligación accesoria y de vincularla exclusivamente a la realización de las pruebas médicas para obtener el diagnóstico prenatal y no a la posterior del resultado diagnóstico.

La debida información constituye uno de los derechos más importantes del paciente. En el caso de diagnóstico prenatal se traduce en la información que por parte de los profesionales que practicaron la prueba y del centro hospitalario se debe de proporcionar a quien prestó su consentimiento y se sometió a las pruebas de 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, toda la información médicamente conocida y constatada, incluida la que resulta de una estadística de resultados, pues esto es en definitiva lo que representa su finalidad propia y lo que va a permitir a los interesados tomar la decisión que consideren más conveniente, tanto de presente como de futuro.

No lo entendió así la sentencia de instancia, puesto que no incluyó dentro del derecho de información invocado todos y cada uno de los extremos que pudieron ser advertidos en la prueba médica y, en particular, "la existencia de un dato perturbador que había sido desechado técnicamente por carecer de importancia". Este dato perturbador se conoce a través de la biopsia corial practicada a la madre (Porta 4/2,8-81/47xy+G?), y no fue comunicado a los progenitores, antes, al contrario, se les aseguró que el feto era cromosómicamente normal: 46 xy, y que no padecía Síndrome de Down, permitiendo la continuación de la gestación.

Al omitir esta información a los actores, se les privó de la posibilidad de ponderar la conveniencia de interrumpir el embarazo dentro de unos parámetros normales puesto que si

hubieran sabido con el suficiente tiempo el resultado informado o explicado de las pruebas hubieran podido actuar en consecuencia al encontrarse en tiempo de abortar.

Esa ausencia de adecuada información permite establecer una relación directa y negligente entre la actuación profesional del centro médico en el que se realizaron las pruebas y el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico para que, en función de esa información, poder tomar la decisión que, según su propia y libre convicción, se ajustaba más efectivamente a su proyecto vida, como es la opción de interrumpir el embarazo o continuar con el mismo.

Relación de causalidad que la STS desliga del hecho de que la madre alegue su intención de abortar, en lo que constituye un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria a estos supuestos de causalidad en la responsabilidad médico sanitaria, en los que debiera ser suficiente un simple juicio de probabilidad en razón a la mayor o menor situación de riesgo derivada de la edad de la madre y de la posibilidad legal y física de interrumpir su embarazo en función del diagnóstico prenatal, al tratase de una opción que no es posible obtener con absoluta seguridad de haber dispuesto de toda la información que fue omitida, puesto que depende sólo de la voluntad de la mujer y responde a criterios de los más variados, derivados del vínculo natural que se establece entre la madre y el "nasciturus" o de ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales.

El daño resulta no sólo del hecho haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir a cerca 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. El moral derivado de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que puede llegar a alcanzar edades medianas.

El patrimonial, 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.

Al margen de la indemnización quedan los demás perjuicios que no tengan relación con la discapacidad puesto se está en un supuesto de daños causados a los progenitores por la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá del que comporta ese plus que resulta de la discapacidad.

Comentario

En esta STS resalta el hecho de que la información que se debe suministrar a los progenitores debe ser todo lo exhaustiva posible poniéndoles en antecedentes de todas las posibilidades que pueden concurrir, aún a efectos de mera probabilidad. Deber de información agravado ante situaciones de gestación. Su ausencia determina la infracción de la *lex artis* por parte de los facultativos responsables.

En segundo lugar, a diferencia de las SSTS de 4 de febrero de1999 y 7 de junio de 2022, la acreditada intención de la madre de proceder a la interrupción de embarazo de haber dispuesto de la información suficiente, resulta irrelevante dada la complejidad probatoria de aquella, ya que, en definitiva, depende sólo de la libérrima voluntad de la mujer embarazada.

Tiene la virtualidad de distinguir el conjunto de daños susceptibles de ser reparados y su especificación. Distinguiendo entre los daños morales y los patrimoniales.

El moral en su doble vertiente de privación del derecho de elección e impacto psicológico por traer el mundo un niño discapacitado.

El patrimonial conformado por el coste de las pruebas diagnósticas y la especial atención y dedicación que los padres deben dedicar a la crianza de un niño afectado por Síndrome de Down, en comparación con la crianza de un niño sano.

Ahora bien, la indemnización se fija para cada uno de los progenitores en igual medida y cantidad 27 millones, por lo que la legitimación del padre se reconoce con la misma intensidad que la de la madre, sin efectuar diferenciación alguna con relación a los daños irrogados especialmente la privación del derecho de elección entre continuar con el embarazo o interrumpirlo, pese a que la propia sentencia considera que la decisión únicamente depende de la voluntad de la madre.

STS de 18-05-2006, n.º 481/2006, recurso 3337/1999.

Supuesto de hecho: niño que nace con síndrome de Down.

La madre se sometió a la prueba de la amniocentesis dado que tiene un pariente cercano con síndrome de Down. La amniocentesis practicada dio un resultado negativo, entendiendo como tal la no obtención de un cultivo suficiente para poder efectuar un estudio citogético, lo que exigía la obtención de una nueva muestra de la gestante y la repetición del análisis. Sin embargo, y pese al interés manifestado por la madre, ninguna gestión se hizo para la obtención de un nuevo análisis. Los padres no son informados del resultado negativo de la prueba, dado que en el momento que son conocedores del resultado fallido de la prueba no quedaba tiempo suficiente para proceder a un aborto eugenésico. El resultado fue el nacimiento de su segundo hijo con síndrome de Down.

La reclamación la efectúan los padres en nombre y representación de sus hijos menores. La sentencia de apelación que concreta las cantidades a indemnizar por los recurridos (ya que la de primera instancia había remitido su concreción al trámite de ejecución de sentencia) condena a abonar a los padres la suma de treinta millones de pesetas; a su hija hermana del niño con síndrome de Down, cinco millones; y a los actores, en representación del niño con síndrome de Down a la suma que resulte de multiplicar ciento cincuenta mil pesetas por el número de meses transcurridos desde el 30 de Noviembre de 1.944, hasta el día en que se realice el pago, y la misma suma mensual, incrementada o disminuida conforme al IPC.

De este modo, tanto la sentencia de instancia como la de apelación estiman tanto una acción de *wrongful birth* como por *wrongful life*.

La STS establece que no se informó adecuadamente a los progenitores del resultado fallido de la prueba y tampoco se acreditó en ningún momento que la madre renunciara a repetir la prueba de amniocentesis. La obligación de suministrar una información completa, continuada y veraz por cualquier medio fehaciente que no dejara lugar a duda sobre la entrega y recepción de esta, recae sobre el facultativo que vigila el embarazo y solicita la prueba analítica. Información que debe comprender las posibilidades y plazos de tiempo útil para repetirla, así como los riesgos clínicos derivados en caso de hacerla o no hacerla, dadas las consecuencias que pudieran derivarse de su falta, de tal.

Recurrida en casación la determinación de las cuantías objeto de condena en la sentencia de apelación, y en referencia a la correspondiente al niño que sufre síndrome de Down, el TS rechaza la existencia de incongruencia, porque los padres en su demanda efectuaron una única reclamación referida a cada uno de los perjudicados, y, a la STS le resulta evidente que la indemnización concedida al niño no es más que la concreción particularizada del perjuicio causado con motivo del incumplimiento, que la sentencias de instancia y apelación atribuyen a los facultativos y laboratorio y de la forma de satisfacerlo a través de una renta vitalicia, en garantía del principio de reparación íntegra del daño, como finalidad básica de la institución de la responsabilidad civil

La STS fija una condena a favor de los padres en la suma de treinta millones de pesetas. Así mismo, en nombre de su hija la suma de 5.000.000 ptas., y a ellos en representación de su hijo que padece síndrome de Down, la suma que resulte de multiplicar 150.000 ptas. por el número de meses transcurridos desde el 30 de noviembre de 1994, hasta el día en que se realice el pago. De igual modo, se condena a abonar, a la persona que ostente la patria potestad o tutela, en su caso del niño con síndrome de Down, la suma de 150.000 ptas. Mensuales, cuantía que se incrementará o disminuirá conforma a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo.

Comentario

Sin perjuicio de la deficiente fundamentación del recurso de casación por los condenados a abonar la indemnización, de esta STS merece la pena destacar que reitera la importancia sustancial del deber y correlativo derecho de información que asiste a los gestantes con relación a todas las posibles vicisitudes incluso probabilísticas que pueden acontecer en un proceso de gestación. En segundo lugar, ratifica la decisión previa de reconocer una indemnización directamente a la hermana del menor afectado y también, lo que resulta más significativo, al niño que sufre o padece la anomalía, en este caso, síndrome de Down, por lo que viene admitir la acción *wrongful life* aunque sin referirse a ella explícitamente. Establece como modo de indemnización a favor del menor una renta vitalicia durante el tiempo que viva a favor de quien ostente su patria potestad o tutela, con el fin de atender las necesidades de la persona con discapacidad.

Esta sentencia materialmente está reconociendo el ejercicio conjunto de acciones *wrongful birth* por parte de los padres y hermana del niño con discapacidad y, *wrongful life* por el propio hijo que padece síndrome de Down.

STS de 19-06-2007, n.º 667/2007, recurso 2047/2000.

Supuesto de hecho: niño con síndrome de Down, y a la madre no se la informó sobre la posibilidad de efectuar la prueba de amniocentesis.

Ejercitan la pretensión indemnizatoria los padres del niño en su propio nombre.

La STS declara no haber lugar al recurso de casación dirigido contra la sentencia dictada en apelación que revocó la sentencia de primera instancia que había condenado al facultativo responsable del seguimiento del embarazo a satisfacer la cantidad que se determine en trámite de ejecución de sentencia, desestimando, la de apelación, la demanda en reclamación de cantidad instada por los daños ocasionados a los progenitores por el nacimiento de un hijo con síndrome de Down. La STS considera que el deber de información sobre la posibilidad de práctica de pruebas para comprobar la posibilidad de que el feto esté afectado por el síndrome de Down, con el fin de permitir a la gestante hacer efectivo su derecho a abortar por causas eugenésicas dentro de las veintidós semanas de embarazo, únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* la existencia de un riesgo de que el feto presente algún tipo de anomalía psíquica, pero no en los casos de embarazos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinarias. Señala la Sala que en el caso examinado no puede afirmarse que concurra alguna de las circunstancias que conllevan la apreciación de un riesgo de nacimiento con síndrome de Down según la apreciación de la prueba pericial. La consecuencia que debe llegarse es la de que la valoración probatoria realizada por el tribunal de instancia, inmodificable en casación salvo que excepcionalmente se demuestre que es arbitraria o absurda, 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 momento, en que se produjeron los acontecimientos, la práctica de la prueba de la amniocentesis -al margen de la evolución que pueda haber sufrido en esta materia la técnica médica en años posteriores en relación con la oportunidad y seguridad en la práctica de dicha prueba-, 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.

Como norma del ordenamiento que se considera infringida se citan los arts. 1101CC., según el cual, quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieron en dolo, negligencia o morosidad, y el art. 1544 CC., en cuanto establece que por el arrendamiento de servicios una de las partes se obliga a

prestar a otra un servicio por precio cierto. En ambos casos, por incumplimiento por parte del facultativo de la obligación de informar de modo adecuado a la gestante de la posibilidad de conocer si su hijo iba a nacer con síndrome de Down y, consecuentemente privarle de la facultad de decidir libre y voluntariamente, de la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo, pues dicha información, a pesar de los riesgos que presenta la prueba de amniocentesis, era exigible dadas las circunstancias especiales de riesgo que afectaban a la madre y que se pusieron en conocimiento del facultativo: profunda depresión, realización de determinadas pruebas para el estudio de situación de la paciente, como radiografías, que pueden presentar riesgos para el desarrollo del feto, existencia de un familiar que padece síndrome de Down, ingesta de medicamentos contraindicados, y parto anterior problemático.

La STS reconoce que la obligación de informar corresponde a los profesionales responsables del seguimiento del embarazo y destaca que la inexistencia de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega so pena de poner a su cargo una prueba que pudiera calificarse de perversa, y como tal contraria al principio de tutela efectiva por implicar indefensión, y que la jurisprudencia ha ido suavizando los criterios sobre la carga de la prueba en función de la mayor o menor disponibilidad y facilidad probatoria, en aplicación del artículo 217 de la LEC 1/2000 .

Sin embargo, el deber de información sobre la posibilidad de práctica de pruebas para comprobar la posibilidad de que el feto esté afectado por el síndrome de Down, con el fin de permitir a la gestante hacer efectivo su derecho a abortar por causas eugenésicas dentro de las veintidós semanas de embarazo, únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* la existencia de un riesgo de que el feto presente algún tipo de anomalía psíquica, pero no en los casos de embarazos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinarias.

Así, con cita de sentencias anteriores de la Sala de lo Civil considera infringido el deber de información sobre dichas pruebas en casos en los cuales existía un diagnóstico de alto nivel de riesgo y, a pesar de haberse practicado, se omitió comunicación del resultado de la prueba de amniocentesis (STS de 6 de junio de 1997); se conocía la existencia de un pariente colateral con síndrome de Down y había fracasado la primera prueba (STS 18 de mayo de 2006); concurría la circunstancia de una avanzada edad de la gestante (STS de 7 de julio 2002); o se daba esta misma circunstancia, junto con un resultado dudoso de la prueba primeramente realizada (STS de 21 de diciembre de 2005).

Sólo cuando concurren circunstancias de esta naturaleza se produce un hecho negligente que, en caso de confirmarse el nacimiento de un niño con síndrome de Down, causa daño a la madre al privarla de la posibilidad de decidir acerca de su 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. Todo ello, con independencia de la prueba con relación a si la madre, de haber dispuesto de toda la información precisa, hubiera decidió abortar, pues la discusión procesal sobre este punto constituye en la mayoría de las ocasiones un debate estéril fundado en especulaciones que generan una innecesaria complejidad probatoria en supuestos para cuyo enjuiciamiento resulta suficiente un simple juicio de probabilidad que puede efectuarse ponderando la edad y demás circunstancias de la madre y la posibilidad legal y física de interrumpir su embarazo en función del diagnóstico prenatal (STS de 21 diciembre de 2005).

En el presente supuesto, la STS concluye que no concurría alguna de las circunstancias que conllevan la apreciación de un riesgo de nacimiento con síndrome de Down, según la apreciación de la prueba pericial practicada vía recurso de apelación, inmodificable en casación salvo que excepcionalmente se demuestre que es arbitraria o absurda.

Al no concurrir circunstancias de riesgo no existían circunstancias que aconsejaran la práctica de la prueba de la amniocentesis conveniente, con arreglo a la *lex artis* aceptada en el año 1994, en que se produjeron los acontecimientos, al margen de la evolución que pueda haber sufrido en esta materia la técnica médica en años posteriores en relación con la oportunidad y seguridad en la práctica de dicha prueba, 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.

Tratándose de un embarazo normal, en el año 1994, no era exigible suministrar información sobre la práctica de la prueba para la detección de un posible síndrome de Down, por lo que no resulta infringida la *lex artis* por la actuación del facultativo responsable, no concurriendo el elemento indispensable de culpabilidad.

Comentario

En primer lugar, la STS hace descansar el análisis de la supuesta responsabilidad con base en el régimen jurídico de la institución de la responsabilidad contractual y no de la responsabilidad extracontractual. Con aplicación de los arts. 1101 CC. y 1544 CC., haciendo pivotar el análisis del elemento de la culpabilidad en el inadecuado cumplimiento del deber de información que pesa sobre el arrendador de servicios, en este caso de carácter sanitario, de cuyo régimen jurídico

se desprende como una de sus obligaciones la de informar adecuadamente a la arrendataria, gestante, de la posibilidades y probabilidades existentes durante el curso de su gestación.

En este supuesto, la STS de conformidad con la valoración de la prueba practicada por la Audiencia Provincial en apelación que considera racional, estima que al tratarse de un embarazo normal no resultaba preciso informar a los progenitores de la posibilidad de que la madre se sometiera a la prueba de amniocentesis. La anterior afirmación, resulta ser menos exigente que algún pronunciamiento anterior, concretamente el de la sentencia de 21-12-2005, n.º 1002/2005, rec. 1986/1999, anteriormente comentada, sentencia precedente que es objeto de cita en esta sentencia, pero sólo para indicar que, la cuestión relativa a la acreditación de si la madre de tener toda la información hubiera adoptado la decisión de abortar supone un debate estéril fundado en especulaciones que generan una innecesaria complejidad probatoria**.** De este modo, se va consolidando a nivel jurisprudencial la innecesariedad de acreditar la voluntad de interrumpir el embarazo de haber dispuesto la mujer gestante de toda la información en el momento oportuno.

STS de 06-07-2007, n.º 837/2007, recurso 3036/2000.

Supuesto de hecho: niño afectado por síndrome de Down y no realización durante el embarazo a la madre de la analítica de sangre específica (conocida como Triple Screening) con vulneración de los derechos de información.

Pretensión indemnizatoria ejercitada por los padres y el menor.

En primera instancia se condena al abono de una indemnización por importe de 15 millones de pesetas. La sentencia de apelación revoca la de primera instancia y desestima la pretensión indemnizatoria.

La STS llega a la conclusión de que en el año 1996 ya se tenía conocimiento de la prueba del Triple Screening, y de que se aconsejaba su práctica a todas las gestantes por el Colegio de Médicos de Barcelona, es decir, se efectuaba, aunque no viniera impuesta por el Protocolo de la Generalitat que la implantó a partir del año 2000. Se trata de una prueba que sirve para descartar algunas enfermedades cromosómicas del feto, como el síndrome de Down, y que determina la necesidad o no de realizar una amniocentesis. Y concluye que, si existían pruebas para conocer el riesgo de concebir un hijo con malformaciones, es evidente que al margen de que la madre pudiera por su edad (31 años) no estar estadísticamente en situación de riesgo relevante, debió

ser informada sobre las técnicas de diagnóstico. En este sentido, la sentencia no niega que no hubiera información médica, lo que niega es que fuera necesaria o relevante, bien porque no se ajustaba a las instrucciones o parámetros normativos existentes, bien porque la prueba no tenía fiabilidad total en la detección del Síndrome de Down, y ambas afirmaciones no exoneran de responsabilidad a los facultativos y al Instituto Catalán de Salud que estaban obligados a proporcionar la información suficiente a los progenitores poniendo en su conocimiento cuantos medios conoce la medicina para diagnosticar determinadas malformaciones, como es el síndrome de Down.

La citada omisión informativa supone una actitud culposa generadora de daño, pues se ha privado del derecho a la información que asiste, impidiendo a los progenitores decidir de una forma consciente y responsable sobre la oportunidad de someterse a unas pruebas posteriores de confirmación y de tomar en su vista la solución más favorable a sus intereses.

Ahora bien, la STS realiza un matiz trascendental con relación a la fiabilidad de la prueba del Triple Screening que por su carácter de prueba no invasiva y sin riesgo de aborto permite conocer cómo se encuentra el feto, pero que no diagnostica todos los problemas fetales, permitiendo detectar un 60% de todos los casos de Síndrome de Down. De este modo, su fiabilidad no es total, puesto que no permite discriminar bien entre un grupo de riesgo muy elevado y otro con riesgo irrelevante. La STS destaca que se materializó el riesgo del que no fue informado la madre puesto que su hijo nació afecto al Síndrome de Down. Y una cosa es que por su escaso crédito "pueda reputarse nexo causal con el "daño" que se afirma sufrido", como se indica en la sentencia, dada la absoluta falta de certeza o de probabilidad cualificada sobre el resultado final, y otra distinta que se niegue este nexo de causalidad directo e indiscutible que resulta de la falta de información sobre la realización de determinadas pruebas, en el que el daño viene representado por esta omisión informativa que constituye en sí misma un daño moral grave.

Circunscribe el daño a la falta de información adecuada y suficiente. En cambio, rechaza la pretensión indemnizatoria en relación a los demás perjuicios que se reclamaron en la demanda sobre los cuales, la STS considera, no es posible establecer un relación de causa a efecto con absoluta certeza según las reglas de experiencia general pues traen causa de hechos tan significativos como son: la escasa fiabilidad y habitualidad de la prueba preventiva no informada; el que no acudiera la madre al diagnóstico prenatal; el que la gestante no estuviera en alguna situación de riesgo para el Síndrome de Down; el que pudiera o no aceptar el resultado incierto

del Triple Screening, para someterse a la prueba posterior de la amniocentesis, con evidente riesgo de un aborto espontáneo, y el que el embarazo estuviera controlado de una forma normalizada. Todas estas circunstancias ofrecen un curso causal inseguro o incierto que impiden asociar a la falta de información más daño que el moral.

Ello conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización en función de las circunstancias concurrentes, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el mismo consiste; razones todas ellas que permiten mantener el criterio indemnizatorio de la primera instancia, si bien con exclusión del hijo menor, en cuyo nombre también actúan los recurrentes, por tratarse de una situación que afecta exclusivamente a los padres.

Comentario

La STS considera que el deber de información constituye un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico. Información que se debe suministrar en términos comprensibles de modo completo y continuado, de forma verbal y escrita, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, y a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico. Y siendo este uno de los derechos más importantes de la gestante, en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la obligación que tienen los profesionales de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas sobre la evolución del embarazo, que es lo que a la postre va a permitirle tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses, tanto de presente como de futuro.

Identifica la falta de información con un daño moral grave, daño que residencia en los padres de modo conjunto, pero excluyendo al hijo. No identifica la efectividad del daño con la imposibilidad de optar los padres entre la interrupción del embarazo o la continuidad de este, una vez obtenida la información precisa, sino con la ausencia de información pertinente y correlativa vulneración de derecho de los padres a ser informados. Derecho que residencia en ambos progenitores y por ello la indemnización se reconoce a ambos

El daño se materializa o concreta con la falta de información a los padres de realización de una determinada prueba. La ausencia de información como daño moral indemnizable y autónomo que supone la infracción de la *lex artis*.

STS de 19-07-2007, n.º 836/2007, recurso 2853/2000.

Supuesto de hecho: niña que nace con síndrome de Down tras la práctica a la gestante de amniocentesis con resultado negativo.

La reclamación la articulan los padres.

En primera instancia y apelación se reconoce una indemnización de 25 millones de pesetas a favor de los progenitores.

La STS declara no haber lugar al recurso de casación dirigido contra la sentencia dictada en apelación que estimó la demanda instada por los padres frente al médico en reclamación de cantidad como indemnización por la práctica la prueba de la amniocentesis con resultado negativo y posterior nacimiento de su hijo con síndrome de Down. Señala la STS que la parte recurrente pretende sustituir la apreciación probatoria realizada por el tribunal de apelación por la suya propia, pero, según reiterada doctrina jurisprudencial, tal pretensión es inadecuada dada la naturaleza extraordinaria de la casación, pues volver sobre el "factum" de una sentencia para lograr su modificación, salvo circunstancias singulares no concurrentes en este caso, transformaría este recurso en una tercera instancia. La STS considera de aplicación la excepción de que la carga de la prueba sobre el incumplimiento de la *lex artis* corresponde al paciente, como consecuencia de la radical equivocación entre el diagnóstico negativo informado y el resultado final. Con aplicación de la doctrina jurisprudencial referente a que, en las coyunturas donde por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente o es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción, o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el propio Tribunal.

La STS indica que es de aplicación el régimen de responsabilidad contractual derivado de los arts. 1101 y 1104 CC., dada la relación contractual existente entre los progenitores y el ginecólogo y la vinculación contractual existente con el genetista que analizó la amniocentesis.

Por el recurrente genetista que había interpretado la prueba de amniocentesis e informado su resultado negativo se alegaba que no había incurrido en culpa o negligencia alguna, toda vez que limitó su concreta función a emitir un informe cromosómico sobre la muestra de líquido amniótico, sin que hubiera error en él, ni en la interpretación del cariotipo, sino en el cariotipo mismo. La STS, aplicando la doctrina del daño desproporcionado indica que, en este caso, pesa sobre los demandados recurrentes la carga de destruir la presunción de culpa que genera la

anormalidad de lo ocurrido, finalidad que se puede alcanzar con la prueba de que, dentro de su respectiva esfera de actuación, utilizaron correctamente los medios y cuidados que exigían el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar. No obstante ninguno de ellos aportó pruebas que acrediten que el resultado erróneo no guarda relación de causalidad con su respectivo actuar, y así, el ginecólogo codemandado no ha facilitado las que acrediten que la extracción y conservación y envío del líquido amniótico se hizo conforme a la *lex artis* y con los cuidados necesarios, ni el genetista codemandado ha demostrado que, igualmente, el estudio, análisis y lectura de ese líquido se efectuara absolutamente de acuerdo a las normas científicas. Existiendo la posibilidad razonable de una equivocación respecto a la paciente a la cual correspondía la muestra, tanto en el momento en que en la consulta del ginecólogo se le adhiere al recipiente que contiene el líquido un papel con su nombre, como en el lugar donde se realizó el análisis al caber la confusión con otra muestra, no se han traído a los autos pruebas que justifiquen que se pueda descartar esa factibilidad en alguno de los dos centros de trabajo de uno y otro codemandado, como hubiera podido ser la documental que verificara el número de las muestras extraídas y analizadas en las mismas fechas en ambos lugares y su adecuada coincidencia con las mujeres a las que igualmente se le extrajo y analizó líquido amniótico, por lo que la consecuencia jurídica de que ninguno de los demandados haya demostrado hecho concreto impeditivo de la normal responsabilidad civil, ni hayan aportado medios suficientes para establecer una exoneración específica y atribuible a uno de ellos en concreto de la responsabilidad contractual expresada, tratándose de una responsabilidad contractual civil que atañe a quienes conjuntamente efectuaban una sola prestación, procede declarar la responsabilidad solidaria de ambos demandados.

La STS concreta el daño no en el nacimiento sino en privar a los progenitores de la posibilidad de haber interrumpido legalmente el embarazo y en la vulneración del derecho a contar con la debida y suficiente información sobre el estado del feto y el futuro hijo. Ahora bien, también señala como perjuicios la incapacidad de una niña para valerse por sí misma en sus necesidades más fundamentales y el hecho de que necesitará siempre una persona que le acompañe y auxilie en todas las funciones de su vida.

Comentario

La STS aplica la teoría del daño desproporcionado (res ipsa loquitur) con la consiguiente inversión de la carga de la prueba, dado que se conformidad con un normal funcionamiento del servicio público sanitario resulta difícilmente explicable el resultado negativo de la prueba de la amniocentesis y el posterior nacimiento de una niña que padece el síndrome de Down, sin que

los facultativos condenados a abonar la correspondiente indemnización aportaran justificación razonable alguna respecto de tal disfunción.

La privación del derecho de opción entre la interrupción del embarazo más los perjuicios derivados de los mayores costes de crianza de la niña deben ser objeto de indemnización a juicio de la sentencia. De este modo, son objeto de indemnización tanto el daño moral derivado de la privación del derecho de elección como los daños de carácter patrimonial derivados del mayor coste de crianza de una persona con discapacidad.

STS de 23-11-2007, n.º 1197/2007, recurso 4469/2000.

Supuesto de hecho: niña que padece síndrome de Down y grave dolencia cardiaca.

Reclamación efectuada por los padres en su propio nombre y en representación de su hija menor.

Las sentencias de primera instancia y de apelación desestimaron la pretensión indemnizatoria.

La madre gestante tenía más de 40 años. En la primera visita a los servicios médicos del Servicio Andaluz de Salud, la mujer gestante puso de relieve a la matrona que la atendió su preocupación por el posible estado del feto debido a la edad que tenía, a lo que la matrona respondió que no debía preocuparse dado que sus hijos anteriores no habían padecido ninguna anomalía. La atendieron diversos médicos en fases distintas del embarazo, sin que en ningún momento fuera informada de la posibilidad de realizar pruebas de diagnóstico prenatal, sin constar en su historia clínica ningún tipo de consentimiento con relación a este tipo de pruebas. La hija nació afectada del síndrome de Down y de una grave dolencia cardiaca.

El TS declara que hay lugar al recurso de casación revocando la sentencia impugnada que había desestimado la pretensión indemnizatoria al igual que la de primera instancia y, en su lugar, estima parcialmente la demanda interpuesta por el matrimonio demandante cuya hija nació afectada de síndrome de Down y de una grave dolencia cardiaca, ya que no se ha probado por quien debía hacerlo, los médicos que atendieron el embarazo, que se hubiese proporcionado información sobre las consecuencias y pruebas posibles durante la gestación, pues no consta en la historia clínica referencia a prueba alguna, máxime teniendo en cuenta que la embarazada era mayor de 40 años y por tanto se trataba de un embarazo de riesgo. Por tanto, el TS reconoce la

indemnización por los daños morales causados a los padres por incumplimiento de ese deber de información. No obstante, la falta de información que produce el daño por el que se reclama, sólo puede imputarse a aquellos profesionales que atendieron a la mujer gestante en el periodo en que se podían tomar decisiones acerca de la continuación o no del embarazo, pero no al resto de médicos codemandados que la atendieron en semanas posteriores.

En el supuesto enjuiciado, la STS llega a la conclusión de la privación del derecho de información, debido a que no consta que se hubiera proporcionado información a los progenitores sobre las posibilidades de diagnóstico en su embarazo, que debía ser calificado de riesgo, dada la edad de la embarazada, supone la generación de un daño indemnizable. La acreditación del cumplimiento de la obligación de información recae sobre el médico o centro hospitalario donde se llevó el control del embarazo. Igualmente, la edad de la embarazada, 43 años, era indicativa de un embarazo de riesgo, a lo que debe acompañarse la circunstancia de haberlo puesto de relieve la gestante en la primera visita realizada.

La información requerida tiene como finalidad proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a la vista de las características de su embarazo, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación esencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico. De este modo, la falta de información resulta relevante desde el punto de vista de la autonomía del individuo, puesto que se le priva de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas actuaciones que pudiera considerar adecuada. La falta de información supone un quebranto de la *lex artis* y, por ende, una actuación culposa de los facultativos responsables del seguimiento del embarazo.

Por lo que respecta al daño indica que, el daño ocasionado por la 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. Descarta que se haya producido un daño a la menor, ya que, reiterando pronunciamientos anteriores no admite que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo

En cuanto a la cuantificación del daño moral en estos casos, considera adecuada la indemnización que se pidió en la demanda, es decir, 30.050,61 euros para cada progenitor.

Comentario

La STS descarta que el nacimiento pueda ser considerado como un daño lo que supone no reconocer indemnización alguna al menor.

El daño se materializa y es efectivo por la falta de información a los progenitores sobre la posibilidad de someterse la gestante a la práctica de determinadas pruebas prenatales capaces de detectar determinadas anomalías, en este caso, síndrome de Down.

Ahora bien, esa falta de información si se vincula en esta STS a la privación de la facultad de elección entre la continuidad del embarazo o su interrupción con la práctica de un aborto eugenésico, ya que el mismo sólo se imputa a aquellos profesionales que atendieron a la gestante en el periodo en que se podían tomar decisiones acerca de la continuación o no del embarazo, absolviendo de la obligación de indemnizar a los facultativos que intervinieron después de la semana 23 de gestación.

A la hora de analizar la cuantificación de la indemnización por daño moral, la sentencia hace referencia conjunta a otro tipo de daños de carácter moral y patrimonial, ya que considera probable que el nacimiento de un hijo afectado por síndrome de Down puede suponer para los padres una nueva situación personal y familiar y económica, y una atención especial hacía el hijo, dando por buena la cantidad solicitada como pretensión indemnizatoria por los padres, pero sin mayor justificación.

STS de 24-10-2008, n.º 969/2008, recurso 1894/2003

Supuesto de hecho: niño afectado de mielomeningocele (espina bífida) e hidrocefalia con DVP y no realización de las pruebas médicas precisas para detectarla, concretamente una ecografía morfológica.

Reclama la madre en su propio nombre y derecho.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al entender que la conducta del médico estuvo enmarcada dentro del ámbito de la diligencia que le es exigible y que el resultado de las pruebas practicadas indujeron erróneamente a considerar un correcto desarrollo del feto, al tiempo que descarta que no hubiera información por cuanto de las pruebas practicadas se extrae la conclusión, no solo de que se estaba ante un embarazo de aparente normalidad, sino que a la vista del primer síntoma de anormalidad se prescribe la realización urgente de pruebas

diagnósticas, cuyos resultados no son conocidos por el médico hasta pasado el plazo para practicar una interrupción del embarazo no punible.

Apelada la sentencia, es revocada por la Audiencia Provincial con el argumento de que el médico, pese al resultado de las pruebas prenatales, debía haber interesado la práctica de pruebas complementarias para realizar un diagnóstico fiable, por lo que considera concurre negligencia en su actuar, con nexo de causalidad entre este comportamiento y el nacimiento del niño con graves patologías, debiendo indemnizarse por dichos daños en la suma de 666.229 euros.

La STS considera que no fue adecuada la toma de decisiones clínicas basada en un diagnóstico previo lo que impidió adoptar el tratamiento adaptado a la evolución de la gestante conforme a una correcta valoración de las pruebas, dado que aportados unos análisis con fecha 26-5-98, rutinarios de embarazo, las variables estudiadas son correctas según los protocolos en vigor, y los valores detectados están dentro de la normalidad, excepto la alfaproteina (AFP) en sangre materna, que está dos desvíos estándar (DE) por encima de la media, lo que sugiere un valor patológico. Tanto en este caso, como en otro sin antecedentes a destacar se debería determinar AFP en líquido amniótico y efectuar una ecografía morfológica; según recomienda la Sección de Ecografía de la SEGO que las debería efectuar un especialista en Diagnóstico Prenatal tal como parece en este supuesto. Sin embargo, la prueba pericial practicada en la instancia se deduce que, dado el valor patológico señalado por desvío de la media de AFP en sangre materna, exigía la realización de otras exploraciones.

El facultativo responsable del seguimiento del embarazo a partir de la inseguridad que le proporcionaban las ecografías por él practicadas y la insuficiencia del resumen de la aportada por la paciente, que no respondía a la prescripción de una ecografía morfológica de ginecólogo, ni podía denominarse o considerarse como tal, no solicitó una ecografía morfológica detallada, teniendo presente que el periodo de gestación todavía se encontraba en 21/22 semanas, y hubiese permitido la interrupción del embarazo a instancia de la madre, de haberse practicado la ecografía NIVEL II por prescripción del médico que la trataba, que hubiera permitido comprobar las patologías morfológicas del feto, y una vez conocidas por la paciente decidir esta como había advertido al respecto. La amniocentesis prescrita en dicho periodo descartaba anormalidades cromosómicas, pero no morfológicas que son más numerosas, tratándose de un caso que había presentado sugerencias patológicas a las 5-6 semanas y a las 13 o 14 semanas de embarazo por alto nivel de alfafetoproteina, esperándose a las 31/32 semanas.

La ecografía morfológica facilita el estudio de la anatomía del feto, comprobar que el feto se desarrolla normalmente, por lo que el hecho de no haber propiciado su práctica en el periodo correspondiente, como medio de diagnóstico contemplado por los protocolos, determinó el resultado jurídicamente desaprobado y que era previsible, dado que el embarazo, aun no siendo de riesgo, presentaba en sus inicios datos patológicos que requerían un particular control y aconsejaba una serie de pruebas para descartar alteraciones tanto cromosómicas como morfológicas.

En orden a si hubiera o no abortado la madre, la STS considera que el hecho de haberse sometido a una prueba para el diagnóstico prenatal de las mismas, sólo tiene un sentido lógico que es el de decidir en su vista esta interrupción voluntaria del embarazo; relación que se crea con independencia de que la madre alegue su intención de abortar en lo que constituye un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria a estos supuestos de causalidad en la responsabilidad médico sanitaria, en los que debería ser suficiente un simple juicio de probabilidad en razón de la mayor o menor situación de riesgo derivada de la edad de la madre y de la posibilidad legal y física de interrumpir su embarazo en función del diagnóstico prenatal, al tratase de una opción que no es posible obtener con absoluta seguridad de haber dispuesto de toda la información que fue omitida.

El daño considerado en la STS consiste no sólo en el hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir a cerca de interrumpir su embarazo o seguir con la gestación sino también en todas las consecuencias derivadas de esa privación.

Comentario

La STS considera como incumplimiento de la *lex artis* y, por tanto, reproche de culpabilidad el que el médico responsable ante los datos obtenidos previamente vía análisis y las pruebas posteriormente prescritas y realizadas, no exigiera la práctica de una ecografía morfológica susceptible de detectar las anomalías físicas del feto. Se trata, por tanto, del incumplimiento de la obligación de medios tan característica en la prestación sanitaria.

En cuanto a los perjuicios irrogados derivados del daño, contempla el moral fruto de la privación del derecho de elección a la madre entre la interrupción voluntaria del embarazo o la continuidad de la gestación, unido a todas las consecuencias subsiguientes a la privación de ese derecho de opción, perjuicios vinculados con el nacimiento del niño con discapacidad. La STS hace esa referencia al resto de daños, pero sin especificarlos o concretarlos de algún modo directo o indirecto.

STS de 17-11-2008, n.º 1094/2008, recurso 1560/2003.

Supuesto de hecho: niño que nace con malformaciones y se alega falta de información suficiente a los padres sobre la posibilidad de práctica de pruebas para comprobar la posibilidad de que el feto estuviera afectado por aquellas.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los cónyuges demandantes contra la sentencia impugnada que absolvió al ginecólogo y a la aseguradora demandada, argumentando que aquél había hecho un seguimiento correcto del embarazo y ajustado a *la lex artis* por medio de las ecografías y pruebas practicadas que resultaron normales, no apreciándose infracción al derecho de información de la demandante sobre la posibilidad de continuar la gestación o la interrupción del embarazo.

Los reclamantes son los padres en su propio nombre y derecho y en representación de su hijo menor,

En primera instancia y apelación se desestima la pretensión indemnizatoria, al llegar a la conclusión de que la atención dispensada a la gestante por el facultativo en relación con las ecografías y los informes emitidos fue correcta, y que se trató de un embarazo normalizado pese a la existencia de anticuerpos positivos de cardiolipina que precisaron de un tratamiento consistente en la administración a la gestante de comprimidos de AAS con la finalidad de evitar un retraso en el crecimiento del feto, que nada tiene que ver con las malformaciones que presentó al nacer, descartando que fueran necesarias pruebas invasivas como la amniocentesis, pues: a) el seguimiento del embarazo fue el habitual, correcto y ajustado a la *lex artis* y, b) el "screening" practicado a la gestante dio resultado negativo, siendo normal el perímetro craneal del menor al nacer (36 cm), así como la imagen de 20 mm del cerebelo, no constando signos sospechosos de las malformaciones que posteriormente se presentaron como es el signo "de la banana o del limón", constando también íntegra la columna vertebral del feto, y figurando en el historial clínico que a la gestante se le practicaron muchas más ecografías que las tres únicas prescritas en los correspondientes protocolos de Sanitat Catalunya, SCS. y SEGO, además de las pruebas complementarias como el "screening" que resultaron normales, concluyendo con que no se ha privado del derecho de información a los consortes para la práctica de nuevas pruebas, y en último término su elección de interrumpir o no el embarazo.

La STS tras repasar los hechos declarados acreditados en la instancia y apelación, concluye que no se conculcó el derecho de información sobre la posibilidad de práctica de pruebas para

comprobar la posibilidad de que el feto estuviera afectado por malformaciones, con el fin de permitir a la gestante hacer efectivo su derecho a abortar por causas eugenésicas dentro de las veintidós semanas de embarazo. La información sobre la posibilidad de realizar las citadas pruebas de diagnóstico prenatal únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* la existencia de un riesgo de que el feto presente algún tipo de anomalía física o psíquica, pero no en los casos de embarazos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinaria.

Comentario

La STS utiliza un criterio restringido de cuando se deber informar a la gestante de la posibilidad de efectuar pruebas de diagnóstico prenatal complementarias, ya que las mismas únicamente proceden cuando concurran circunstancias que hagan sospechar la posibilidad (existencia de riesgo) de que el nasciturus presente alguna anomalía, es decir, en los embarazos que concurran circunstancias especiales de riesgo y no en los embarazos calificados como de carácter normal.

STS de 04-11-2010, n.º 669/2010, recurso 444/2007.

Supuesto de hecho: niña que padece focomelia o síndrome de Roberts que consiste en un trastorno que se caracteriza por una malformación de origen teratogénico que supone la ausencia de huesos y músculos en las extremidades superiores o inferiores apareciendo en su lugar una especie de muñón a la altura del hombro o la cintura. La niña carecía de ambas manos y dos terceras partes de los antebrazos. Advertidas deformaciones en ecografías morfológicas no se trasladan a los progenitores la necesidad de realizar más pruebas y se les priva de información al respecto.

La sentencia de primera instancia condena a abonar la cantidad de 300.000 euros a favor de los padres e hija menor, cantidad que elevó la sentencia dictada en apelación a la suma de 739.463,97 euros. Las sentencias de instancia y apelación acreditan la negligencia en la actuación del facultativo, al impedir a la madre su derecho a interrumpir el embarazo, con los consiguientes perjuicios, patrimoniales y morales. La sentencia de apelación en vez de acudir para fijar la cuantía a un criterio genérico de equidad toma como referencia datos objetivos para asignar un valor a cada uno de los daños: privación de la facultad de optar por la interrupción del embarazo, nacimiento y vida discapacitada de su hija y gastos a los que los progenitores tendrán que hacer frente para una adecuada atención de la niña nacida con graves malformaciones, elevando la

indemnización a la cantidad de 739.463.97 Euros, por embarazo injusto, no así por vida injusta al no estar prevista tal reclamación en nuestro ordenamiento, razón por la que desestima la reclamación de la niña.

En este supuesto, ejercitan los padres en su propio nombre y derecho, y en representación de su hija menor, una acción de responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC.) contra el médico especialista en ginecología y obstetricia, que atendió a la madre durante el periodo de gestación y el parto mediante cesárea, y también acción de responsabilidad civil contractual art. 1101 CC y de responsabilidad extracontractual solidaria por hecho ajeno (art. 1903.4 CC), contra la Compañía de Seguros (con la que había celebrado la madre gestante un contrato de seguro de asistencia sanitaria), por los daños morales y patrimoniales derivados del nacimiento de una niña con focomelia

La STS considera que la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual, pero no excluye la del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario, sin perjuicio de la acción de regreso. Aclara que el contrato de seguro de asistencia sanitaria se produce por medio de la existencia de un arrendamiento de servicios, estableciéndose así una relación de dependencia, y que ha quedado acreditada la falta de información al paciente que entronca con la negligencia médica. Rechaza la aplicación de la ley de consumidores y usuarios por no resultar de aplicación a los servicios sanitarios.

El recurso de casación interpuesto por la compañía de seguros combate el llamado daño reflejo o por rebote para sustentar el posible daño moral sufrido, por estar, posiblemente, asentado más en acciones de vida injusta, que no se ejercitaron en la demanda, que de nacimiento injusto que fue la efectivamente formulada. Considera que si con arreglo a la sentencia y a la prueba practicada, no se aprecia ninguna otra falta de diligencia o mala praxis que no sea la falta de información, el daño indemnizable habrá de ser exclusivamente moral, rechazándose cualquier daño patrimonial, dado que las malformaciones congénitas no pueden ser imputadas al médico. El problema es que el citado motivo casacional se articuló incorrectamente bajo el amparo de un motivo de error "*in procedendo*" y la STS lo rechaza directamente por este motivo.

La STS al analizar la sentencia de apelación indica que la misma apeló a la teoría de la *"res ipsa loquitur* " empleada, en este caso, no para incidir en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los presupuestos generales sobre responsabilidad civil médica en relación con la carga de la prueba de la relación causal y presunción de culpa, sino para excepcionar el

criterio de imputación objetiva que ofrece la llamada "conducta alternativa conforme a Derecho", según la cual un daño no es imputable a su causante si, de haber actuado el mismo conforme a derecho, se hubiera producido el mismo tipo de daño y en su misma extensión, con el efecto de trasladar la prueba a quien ha actuado de forma negligente para comprobar que la conducta desarrollada por él, comparada con su alternativa diligente, no ha incrementado el riesgo de que se produzca el daño en cuestión, y la consecuencia de no poderle imputar más daño que el que resulta de la privación de la facultad de abortar o de la libertad de procreación. La sentencia no acude la regla *"res ipsa loquitur*" para fundar la responsabilidad del facultativo. Considera que se ha privado a la madre de ejercer su facultad de abortar de forma informada, y esta falta de información entronca con la negligencia médica consistente en no haber agotado todas las posibilidades técnicas y facultativas a su alcance para descartar las dudas que surgieron al detectar el acortamiento de las extremidades superiores del feto. Ello constituye una infracción de la *lex artis* ad hoc por parte del médico demandado, determinante de un daño que se ha originado en la esfera de la competencia, conocimiento y control, al no haber desplegado toda la diligencia debida, con la subsiguiente comunicación de un falso negativo a los progenitores, a los que no se advirtió del hecho relevante o dato perturbador que detectó en las ecografías morfológicas anteriores al plazo legal fijado para la práctica de interrupciones voluntarias del embarazo, sin contrastarlo con nuevas pruebas; conducta que de haber observado hubiera puesto a la madre en la tesitura de decidir libremente sobre la posibilidad de practicar o no un aborto eugenésico.

A estos efectos, según la STS queda acreditada la negligencia del facultativo responsable del seguimiento del embarazo, al no haber practicado pruebas más fidedignas que hubieran servido para confirmar o disipar las dudas que debieron haberle surgido al practicar las ecografías morfológicas con la subsiguiente falta de información sobre el dato perturbador apreciado en las ecografías morfológicas, lo que supuso como consecuencia para los progenitores la privación de la posibilidad de optar o decidir sobre la práctica de un aborto eugenésico dentro del plazo legal de las veintidós semanas de gestación. También queda acreditada, como hecho probado la voluntad de abortar por parte de la madre que se sometió a todo tipo de pruebas diagnósticas prenatales.

Para imputar responsabilidad a la compañía de seguros por la actuación de los profesionales médicos que prestan directamente la asistencia sanitaria, la STS señala varios criterios de aplicación de modo conjunto o alternativo, dependiendo de las circunstancias concretas del supuesto de hecho:

(a) Responsabilidad por hecho ajeno dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903 I y IV CC.

(b) Responsabilidad derivada de naturaleza contractual que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus asegurados, basada normalmente en asumir, más o menos explícitamente, que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica

(c) Responsabilidad sanitaria con base en la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de

(d) Responsabilidad derivada de la existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación

En el caso enjuiciado, la STS entiende, que por medio del contrato de seguro de asistencia sanitaria celebrado entre la aseguradora y la madre gestante, aquella se obliga no sólo a prestar la asistencia correspondiente, sino también la más segura y eficaz, alcanzando así a la elección del facultativo adecuado que se pone al servicio de la gestante; prestación sanitaria que resultará defraudada si la asistencia recibida resulta incorrecta y conlleva graves consecuencias dañosas morales y materiales para la gestante, derivadas de una actuación negligente del facultativo elegido por el asegurado, dando lugar a una responsabilidad contractual por parte del asegurador por incorrecto cumplimiento de las prestaciones del contrato. Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios, como ocurrió en el presente supuesto, entre los ginecólogos responsables del seguimiento del embarazo y la compañía de seguros, configurándose una relación de dependencia que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, establecida con carácter general en el art. 1903,4º CC , caso de producirse, como se produjeron daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo responsable.

Comentario

La STS, una vez acreditado el incumplimiento de la *lex artis*, declara la compatibilidad entre la exigencia de responsabilidad tanto contractual, derivada de la existencia de un contrato de seguro entre la gestante y la compañía que cubre el riesgo sanitario como extracontractual, por

hecho ajeno, basadas en la existencia de culpa en el actuar de los facultativos responsables del seguimiento del embarazo, dado que, ante los hallazgos resultantes de la ecografía morfológica, no informaron de la posibilidad de pruebas complementarias. Lástima que el recurso no se planteara por la vía adecuada que hubiera posibilitado un pronunciamiento con relación a la diferencia alegada en cuanto a los daños existentes morales o patrimoniales en el ejercicio de una acción por nacimiento injusto (*wrongful birth)* y vida injusta (*wrongful life*).

STS de 31 de mayo de 2011 recurso n.º 128/2008.

Supuesto de hecho: niña que nace padeciendo focomelia, sin el brazo derecho.

El TS estima el recurso de casación instado por los progenitores contra la sentencia dictada por la AP que confirmó el fallo desestimatorio de instancia al considerar que el daño es independiente de la acreditación de la decisión de abortar, y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar, sino también de los padecimientos derivados de dicha privación, por lo que debe procederse a indemnizar por daños morales, cuantificados en 30.000 euros para cada progenitor.

Ejercitan la acción los padres en su propio nombre y derecho.

Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación desestimaron la pretensión indemnizatoria, arguyendo que se facilitó a los progenitores información escrita acerca de la fiabilidad diagnóstica de las ecografías, en concreto de la obstétrica, pudiendo ésta conocer que la utilización de la ecografía no era definitiva en la detección de alteraciones morfológicas del feto. Igualmente indican que de los hechos analizados no puede presumirse la voluntad de la madre de someterse a un aborto, máxime cuando legalmente era imposible.

Por la ginecóloga responsable del embarazo se practicó ecografía emitiendo un informe en el que textualmente se indica que: *"Las cuatro extremidades muestran huesos largos de forma y ecorrefrigencia normales. En las extremidades superiores se observan ambas manos que parecen normales. En las extremidades inferiores se observan ambos pies bien orientados en relación con el resto de la extremidad. Es posible contar los dedos de alguna de las extremidades que presenta un número normal"*.

La STS considera que a la gestante se le suministró información sobre el curso del embarazo. Ahora bien, esta información estuvo basada en un diagnóstico erróneo consistente en no haber detectado las anomalías que presentaba el feto

Destaca el carácter reforzado del derecho a recibir información en casos de embarazo ya que tiene por objeto, no solo el conocimiento por la gestante de la finalidad y naturaleza de las pruebas que se realizan para seguir la evolución del embarazo, sino la relativa al resultado de las pruebas en cuanto puedan tener incidencia en decisiones posteriores. En el caso del diagnóstico se traduce en la información que los facultativos deben proporcionar a los progenitores, incluso las más remotas, que pudieran acaecer y tomarse en consideración en el plano científico y en el experimental, es decir, toda la información médicamente conocida y constatada, incluida la que resulta de una estadística de resultados, pues esto es en definitiva lo que representa su finalidad propia y lo que va a permitir a los interesados tomar la decisión que consideren más conveniente, tanto de presente como de futuro.

La información errónea o incompleta equivale a la falta de información, y conforma una actuación médica deficiente que resulta especialmente grave no sólo en aquellos casos en que la mujer se somete voluntariamente a unas pruebas encaminadas al diagnóstico de una eventual patología prenatal, por la especial situación de riesgo de la gestante, como es la amniocentesis o la biopsia corial, sino en aquellos otros que se desarrollan a partir de un control ginecológico normalizado y continuado mediante el cual es posible conocer si el feto padece enfermedades que pueden condicionar desfavorablemente su calidad de vida futura. En ambos casos la finalidad común del diagnóstico prenatal es la de descartar serias afecciones de carácter cromosómico o de otra naturaleza especialmente grave y tranquilizar a los padres, dándoles la posibilidad de poner fin al embarazo a través de un aborto eugenésico, o de continuar con la gestación, disponiendo, a partir de la información que se les proporciona, de tiempo suficiente para adaptarse a la idea y tomar las previsiones necesarias para el cuidado y la atención del recién nacido.

Considera que la falta de acreditación de si la mujer hubiese interrumpido su embarazo de haber conocido el defecto congénito del feto, no solo afecta a la libertad, autonomía o intimidad de la gestante, sino que pone en evidencia la dificultad de establecer una relación entre la falta de información por el médico y el que la gestante opte por poner fin al embarazo mediante el aborto, calificándolo de debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no

hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria, porque carece de una respuesta cierta y ofrece un curso causal inseguro o simplemente especulativo.

En cuanto al daño, la STS hace mención tanto a daños de carácter moral como patrimoniales, desvinculándolos de la acreditación de la decisión de abortar. Daños que especifica en 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. En segundo lugar, el daño moral consecuencia de los padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable. Y, en tercer lugar, daños de carácter patrimonial derivados de los gastos o desembolsos extraordinarios o especiales derivados de la crianza de una niña discapacitada.

Ahora bien, la STS únicamente condena por la existencia de daños morales, únicos justificados en la pretensión articulada por los progenitores, y que se justifican en la privación del derecho a abortar que se materializa en la información errónea proporcionada después de las 20 semanas de embarazo, impidiendo a la gestante decidir en torno a su interrupción, y que se justifica en el trastorno que ambos progenitores sufrieron tras el nacimiento de su hija por su malformación congénita. La madre padece trastorno depresivo mixto, con ansiedad, pensamiento catastrófico y anticipación ansiosa de sucesos negativos. Mientras que el padre padece de trastorno adaptativo mixto, con ansiedad y estado de ánimo depresivo, acontecimientos negativos que afectan al desarrollo y calidad de vida futura de su hija, ideas de culpabilidad y temor a tener más hijos.

La STS reconoce una indemnización de treinta mil euros a favor de cada uno de los padres (sesenta mil en total).

Comentario

La STS destaca que en el ámbito del diagnóstico prenatal la información a suministrar por los facultativos a los progenitores se ve notablemente reforzada con todas las posibilidades incluso probabilísticas existentes.

Igualmente, reconoce la posible existencia concurrente de daños morales y patrimoniales de diversa índole. Morales que vienen conformados por la abrogación del derecho de elección a la madre entre continuar el embarazo o practicar un aborto eugenésico, y en la zozobra o angustia de ambos progenitores por el nacimiento de una niña discapacitada. Patrimoniales relativos al mayor coste de crianza de una niña discapacitada en comparación con un niño sano que, en este caso, no se han acreditado.

La STS condena por daños morales, al facultativo ginecólogo y al centro hospitalario de modo solidario, y reconduce el daño moral a la privación de la facultad de elección, entre continuar con la gestación o practicar un aborto eugenésico, por la información errónea suministrada y al daño consecuencia de la angustia de ambos padres por tener una hija discapacitada, a la misma cantidad para cada progenitor, con independencia de que únicamente la madre gestante es titular del derecho de elección entre la continuidad del embarazo o su interrupción.

STS de 14-03-2013, n.º 157/2013, recurso 1785/2010.

Supuesto de hecho: niña que nace con ausencia de ambas manos y antebrazos.

La reclamación es efectuada en exclusiva por la madre.

La sentencia de primera instancia desestima la reclamación indemnizatoria ejercitada por la madre contra el facultativo responsable del seguimiento de la gestación y la compañía de seguros. La sentencia dictada en apelación estima parcialmente la demanda condenando de modo solidario, tanto al facultativo como a la aseguradora, al abono de 300.506,05 euros

Interpuesto recuso de casación por el facultativo, la STS confirma su condena por negligencia en el seguimiento y control del embarazo de la gestante al no detectar a tiempo las malformaciones. Concluye que, aunque para responsabilizar una determinada actuación médica no sirvan simples hipótesis, sí hubo indicios cualificados por anormales para emitir un diagnóstico, resultando ilógico, sobre todo en las últimas ecografías, no visualizar las anomalías físicas existentes. La actuación médica fue deficiente al no detectarlas a tiempo y se imposibilitó dar a la progenitora la información adecuada a la que tenía legítimo derecho. El daño existe y no sólo consiste en la privación a la madre de la posibilidad de decidir sobre su situación personal y familiar, sino también en los efectos generados por dicha privación, con sufrimientos y gastos especiales, entre otros.

La STS considera que concurren indicios cualificados de incumplimiento de los deberes médicos al emitir el diagnóstico, tras la realización de varias ecografías en las que no se detectaron las anomalías del feto. Y aunque evidentemente no se pueda imputar a dicho profesional las malformaciones sufridas por la hija de la gestante resultaba contrario a la lógica, con las circunstancias concurrentes, no visualizar en las tres últimas ecografías (sobre todo en las dos últimas muy próximas al final de la gestación), las anomalías físicas como las que padecía el feto.

Resulta irrefutable que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria debe descartarse la responsabilidad objetiva, pero la STS indica que en este supuesto existió una actuación médica deficiente al no detectarse las deficiencias fetales, y como consecuencia, el ginecólogo no proporcionó a la progenitora la información adecuada a la que tenía legítimo derecho. Utiliza indistintamente como régimen jurídico aplicable tanto la responsabilidad extracontractual 1902 CC., como la responsabilidad contractual con expresa cita de los arts. 110, y 1103 CC.

El facultativo en su recurso de casación negó la existencia de daño ya que, cuando el médico realizó las tres últimas ecografías en las semanas 31 y siguientes no podía practicarse el aborto por lo avanzado de la gestación, de manera que no existe nexo causal entre la acción y el daño, dada la imposibilidad legal de interrumpir legalmente el embarazo, al superar el plazo legalmente establecido.

En cambio, la STS considera que concurre el daño que fundamenta la responsabilidad. Dado el incumplimiento de la *lex artis* por parte del ginecólogo que, tras la realización de varias ecografías no detectó las malformaciones del feto y que, de haberlo hecho hubiera provocado soluciones distintas, todo ello al margen de un posible aborto, que no resulta sustancial. Considera que el daño resulta independiente de la decisión de abortar y obedece 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 derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable, daño moral vinculado a padecimientos de carácter psíquico y, de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales, daños de carácter patrimonial. A estos efectos la STS indica 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 discapacidad.

Comentario

Esta STS desvincula el daño de la privación del derecho de elección por parte de la madre de continuar con el embarazo o interrumpir el mismo mediante la práctica de un aborto eugenésico. Considera que, aunque no fuese factible la interrupción legal del embarazo, el daño igualmente se produce en dos vertientes. La primera mediante la concurrencia de un daño moral fruto de traer al mundo una niña que sufre una serie de disfunciones de carácter irremediables y el impacto psicológico que produce a la progenitora. La segunda, vinculada a los gastos de carácter

patrimonial derivados del mayor coste de crianza y manutención de un niño discapacitado. Ahora bien, este segundo tipo de daños, desvinculados de la posibilidad de interrumpir legalmente el embarazo no me parece correcto, ya que se encuentran indisolublemente unidos. Si el error médico se produce una vez transcurrido el plazo legalmente establecido para la interrupción del embarazo, únicamente, en su caso, el daño moral derivado del impacto psicológico sufrido por los progenitores en el momento del nacimiento, al traer al mundo un hijo discapacitado y la zozobra consiguiente, debe ser objeto de resarcimiento, ya que el resto de hipotéticos perjuicios y, especialmente los de carácter patrimonial, aparecen indisolublemente unidos a la privación del derecho de elección y al alumbramiento.

Seguramente, la decisión de la sentencia de incluir igualmente los perjuicios de carácter patrimonial deriva del hecho acreditado en la sentencia de apelación de que si bien las tres últimas ecografías se realizaron en las semanas 32, 33 y 35 de la gestación, y, por ende, fuera del plazo legal de practicar un aborto eugenésico, en relación al periodo de gestación precedente a la realización de la citadas ecografías: *"no se aportaron las ecografías con el pretexto de no recogerse en soporte papel, a lo que se le añade la falta de constancia en la Historia Clínica de la valoración del resultado de dichas pruebas, y la parquedad e insuficiencia de datos de seguimiento de la gestación de la paciente en la Historia Clínica aportada en esta alzada, sin que existan anotaciones posteriores hasta diciembre de 1987".*

STS de 15-09-2015, n.º 479/2015, rec. 2675/2013.

Supuesto de hecho: niño que padece síndrome de Moebius[290], con carencia de ambas manos, pies zambos, siringomielia y síndrome de Wolf-Parkinson-White[291], con gastrostomía y traqueostomía

Articulan la pretensión indemnizatoria ambos progenitores.

[290] El síndrome de Moebius es una enfermedad congénita caracterizada por parálisis facial no progresiva y alteración de la abducción ocular de uno o ambos ojos por compromiso del VI par, pudiendo extenderse a otros pares oculomotores, así como al IX, X y XII. Se ha asociado con manifestaciones musculoesqueléticas y epilepsia. Consultado en htpps//elservier.es

[291] El síndrome de Wolff-Parkinson-White (WPW) es una afección en la cual existe una ruta eléctrica adicional del corazón que lleva a períodos de frecuencia cardíaca rápida (taquicardia).
Este síndrome es una de las causas más comunes de problemas de frecuencia cardíaca rápida en bebés y niños. Consultado en htpps//www.medineplus.gov

La sentencia de primera instancia condenó a la compañía aseguradora al abono de 500.000 euros más intereses al desistir los padres de la acción ejercitada contra el facultativo. Recurrida en apelación, la sentencia de la Audiencia Provincial eleva la cuantía indemnizatoria a la cantidad de 1.200.000 euros. Ambas sentencias consideran acreditada la concurrencia de un error en el diagnóstico prenatal, debiéndose indemnizar a los padres, excluyendo que el daño sea el nacimiento del hijo o la enfermedad congénita. El daño se concreta en los sufrimientos y padecimientos psíquicos que ocasiona a los padres el nacimiento y ulterior crecimiento del hijo con malformaciones congénitas y, por otro, los perjuicios económicos que derivan del nacimiento del hijo con esas limitaciones y malformaciones.

El recurso de casación interpuesto por la compañía aseguradora se fundamentó en la supuesta infracción tanto del artículo 1106 CC. como del art. 1902 CC., por incorrecta aplicación de la doctrina de la imputación objetiva respecto a los daños sufridos por el hijo de los progenitores reclamantes, sobre la base de que la sentencia de apelación falla indemnizar al menor por el padecimiento que le supone la vida, sin que en nuestro ordenamiento jurídico sea posible imputar al médico los daños sufridos por malformaciones no diagnosticadas, siendo titular de la facultad de acudir al aborto eugenésico únicamente la gestante.

La STS, con cita de una anterior de 23 de diciembre de 2007, descarta la viabilidad de la acción conocida como *wrongful life* señalando: 1º) 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, y 2º) que debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que considera que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo.

Ahora bien, considera la STS, que los progenitores no han ejercitado la acción por *wrongful life,* y estima la acción entablada exclusivamente por los padres, *wrongful birth*, y a ellos solos indemniza como consecuencia del daño ocasionado, en el que incluye el dolor que sufren como propio por el estado de su hijo, sin que la sentencia haya sido tachada formalmente de incongruente con las peticiones de las partes.

Comentario

La STS concede a los padres el derecho a una indemnización por daño moral cuando se hayan visto privados de la necesaria información para poder tomar de forma adecuada sus decisiones. Incluye el sufrimiento y padecimiento psíquico ocasionado, así como los perjuicios económicos que derivan del nacimiento de un hijo con limitaciones y malformaciones.

Esta STS descarta la viabilidad de interponer una acción por *wrongful life* ya que no se puede considerar el nacimiento como un daño, admitiendo, en cambio, la acción ejercitada por los padres por nacimiento injusto *wrongful birth*, incluyendo una amplia concepción del daño tanto en su vertiente moral como patrimonial

2. *Criterios jurisprudenciales: resumen general*

El profesor Tomillo Ubierna[292] distingue tres etapas en la evolución jurisprudencial sobre el *wrongful birth*.Una primera etapa de reconocimiento inicial (1997-2007), una segunda de desarrollo (2007-2012) y una tercera de consolidación definitiva (2013-2017). Y considera consolidada la jurisprudencia dictada por el Alto Tribunal sobre la materia indicando al efecto que: *"El Tribunal Supremo ha examinado escasos supuestos en el período 2013-2017, si bien podemos afirmar que, a fecha de hoy, la consolidación de la doctrina wrongful birth resulta irreversible y que la función nomofiláctica de la casación en esta materia puede darse por definitivamente implementada."*. No obstante, la anteior afirmación, estimo conveniente intentar identificar los criterios juriprudenciales que las dos salas del Tribunal Supremo han esablecido a efectos de determinar el cuerpo jurisprudencial sobre la materia que, como se podrá comprobar, no resulta en modo alguno homogéneo.

De este modo, una vez analizadas las diferentes sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo, procede extraer los criterios jurisprudenciales que se deducen de las mismas:

Primero.- El nacimiento no tiene la consideración de daño. Únicamente la primera de las sentencias dictadas en la materia de fecha 6 de junio de 1997, rec. 165/1993, considera que el nacimiento, en ese caso de un niño que padece síndrome de Down, tiene la consideracion de daño o lesión.

Segundo.- Admisión del ejercicio de las acciones por *wrongful birth* pero rechazo formal del ejercicio de las acciones *wrongful life* ejercitadas por el hijo como consecuencia de su vida injusta. Buen exponente de este criterio jurisprudencial es la STS de 15 de septiembre de 2015, rec. 479/2015, por la que se casa la sentencia recurrida en casación y reitera el criterio de que el

[292] Tomillo Ubierna, Jorge, op. cit, p.882.

nacimiento no es un mal en sí mismo y que el daño ocasionado que es objeto de indemnización se irroga a los padres al privárseles del derecho de elección.

Ahora bien, en deterninados supuestos, materialmente se acepta el ejercicio de acciones *wrongful life*, bajo dos premisas: el reconocer que los padres además de en su propio nombre y derecho actúen igualmente en nombre y representación de su hijo discapacitado al ejercitar la pretensión indemnizatoria, y, mediante el reconocimiento de indemnizaciones directamente al hijo discapacitado con idenpendencia de las estipuladas a favor de los padres.

La sentencia como la de 18 de mayo de 2006, rec. 3337/1999 que, con independencia de la indemnización reconocida a favor de los progenitores, reconoce una pensión vitalicia a favor del niño discapacitado está materiamente reconociendo una pretensción por wrongul life.

Tercero.- Amplia consideración del concepto de daño que incluye tanto el daño moral por la privación del derecho de elección entre practicar un aborto o la continuidad con la gestación; el daño moral consecuencia de la falta de informacion suministrada a los progenitores sobre el estado del feto y las subsiguientes posibilidades de actuación; el daño moral por el impacto psicológico sufrido por los padres y familiares más cercanos por nacer su hijo con discapacidad y, el mayor coste que supone la crianza y manutención de un hijo discapacitado.

La mayoria de las sentencias centran el daño en la privación del derecho de elección aunque alguna como la STS 6 de junio de 2007, rec. 837/2007, identifica el daño exclusivamente con el incumplimiento de la obligación de proporcionar a los progenitores una información adecuada y la vulneracion de su derecho a recibir a recibir una información suficiente. En la mayoria de las sentencias la falta de informacion se vincula directamente con la privacion del derecho de elección entre la continuidad de la gestacion o la práctica de un aborto.

Cuarto.- El importe de la indemnizaciones varía sustancialmente con un horquilla que abarca por daño moral entre los 60.000 euros y los 120.000 euros aunque, en algunos casos, incluye el daño moral la valoración de todos los perjuicios irrogados. Mientras que la cuantia por los mayores costes de crianza abarca desde los 120.000 hasta 1.200.000 euros euros, atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso, o la fijación de una renta vitalicia a favor de la persona discapacitada por importe de 901,52 euros mensuales actualizable conforme al IPC.

La explicación es sencilla, el Tribunal Supremo, vía recurso de casación, que es la via procesal, en virtud de la cual, conoce de estas pretensiones indemnizatorias, ya que no ostenta competencia sobre la materia como tribunal de primera instancia, indica con relación a la cuantifiación de los daños que úncamente puede corregir la valoración efectuada por la sentencia objeto de recuso, si la misma resulta desproporcionada por arbitraria e incompatible con la ponderación que se debe efectuar en relación a los hechos declarados probados y a los conceptos concretos que deben ser objeto de resarcimiento.

Quinto.- En la mayoría de las sentencias la determinación del daño se hace de un modo genérico sin especificar de modo concreto los perjuicios por los que se indemniza, produciéndose una cuantificación de carácter global, sin determinar el importe indemnizatorio correspondiente a cada perjuicio. De este modo, dentro del concepto de daño moral irrogado se engloban no sólo los estrictamente morales sino también los de naturaleza patrimonial como son los gastos extraordinarios de manutención y crianza de una persona con discapacidad.

Sexto.- Se puede considerar superada la doctrina de que el aborto no es un derecho, tal y como señaló en su día la STS de 4 de febrero de 1999, rec. 2236/1994.

Séptimo.- En las sentencias iniciales como las de fecha 4 de febrero de 1999, rec. 2236/1994, 7 de junio de 2002, rec. 5834/1996 se exigia la constancia de la acreditación de que los padres, específicamente la madre, de haber conocido las deficiencias fetales, hubieran decidio interrumpir el embarazo. La falta de acreditación supone que no quede debidamente justificada la relación de causalidad, elemento esencial en el instituto de la responsabilidad patrimonial.

Posteriormente la jurisprudencia civil evolucionó y dese la sentencia de 21 de diciembre de 2005, rec. 1986/1999, considera que, dada la complejidad probatoria de acreditar la intención de la madre de abortar, en el supuesto de que hubiera dispuesto de la información adecuada durante la gestación de las anomalias fetales existentes, ya que se trata de un juicio hipotético, derivada de la falta de información al respecto, no exige la citada acreditación, considerándolo una cuestión puramente irrelevante y superflua.

Octavo.- La privación del derecho de elección se encuentra indisolublemente unida al requisito de encontrarse ante uno de los supuestos que permiten de modo legal la interrupción voluntaria del embarazo, por lo que el ejercicio de la acción *wrongful birth* exige ese presupuesto. Pese a este

criterio de común aplicación en la jurisprudencia mayoritaria, la STS 14 de marzo de 2103, rec. 1785/2010, desvincula ambas cuestiones, reconociendo derecho a la indemnización a los padres pese a que no concurriera el derecho a abortar, dada la irrogación de un daño moral por el impacto psicológico sufrido por los padres al nacer su hija con discapacidad junto al mayor coste de crianza.

Noveno.- Legitimación reconocida a ambos progenitores para efectuar la reclamación por todos los perjuicios irrogados con independencia de su naturaleza, incluida la privación del derecho de elección entre la continuidad de la gestacion o la interrupción del embarazo. Muestra de esta equiparación son las SSTS de 21 de diciembre de 2005, rec. 1986/1999 y 31 de mayo de 2011, rec. 128/2008, que fijan una indemnización por el mismo importe a favor de cada uno de los progenitores.

Décimo.- Amplia legitimación reconociendo el derecho a la indemnización no sólo a los padres de la persona con discapacidad sino también a familiares como hermanos por el daño moral irrogado de observar el sufrimiento de un ser querido con el que se conviven, STS 18 de mayo de 2006, rec. 481/2006.

Decimoprimero.- Necesidad de incumplimiento de la *lex artis* por parte de los profesionales facultativos responsables del adecuado seguimiento de la gestación o de los que intervienen con carácter previo a la concepción a través de pruebas genéticas para descartar posibles anomalías de carácter hereditario. Pesa sobre los reclamantes la carga probatoria del incumplimento de la *lex artis*, con la consiguiente exoneración de responsabilidad en el supuesto de no acreditación.Constituyendo ésta la regla general, no obstante, en ocasiones concretas y dependiendo de los hechos acreditados, la jurisprudencia aplica la dóctrina del daño desproporcionado que supone una inversión de la carga de la prueba sin que pese sobre los reclamantes acreditar en esos supuestos la infracción de la *lex artis*. Claro ejemplo es la STS de 19 de julio de 2007, rec. 836/2007.

Decisegundo.- La responsabilidad derivada del error de dignóstico o falta de información puede ser de origen contractual basada en la relación de servicios existente o en la relación contractual derivada de un contrato de seguro, como también de origen o naturaleza extracontractual. Ambos tipos de responsabilidades se consideran compatibles, tanto la contractual en sus dos

modalidades como la extracontractual basada en hecho ajeno En ambos supuestos opera como inexcusable requisito el incumplimiento de la *lex artis* ad hoc en alguna de sus manifestaciones.

V. LA JURISPRUDENCIA DE SALA TERCERA, DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Análisis de casos

STS de 4 de noviembre de 2005, recurso 5377/2001.

Supuesto de hecho: niño que padece síndrome de Down.

Reclaman los padres en su propio nombre y derecho.

La sentencia de instancia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional parte de la circunstancia de que la gestante nunca llegó a saber, durante la gestación, que el feto padecía síndrome de Down, puesto que, una vez realizada la prueba correspondiente, practicada por el laboratorio de medicina nuclear del Hospital Universitario de Zaragoza, el resultado no llegó a la unidad de diagnóstico prenatal y, por tanto, nunca fue comunicado a la gestante, la cual no pudo plantearse la posibilidad de una segunda prueba de tal naturaleza o bien, una prueba más invasiva como la amniocentesis. En la prueba efectuada se diagnosticó el síndrome de Down que, efectivamente, se confirmó con el nacimiento. La falta de comunicación imposibilitó a la gestante la opción de abortar con base en la indicación eugenésica prevista en el artículo 417.bis del Código Penal. Se privó de una información trascendente a la madre para poder optar por practica un aborto eugenésico, afirmando que lo lesionado fue una manifestación de la voluntad de autodeterminación de la persona ligada al principio de dignidad como es la información para ejercer sus derechos. Determina la sentencia de instancia que el daño resarcible es de tipo moral pues se está ante una situación análoga a la omisión del consentimiento informado sin que el daño quede identificarlo con el hecho del nacimiento de su hijo, ni con sus consecuencias patrimoniales, sino en la valoración autónoma de la lesión de la facultad de autodeterminación que no pudo ejercer al verse privada de la debida información. Valora el citado daño moral en la cantidad de 10.000.000 de pesetas, importe la indemnización correspondiente.

Los progenitores interpusieron recuso de casación contra la sentencia de instancia que fue desestimado por cuestiones procesales, como imposibilidad de apreciar infracción de jurisprudencia con la cita de una sola sentencia en los escritos de preparación e interposición.

Ahora bien, la STS considera acreditada la existencia de un daño irrogado a la madre con el nacimiento de un hijo aquejado del síndrome de Down, y la imposibilidad de optar por la interrupción del embarazo, dada la falta de información suministrada al efecto, sin poder entrar a valorar la existencia de otro tipo de daños, dada la incorrecta formulación del recurso de casación por los recurrentes.

Comentario

En esta sentencia, el TS reconoce la existencia de un daño moral consistente en la privación de la facultad de optar entre la interrupción legal del embarazo y la continuidad de la gestación, dada la falta de información a los padres del resultado positivo de la prueba de amniocentesis practicada, como consecuencia de un anormal funcionamiento de la administración sanitaria al incumplir su obligación de información que obraba en su poder a la gestante.

La incorrecta articulación del recurso de casación privó a la Sala Tercera de la facultad de posicionarse con relación a la posibilidad de indemnizar por la concurrencia de otro tipo de daños consecuencia del nacimiento de un niño con síndrome de Down.

STS de 26 de enero de 2006, recurso 5681//2001

Supuesto de hecho: niña que padece síndrome de Down

Reclamación efectuada por la madre

La sentencia de instancia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestima el recurso, al considerar que, tras la valoración de la prueba documental, testifical y pericial, la madre fue informada de los hallazgos habidos en la gestación y del mal pronóstico del feto dentro las 18-20 semanas de la gestación, tiempo hábil para realizar un aborto terapéutico, tras la realización de la amniocentesis, por lo que la madre pudo con base a tal conocimiento, tomar la decisión de realizar un aborto eugenésico, lo que no hizo, constando en la historia clínica la autorización escrita concreta para la intervención por cesárea.

La STS parte que la sentencia de instancia tuvo por acreditado que la madre fue informada y tuvo conocimiento de las alteraciones que presentaba el feto, entre las semanas 18 a 20 de la gestación, por lo que hubiera podido ejercer su derecho a que se le practicara un aborto terapéutico y que en el recurso de casación realmente se está impugnando la valoración de la prueba practicada en la instancia, sin acreditar la existencia de una violación de las reglas de distribución de la carga de la prueba o la concurrencia de una valoración arbitraria, irrazonable

o ilógica de la prueba practicada que comporte, por tanto, una infracción del art. 9.3 de la Constitución. De este modo, se desestima el recurso de casación, ya que, en sede casacional, salvo las excepciones indicadas, se tienen que aceptar necesariamente los hechos que en la sentencia de instancia se tienen por probados y su valoración, por lo que, recogiéndose como se recoge y se tiene por probado que la actora fue informada de las alteraciones fetales, debe consiguientemente concluirse que no hubo infracción de la *lex artis ad hoc* reveladora de una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario que determinase una responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria.

Comentario

De esta sentencia se extrae la conclusión de la dificultad, por parte de los recurrentes en casación, de articular un recurso que haga llegar al tribunal de casación a la convicción de alterar la valoración de los hechos acreditados en la instancia. El sistema casacional vigente con anterioridad a la modificación de la LJCA operada por la Ley Orgánica 7/2015, dificultaba enormemente esa posiblidad restringida a supuestos muy concretos y específicos de valoracion arbitraria, ilógica o irracional, infracción de la norma sobre distribución de la carga de la prueba o infracción de la normativa sobre valoración de los medios tasados de prueba. Dificultad acrecentada con el nuevo sistema casacional en el que la admisión del recurso pivota sobre el concepto de interés casacional objetivo para la formacion de jurisprudencia, indicando expresamente el art. 87 bis LJCA que el recurso de casación se limitará a la cuestiones de derecho con exclusión de las cuestiones de hecho.

STS de 21 de febrero de 2006, recurso 1117/2002.

Supuesto de hecho: niño que nace padeciendo bronconeumonía, acondroplasia[293] e ictericia fisiológica. Reclama la madre.

La sentencia de instancia, Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, consideró que no se ha demostrado que la enfermedad que padece el niño se pudiera haber diagnosticado dentro de las 22 primeras semanas de gestación, concluyendo que no resulta posible que se hubiera proporcionado a la madre la información necesaria sobre posibles

[293] La acondroplasia es una displasia ósea ocasionada por una alteración genética y la causa del 90 % de baja estatura desproporcionada, también conocida como enanismo. Su principal rasgo físico es el de las extremidades cortas, mientras que el tronco es de tamaño promedio. El 75 % de los casos son nuevas mutaciones y el 25 % restante son trastornos autosómicos dominantes, es decir, heredados de los padres. El trastorno consiste en una modificación del ADN que genera alteraciones en el receptor del factor de crecimiento 3 de los fibroblastos, lo que a su vez genera anomalías en la formación de cartílago y, por lo tanto, en el crecimiento de los huesos.

malformaciones dentro de las 22 primeras semanas de embarazo para acogerse a la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo.

La STS considera errónea la valoración de la prueba practicada en la instancia resultando ilógica e irracional, ya que la administración sanitaria ni siquiera hizo uso de los medios de diagnóstico ordinarios durante las primeras 22 semanas de gestación, dado que la primera ecografía se realizó ya en la semana 22, y menos aún de los medios específicos como era la ecografía de alta resolución.

Considera deficiente la praxis en la actuación sanitaria, al no realizarse ni tan siquiera ecografía alguna dentro de las 22 primeras semanas de gestación, que si bien no tuvo repercusión en la enfermedad o padecimientos que presentaba el niño al nacer, privó a la embarazada de los necesarios y protocolarios medios de diagnóstico anteriores a las 22 semanas de gestación, que aun pudiendo ser imprecisos en su resultado, no descartan la posibilidad de obtener la información suficiente para que la gestante tuviera oportunidad de adoptar una decisión suficientemente informada sobre la interrupción o no del embarazo. La falta de realización de esos medios de control del embarazo, al alcance de la Administración, afectaron a dicha oportunidad de la interesada, impidiendo cualquier posibilidad, por escasas que fueran, de un diagnóstico al respecto, lo que constituye un daño moral indemnizable, que la sentencia, atendidas las circunstancias personales de la recurrente en relación con los padecimientos del hijo afectado, fija en la cantidad de 62.000 euros.

Comentario

Una de las pocas sentencias dictadas en casación que considera que la valoración de la prueba por la sentencia de instancia fue ilógica o arbitraria, motivo por el que casa la sentencia y entra a resolver el recurso contencioso-administrativo. Parece obvio que si no se practicó ninguna prueba de diagnóstico al uso dentro del plazo protocolariamente establecido, existió una clara y manifiesta infracción de la *lex artis*.

La sentencia indemniza por daño moral pero no acaba de concretar si ese daño moral deriva de la falta de información a la gestante o deriva de la privación de la facultad de optar entre la interrupción voluntaria del embarazo o la continuidad de la gestación, aunque de su lectura parece que se fundamenta en privación de la facutald de optar como consecuencia de la ausencia de información.

Para la fijación de la cuantía en 62.000 euros, la sentencia tiene en cuenta, tanto las circunstancias personales de la recurrente que no describe en momento alguno, en relación con los

padecimientos del hijo afectado que tampoco describe. Se trata de unos parámetros que se enuncian en la sentencia pero sin ningún tipo de motivación. A mi juicio, si se trata de la indemnización por daño moral dervivado de la abrogación del derecho a optar, poca influencia debieran tener las circunstancias personales de la madre y los padecimientos del ñiño. Cuestión diferente hubiera sido si el daño moral, objeto de indemnización, deriva del impacto psicológico padecido por la madre al momento de dar a luz un niño con esa patología o, si se hubiera indemnizado el daño patrimonial derivado del mayor coste de crianza, en cuyo caso si se precisa conocer los padecimientos del niño y el coste adicional que supone afrontar los mismos.

STS de 30 de junio de 2006, recurso 217/2005.

Exigencia de acreditación de la voluntad de abortar incumbe la carga de la prueba a la Administración.

Supuesto de hecho: niño con espina bífida.

Reclaman ambos progenitores en su propio nombre y derecho.

La sentencia de instancia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia desestimó la reclamación

Se trata de un recurso de casación para la unificación de doctrina. Los recurrentes alegan contradicción con otras dos sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ de Asturias y Valencia, debido a que la sentencia recurrida desestima el recurso con base en que aun en el supuesto de que no se hubiera informado adecuadamente a la madre sobre las malformaciones del feto no se produjo un daño efectivo indemnizable pues el ejercicio por la madre de la facultad de interrupción del embarazo es una mera hipótesis, sin que aporte objetividad y certeza a tal hipótesis el precedente de tres abortos previos o el consentimiento para la práctica de la prueba de amniocentesis, situándose en el terreno de la mera especulación al afirmar que la actora hubiere hecho uso de la indicación eugenésica una vez conocida la malformación. Mientras que en las sentencias de contraste se condena a la Administración sanitaria a indemnizar a dos madres que por falta de información sanitaria en la fase de detección prenatal de los defectos o malformaciones que padecían los respectivos nasciturus, se vieron privadas de la posibilidad de optar, dentro de los márgenes temporales establecidos legalmente, por interrumpir voluntariamente sus embarazos ante la existencia del supuesto despenalizado del aborto eugenésico, sin exigir la acreditación de la voluntad de la madre de acudir al aborto como requisito para conceptuar aquella falta de información como un daño efectivo y reconocer

el derecho a indemnización por la pérdida de la posibilidad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo ante la malformación fetal.

La STS considera que existió una clara infracción de la *lex artis* al no informar debidamente a la madre de las patologías que sufria el feto y, por tanto, privarla del derecho de opción entre la interrupción legal del embarazo o la continuidad de la gestación. Concretamente considera que no se informó sobre los concretos resultados de las pruebas médicas que podían evidenciar una cierta malformación del feto como los referentes a los niveles de alfafetoproteína superiores a los normales, y los quistes hallados en plexos coroideos.

Establece que una vez acreditada la abrogación del derecho de opción y el consiguiente daño moral que valora de conformidad con lo solicitado por los recurrentes en 72.000 euros, antendidas todas las circunstancias concurrentes, incumbía a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que, en el supuesto de conocer la madre la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial entablada.

La condena al abono de 72.000 euros por daño moral se debe satisfacer a ambos progenitores.

Comentario

Sentencia dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina con base en dos sentencias de contraste dictadas por otros dos TSJ. La virtualidad de esta sentencia del TS radica del en que traslada la carga de la prueba sobre la acreditación de la voluntad materna de no interrumpir legalmente el embarazo a la Administración sanitaria, por lo que la ausencia de rigor probatorio en ese sentido perjuidica a la Administración. No establece la necesidad de acreditar el requisito de la voluntad interruptiva del embarazo de haber conocido la madre las malformaciones sino que recae la carga de la prueba sobre la Administración. La Administración debe acreditar que la madre de conocer las malformaciones no hubiera elegido la opción de abortar. De este modo, se establece una especie de presunción iuris tantum favorable a que la madre hubiera opotado por la interrupción voluntaria del embarazo de haber dispuesto de la información precisa y certera salvo que la Administración acredite lo contrario.

STS de 14 de marzo de 2007, recurso 8017/2002.

Supuesto de hecho: niña que nace sin piernas y sin brazo derecho. Reclaman los padres en su propio nombre y derecho.

La sentencia de instancia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Audiencia Nacional estima parcialmente el recurso y reconoce el derecho a una indemnización de daños y perjuicios por importe de 360.000 euros.

La madre con anterioridad se había sometido a un aborto por causa de peligro para la vida o la salud de la embarazada. La gestante padecía de trastorno adaptativo determinante de grave peligro para su salud psíquica, tras recogerse el temor de la paciente a malformaciones fetales por la exposición a Rayos X que comportaba su trabajo y por haberse realizado varias radiografías. Cuando acude a su tocóloga tras detectarse el nuevo embarazo, la madre no facilitó información alguna respecto del motivo del previo aborto pese a ser cuestionada al respecto. La madre fue objeto de diversas pruebas durante el embarazo, tanto ecográficas, de screenig de diabetes, cardiológicas en la que no se aprecia anomalía fetal, por lo que no se remitió a la gestante al Servicio del Alto Riesgo.

Tras embarazo controlado por los servicios médicos del INSALUD dió a luz una niña con hemimalia de extremidades superior izquierda e inferior derecha e izquierda. La inspección Médica en su informe concluyó que: a) se desconoce la causa de las malformaciones, b) en todo caso la responsabilidad no sería imputable a los facultativos que prestaron la asistencia, pero, c) de haberse realizado un examen global del feto, más detallado, al efectuarse las ecografías, hubieran podido detectarse las malformaciones. La prueba pericial practicada en la instancia determina que la asistencia facultativa prestada no fue determinante de las malformaciones fetales, pero que de haberse realizado un examen global y más detallado del feto, o efectuado la aplicación de mejores medios técnicos y humanos y de más tiempo, se hubiera posibilitado la detección de las malformaciones. De este modo, la sentencia de instancia considera que la ausencia de información privó a los padres del derecho de elección entre la interrupción del embarazo o la continuidad de la gestación. Respecto de la cuantificación de la indemnización los padres solicitaron una indemnización de 154.342.000 pesetas (927.614,10 euros) para la reparación del daño, que concretaron en diversos conceptos, como son las lesiones permanentes y los factores de corrección asociados (perjuicios económicos, lucro cesante, daños morales complementarios, adecuación de vivienda y vehículo, costes de asistencia personal, perjuicios morales familiares). La sentencia de instancia tomando en consideración la naturaleza de las malformaciones, las limitaciones que comportan, el dolor de aflicción que para la hija y sus padres representan, las necesidades que también comportan, el tratamiento médico y rehabilitador que exigen, la situación de la familia y la reparación específica derivada del sistema de la Seguridad Social, consideró pertinente valorar económicamente el daño irrogado en la

suma de 360.000 euros, teniendo en cuenta también para ello la actitud inicial de la progenitora ante los requerimientos e indicaciones de la especialista en tocología .

La STS estimó acreditada la ausencia de información sobre la evolución del feto, lo que impidió a los padres poder optar por una interrupción voluntaria del embarazo, produciéndose un daño moral. Sin embargo, por tal no entiende una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad. A la hora de analizar la relación de causalidad cita la teoría de los cursos causales no verificables, utilizada por la jurisprudencia norteamericana en casos de errores en el diagnóstico prenatal, que permite al facultativo aducir que no es seguro que de haber sido correcto el diagnóstico la decisión del interesado hubiese sido distinta. Si bien en estos supuestos se hace recaer sobre el médico la carga de probar que tal decisión hubiera sido la misma con un diagnóstico acertado. Indica que en los supuestos de daño moral, sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la administración sanitaria 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, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial.

En cuanto al quantum del importe de la indemnización considera correcto el fijado en la instancia sin que el mismo sea arbitrario o ilógico, habiendo tenido en cuenta la actitud de la gestante.

Comentario

La STS hace referencia a la doctrina norteamericana de los cursos causales no verificables para justificar la concurrencia del requisito de la relación de causalidad. De nuevo considera que la carga de la prueba sobre la no voluntad de la gestante de interrumpir el embarazo, de haber conocido la gravedad de las malformaciones del feto, recae sobre la administración sanitaria.

Llama la atención que configurando el daño como moral al privar a la madre del derecho de opción entre la interrupción voluntaria del embarazo o la continuidad de la gestación, a la hora de fijar la cuantía de la indemnización, de conformidad con la sentencia de instancia, incluye en su valoracón no sólo la privación de ese derecho sino daños morales complementarios,

adecuación de vivienda y vehículo, costes de asistencia personal, perjuicios morales familiares, es decir, perjuicios no sólo de índole moral sino también de carácter patrimonial. Todo ello debido a que no consiera el nacimento de la niña por si como daño.

STS de 10 de mayo de 2007, recurso 4779/2003.

Supuesto de hecho: niño que padece la enfermedad de Adrenoleucodistrofia[294] Recurren ambos progenitores en su propio nombre y derecho

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, desestimó el recurso al entender que las pruebas de diagnóstico realizadas a la madre, portadora de la enfermedad, eran conformes a los protocolos de actuación. Tras la valoración de la prueba practicada considera que, no puede entenderse que se produjera error en la realización de la biopsia para extracción del material coriónico. Estima que se pusieron a disposición de la gestante los recursos existentes según el estado de los conocimientos científicos para la prevención de la enfermedad, y que aunque los resultados de la prueba efectuada se mostraron erróneos, la medicina es una ciencia inexacta que no dispone de ninguna prueba diagnóstica para la que no estén descritos falsos positivos y negativos, imposibles de prever a priori. En aplicación de la clásula de progreso de la ciencia en cuya virtud, no son indemnizables los daños derivados de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica en el momento de producción de aquellos, estima que no puede darse por acreditada la existencia de un daño derivado de la actuación de la administración sanitaria que los perjudicados no tengan el deber jurídico de soportar.

La STS considera que la administración sanitaria no aplicó todas las técnicas necesarias en función de los conocimientos de la ciencia médica en 1.996 para realizar un correcto diagnóstico prenatal del hijo, dadas todas las circunstancias que concurrían tanto de antecedentes hereditarios, como de las incidencias surgidas en el análisis efectuado por el laboratorio holandés

[294] La adrenoleucodistrofia ligada al cromosoma X (ALD) es un grave trastorno genético y progresivo que afecta a las glándulas suprarrenales, la médula espinal y la sustancia blanca (mielina) del sistema nervioso. Los pacientes con adrenoleucodistrofia son pre-sintomáticos en el momento del nacimiento. En varones, la primera manifestación de adrenoleucodistrofia es normalmente la insuficiencia suprarrenal, que puede aparecer en bebés de pocos meses. En la edad adulta, los hombres desarrollan mielopatía (enfermedad de la médula espinal). Los varones con adrenoleucodistrofia pueden desarrollar una desmielinización cerebral progresiva (adrenoleucodistrofia cerebral), tanto en la infancia como en la edad adulta: https://adrenolekudystrophy.info.

al que se remitió la muestra, y pese a que también era conocida la necesidad de realizar dos pruebas de diagnóstico ante la existencia constatada de falsos negativos y el hecho de que la gestante fuera portadora de esa alteración vinculada con el cromosoma X. Siendo ello así, concluye que no se procedió con arreglo a la *lex artis* y no se suministró a los progenitores todos los datos que debían tener para que pudieran optar por la interrupción voluntaria del embarazo o por continuar con la gestación.

A la hora de fijar el quantum indemnizatorio y, valorando todas las circunstancias concurrentes en los padres, más el hecho de que el menor esté asintomático en los términos que se recogen en el informe del médico adjunto del Servicio de Neurología, fija como indemnización por daño moral la cantidad de 120.202,42 euros. Ahora bien, igualmente establece que, si como consecuencia de la afectación del menor asintomático en la fecha de la reclamación, este presentase en el futuro una evolución que se plasmase en cualquier patología derivada de la adrenoleucodistrofia, tendrá derecho él o sus representantes legales a ser indemnizado por la administración sanitaria, a cuyo fin podrán ejercitar las acciones que estimen convenientes.

Comentario

Esta sentencia resulta sumamente interesante. A la hora de analizar la relación de causalidad vuelve a citar la teoría de los cursos causales no verificables invocada por la jurisprudencia norteamericana en casos de errores en el diagnóstico prenatal, que permite al facultativo aducir que no es seguro que de haber sido correcto el diagnóstico la decisión del interesado hubiese sido distinta, si bien en estos supuestos se hace recaer sobre el médico la carga de probar que tal decisión habría sido la misma con un diagnóstico acertado. Indica que en los supuestos de daño moral, sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la administración sanitaria 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, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial.

Reconoce el derecho de los padres a ser indemnizados por daño moral derivado de la privación del derecho de elección entre el aborto o la continuidad de la gestación. Y todo ello, atendido el estado de la ciencia médica en el momento de la gestación que recomendaba la realización de dos pruebas complementarias al haberse detectado supuestos de falsos negativos en supuestos similares de previo conocimiento de madres portadoras de la anomalía genética. Valora el citado

daño moral en la cuantía de 120.202,42 euros sin más concreciones al respecto, atendidas las circunstancias de los progenitores y el estado actualmente asintomático del menor. Ahora bien, establece que, si en un futuro el menor desarrolla cualquier tipo de patología derivada de la adrenoleucodistrofia, tendrá derecho él o sus representantes legales a ser indemnizados, pudiendo ejercitar las acciones convenientes. De este modo, esta reconociendo de modo claro y terminante la posibilidad de ejercitar el menor una acción de *wrongful life,* acción que no debe ejercitarse por sus representantes legales en nombre de aquél en el plazo de 1 año desde que tuvo lugar el nacimiento, sino que se puede ejercer, directamente por él o sus representantes desde el momento (dies a quo) en que el niño desarrolle una patología derivada de la alteración genética que padece.

Así, la sentencia reconoce directamente una indemnización a los progenitores derivada de la concurrencia del daño moral por la privación del derecho de elección *wrongful birth*, pero también, y esa es la gran virtualidad de esta sentencia, al margen de ese daño moral, indica que si en un futuro el niño padece alguna enfermedad derivada de la alteración genética que padece tendrá derecho a ser indemnizado debiendo ejercitar la acción que corresponda, la cual, obviamente, no puede ser otra que por *wrongful life* o vida injusta. Acción que puede ejercitarse por el mismo en su propio nombre y derecho o por sus representantes legales, caso de que aún fuese menor de edad al momento de presentarse la patología derivada de la adrenoleucodistrofia. Además, el inicio del plazo de la acción se deja abierto al momento en que, en su caso, se presente la patología.

Esta solución, adoptada por la sentencia, me parece más que correcta. Reconoce un supuesto indemnizatorio por *wrongful birth* a favor de los progenitores pero junto a ello, reconoce un derecho indemnizatorio al hijo para el supuesto de que durante su vida desarrolle una enfermedad vinculada a la alteración genética que padece. Patología inexistente al momento de enjuiciarse los hechos, pero de acontecimiento más que probable en un futuro mediato. Indemnización que sólo es posible su articulación a través del ejercicio por el niño de una acción por *wrongful life*, en este caso, desligada inicialmente del hecho del alumbramiento, ya que su ejercicio está condicionada a la futura aparición de una enfermedad, momento en que el niño podrá accionar frente a la administración sanitaria.

STS de 16 de octubre de 2007, recurso 9768/2003

Supuesto de hecho: niño que nace son síndrome de Down. Reclaman los padres en su propio

nombre y derecho.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, desestima el recurso al valorar la prueba practicada, indicando que se hicieron los controles ecográficos necesarios de confirmadad con el protocolo vigente en el Hospital Universitario 12 de octubre y en las fechas en que se debían hacer, no encontrando anomalías ni marcadores ecográficos de cromosomopatías, con el solo hallazgo de pequeñas diferencias entre la edad gestacional por amenorrea y por ecografía, lo que se puede considerar habitual, descartando la necesidad de una amniocentesis dado los riesgos inherentes a esta prueba diagnóstica.

La STS vuelve a reiterar los argumentos expuestos en las STS de 14-03-2007 y 10-05-2007 (RCA 8017/2002 y 4779/2003), relativos a que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral, el cual no debe ser entendido como una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad. Sin embargo, sí puede existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de esta. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como señala la STC 53/1985, de 11 abril: "*nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE.)*". Vuelve a citar la teoría de los cursos causales no verificables utilizada por la jurisprudencia norteamericana en los supuestos de errores de diagnóstico prenatales, pero ratificando la jurisprudencia de la Sala Tercera referida a que en los supuestos de daño moral, sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la gestante la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial.

La actora solicitó reiteradamente la práctica de la amniocentesis por razones muy concretas no negadas por la administración sanitaria cual era la ingesta previa de fármacos contra la depresión

que entendía podían afectar al feto. Las razones que sobre los efectos de tal ingesta da la Administración no descartan que dichos fármacos deban reputarse inofensivos para el feto y es lo cierto que a la Administración hubiera correspondido acreditar que la concreta medicación tomada por la gestante con anterioridad a su embarazo no influía en modo alguno en posibles malformaciones, lo que no hizo; sino que incluso utiliza hipótesis cuando dice que "no parece existir" indicación de amniocentesis por ese motivo. La prueba pericial practicada en la instancia indica que la única forma de diagnosticar un síndrome de Down es haciendo un cariotipo en biopsia coral, amniocentesis o cordocentesis. La actora de 35 años solicitó reiteradamente que se le practicase una amniocentesis, con la finalidad de conocer el estado del feto y poder optar, en su caso, por la interrupción voluntaria del embarazo, y esa solicitud no se hizo sin fundamento alguno sino por cuanto concurrían factores tales como su propia edad y sobre todo por el tratamiento farmacológico al que había estado sometida, cuyas consecuencias sobre el feto no podían ser conocidas y exigían por tanto un control preciso, más allá del meramente ordinario que se le hizo, y más cuando ya la primera ecografía ordinaria había puesto de relieve determinadas alteraciones, cuya evolución no podía precisar en aquel momento. La STS considera igualmente que la Administración no probó de forma indubitada como debía, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial. Estima que el daño indemnizable es el daño moral, al lesionarse el derecho de los padres de autodeterminarse, al negarles la posibilidad de realizar la prueba adecuada para detectar posibles anomalías del feto, cuando había factores de riesgo, culminando todo ello con el nacimiento de una niña que padece síndrome de Down. En cuanto al quantum del daño moral y valorando las circunstancias concurrentes en los actores, fija la cantidad de ciento cincuenta mil euros (150.000 €).

Comentario

La STS sigue la línea marcada por las sentencias precedentes, cuya ponente es igualmente la magistrada doña Margarita Robles Fernández, en el sentido de no considerar el nacimiento como el daño indemnizable sino la imposibilidad de ejercitar el derecho de opción entre el aborto terapéutico o la continuidad de la gestación por la falta de realización de la prueba diagnóstica recomendable. En esta sentencia, en cambio, la valoración del daño se centra en esa abrogación del derecho de opción sin considerar, aunque sea a título enunciativo, otros perjuicios como el mayor coste de los gastos de crianza de un niño que padece síndrome de Down en relación a un niño sano, como se indicaba en sentencias precedentes.

STS de 5 de diciembre de 2007, recurso 92/2007.

Supuesto de hecho: niña que padece graves lesiones cardiacas.

Reclamación del padre por la deficiente actuación durante el embarazo del Servicio Asturiano de Salud que no efectuó un adecuado diagnóstico prenatal de las graves lesiones cardiacas que fueron diagnosticadas a los 17 días de nacer su hija, al no haberse practicado al feto una ecocardiografía, actuación exigible en este supuesto al tratarse de un embarazo de alto riesgo, dado que la madre era mayor de 35 años, con diabetes gestacional e hijo anterior nacido con defecto congénito.

La Sentencia 2013/2006, de 28 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Asturias, reconoce que durante el embarazo, la no práctica de una ecocardiografía que resultaba pertinente y apropiada, dada la situación de la madre y los antecedentes, produjo una omisión de la posibilidad de contar con una información trascendente para que, en virtud del principio de autodeterminación, los padres decidieran libremente entre la opción de practicar o no libremente un aborto eugenésico, situación ésta análoga a la de la omisión del consentimiento informado.

Ahora bien, reconocido en sentencia el hecho de que no se efectuaron, por error médico las pruebas diagnósticas precisas y convenientes, y que esa omisión privó a la madre de la facultad de elección, la sentencia añade una cuestión esencial para este tipo de reclamaciones. El reclamante debe demostrar, de algún modo que, de haber conocido la malformación del feto, la grave enfermedad que padecerá en el futuro el niño o la grave discapacidad hubiera adoptado la decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo mediante la práctica de un aborto eugenésico al concurrir los supuestos legalmente contemplados.

En este supuesto, la sentencia destaca la ausencia de actividad probatoria alguna que acredite que efectivamente de haber dispuesto de esa información se hubiera optado por la interrupción eugenésica del embarazo. Actividad probatoria que, en virtud del principio de distribución de la carga de la prueba incumbe en este tipo de procesos al reclamante. Es más, del expediente incluso de deduce lo contrario al menos de modo indiciario dado que:

"Encontrándonos en el caso examinado ante el supuesto de los denominados en el derecho anglosajón wrongful birth o de "nacimiento evitable" es preciso señalar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia (Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 7 de junio de 2002) exigen para la prosperabilidad de la reclamación, como la

que aquí se ejercita, la existencia en autos de prueba de la cual pueda inferirse que, de haber conocido la gestante la malformación del feto, hubiera interrumpido voluntariamente el embarazo ya que, caso contrario, no podrá afirmarse la relación directa entre la falta de información médica y el que aquella no hubiese optado por dicha interrupción, prueba tal aquí inexistente; es más, en este supuesto y sin que se nada se haya dicho en contra, la administración sanitaria señala (Vid. Folio 20 del expediente) que se le propuso la realización de la prueba de amniocentesis que decidió no hacer, lo que ya de por sí puede considerarse como una actitud opuesta al ejercicio de la referida interrupción voluntaria del embarazo".

Junto a ello y de modo independiente, la sentencia también reflexiona sobre una cuestión esencial. En el presente supuesto, dado que el daño producido y por el que se reclama, se circunscribe a la privación de la facultad de optar por la interrupción legal del embarazo al no disponer de los elementos de juicio precisos y reales sobre la situación del nasciturus y sus graves problemas cardiacos que padecerá cuando nazca; la legitimación para reclamar se circunscribe única y exclusivamente en la madre:

"Pero es que, independientemente de todo ello, el daño moral, que como ya hemos señalado sería en este caso el único susceptible de ser indemnizado, está directamente conectado con el derecho a la información reconocido en el art. 14.5 de la Ley General de Sanidad y en la Ley 41/2002 y con la consiguiente facultad de optar por la interrupción del embarazo, que, en situaciones normales, constituye un derecho personal e intransferible de la madre (art. 5 de la referida Ley , art. 417-bis del C.Penal, art. 9 del Real Decreto 2.409/1986 y Fundamento Decimotercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985), circunstancia esta que constituye un obstáculo a la reclamación exclusiva del padre con dicho fundamento que es, precisamente, lo que aquí acontece sin que exista constancia alguna del consentimiento, expreso o tácito, de la madre a tal ejercicio".

De este modo, se niega la legitimación del padre para reclamar por el daño moral que consiste en la privación, por falta de información debida, de su facultad de elección entre continuar la gestación u optar por la interrupción legal del embarazo.

Por estas dos consideraciones, ausencia de prueba de la voluntad de abortar en caso de haber conocido adecuadamente el diagnóstico y falta de legitimación del padre, el recurso se desestima.

La STS confirma la ausencia de actividad probatoria alguna que acredite la voluntad de proceder a la interrupción legal del embarazo de haber dispuesto de todos los elementos de juicio necesarios. Además, el hecho de que se ofreciera a la madre la realización de la prueba de la amniocentesis, y esta la rechazara, se valora como una actitud opuesta al ejercicio de la referida interrupción voluntaria del embarazo.

De igual modo, el hecho de que sólo hubiera recurrido el padre de la menor, sin constancia alguna del consentimiento expreso o tácito de la madre para ejercer la acción avala, tanto la

carencia de evidencia alguna respecto de la voluntad la madre de abortar, como la falta de legitimación paterna, dado que se trata de un derecho personal e intransferible de la madre de conformidad con la legislación en vigor.

Comentario

Limitar la legitimación activa para reclamar en estos casos sólo a la madre no parece del todo correcto. Si los daños se limitan exclusivamente a la pérdida de la posibilidad de optar entre una interrupción voluntaria del embarazo y la continuidad en la gestación, la restricción se basa en la idea de que sólo la madre es titular de esa facultad de opción sin que el progenitor paterno ostente derecho alguno sobre la cuestión, solución que me parece correcta. Ahora bien, con independencia de un análisis más detallado de la cuestión, se observa como el propio Tribunal Supremo incluye en otras ocasiones, como daño indemnizable, los mayores costes que supone el cuidado, la atención y el tratamiento de un niño con algún tipo de enfermedad o discapacidad, o, el daño moral consecuencia del impacto psicológico de los padres por el nacimiento de su hijo con dispcapacidad sin estar previamente advertidos. Limitar la legitimación exclusivamente a la madre, cuando tambíen se reclama idemnización por estos perjuicios, carece de toda lógica, cuando la obligación legal de alimentos, comprensiva de todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción incumbe a ambos ascendientes de conformidad con lo dispuesto en el art. 143 del Código Civil y, el evidente impacto psicológico se produce respecto de ambos progenitores.

A diferencia de la STS de 30 de junio de 2006 de 2007, RC 217/2005, en esta sentencia se hace recaer sobre la parte actora la acreditación del hecho de que de haber conocido las malformacones del feto hubiera tenido la voluntad de interrumpir su embarazo, sin resultar de aplicación la presunción iuris tantum favorable a la interrupción anteriomente indicada.

STS de 4 de noviembre de 2008, recurso 4936/2004

Supuesto de hecho: niña que padece síndrome de Down.

Por resolución del Conseller de Sanidad de la Generalitat Valenciana, de 7 de febrero de 1992, se reconoció la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, indemnizando a dos padres en la cantidad de 120.202,42 euros, en metálico y de una sola vez, por estimar que el embarazo, dados los antecedentes personales y edad en el momento del parto de la madre, era tributario de pruebas diagnósticas complementarias para el espistaje/diagnóstico de

cromosomopatías, que no le fueron realizadas al no haber sido remitida a la Unidad de Diagnóstico Prenatal. La mencionada cantidad indemnizatoria fue fijada en atención a que, no se les permitió a los padres de la menor optar por la interrupción del embarazo dentro de los plazos legales, conociendo todas las circunstancias. De igual modo la resolución considera como no indemnizables, los gastos ocasionados por el nacimiento de un niño con síndrome de Down, por no tener dicha circunstancia su causa en el funcionamiento del servicio público, ni poder considerarse como daño tal nacimiento.

Los padres recurrieron solicitando que se elevara la cuantía indemnizatoria a favor de los padres a 300.506,05 euros, a la vez que solicitaron que se reconociera una pensión vitalicia periódica y actualizable conforme al IPC, a favor de la menor por importe de 901,52 euros, dado que precisa de una atención fija y permanente durante toda su vida.

La Sentencia 405/04 de 17 de marzo de 2004, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Valencia, que resuelve el recurso en primera instancia, analiza los conceptos que pueden ser objeto de indemnización, con el fin de conseguir una reparación integral del daño efectivamente causado y distingue a estos efectos entre:

1) El daño emergente
2) El lucro cesante, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes,
3) Las secuelas
4) El daño moral, denominado "pretium doloris", que comprende los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados.

La sentencia, tras indicar, la dificultad existente para determinar la cuantía de las indemnizaciones en estos supuestos, acoge como importe el fijado previamente en supuestos similares por el TS, basándose a estos efectos en la Sentencia de la Sala 1ª del TS de 6 de junio de 1997, RC 495/1997, en la que tras el nacimiento de un niño con síndrome de Down se reconoce a los padres una indemnización de 300.000 euros por el daño moral sufrido al privarlos de la posibilidad de elegir la interrupción voluntaria del embarazo mediante la práctica de un aborto eugenésico, más una indemnización derivada de la necesidad de atención fija y permanente del hijo. En ese supuesto, enjuiciado por la Sala de lo Civil del TS, no se comunicó a los padres el fracaso de la prueba de la amniocentesis hasta tres meses después de conocer el resultado, pese a que la madre se había interesado por el mismo, y cuando la madre lo conoció,

ya había transcurrido el plazo legal para interrumpir de modo legal el embarazo.

"Partiendo de la base de lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1.985, de 11 de abril, que parece haber dejado abierta la posibilidad de una tutela no penal que en alguna medida pueda sustituirla con idéntica o semejante eficacia; surge en el presente caso 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. Puesto que, si la misma hubiera sabido con el suficiente tiempo, el fracaso de las pruebas determinantes de la situación del feto dentro del límite de tiempo legal, hubiera actuado en consecuencia y dentro del amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se hubiera prestado a la intervención médica de interrupción del embarazo, y si ello no fue así se debió a la actuación negligente de Doña. Eugenia., que no le comunicó a su tiempo el fracaso de las pruebas, lo que se hubiera podido remediar con la repetición de las mismas o con otras de igual garantía o fiabilidad, pues había plazo suficiente aun, como ya se ha indicado, para proceder a interrumpir el embarazo dentro del plazo legal permisivo. De todo lo cual, dado el nacimiento de un ser con las deficiencias ya descritas, y la voluntad antecedente de la madre de evitarlo legalmente, así como la conducta médica que impidió lo anterior y que muy bien ha sido calificada en la sentencia recurrida como "actuación profesional irregular"; hace que surja, lo que el Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo denomina en su sentencia de 6 de julio de 1.995 (caso Odigitria AAE), la supuesta violación del principio de protección de la confianza legítima, que se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de reclamar la defensa de sus intereses.

En otras palabras, para concluir, que ha habido acción médica negligente, un perjuicio gravísimo, y una relación causal entre ambos acontecimientos.

.....

Desde luego, aquí surge la figura conocida en el derecho americano con el nombre de "Wrongful life" -el niño nace con taras, pero la única otra alternativa posible era que no hubiera nacido-; ahora bien, el daño derivado del referido daño no es patrimonial y para su valoración, siempre evanescente dada la dificultad de fijar parámetros económicos a una tara como es la derivada del síndrome de Down, hay que tener en cuenta varios aspectos, como es el del impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas; lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada. Todo lo cual hace posible y hasta lógica el montante de la suma reclamada por la parte, ahora, recurrente".

Con base en ello, la sentencia del TSJ de Valencia condenó a la Administración Sanitaria a

indemnizar, a tanto alzado a la madre, en la cantidad de 300.506,05 euros, pero sin desagregar los conceptos indemnizatorios.

Frente a la citada sentencia se interpuso recurso de casación, el cual fue resuelto por Sentencia de la Sala 3ª TS de fecha 4 de noviembre de 2008, RC 4936/2004, que lo desestima confirmando la sentencia de instancia.

La sentencia se basa en una previa de fecha 28 de septiembre de 2000, en un supuesto de vasectomía mal practicada. Concluye que el hecho desdichado de que un niño nazca con síndrome de Down no es, por sí solo, imputable a la Administración sanitaria que atendió a la madre durante la gestación y el parto. Ahora bien, el hecho de que no se practicara de modo correcto la prueba de detección precoz de la patología da lugar a responsabilidad patrimonial por el daño moral consistente en no haber conocido la deficiencia en un momento lo suficientemente temprano como para decidir poner fin legalmente al embarazo; es decir, cabe indemnizar la pérdida de oportunidad. Del mismo modo, estima que procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down:

"Ocuparse de una hija con tal patología comporta, como es obvio, gastos extraordinarios, que encajan perfectamente en la idea expuesta por la arriba citada sentencia de 28 de septiembre de 2000 cuando hablaba de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades. En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización".

Comentario

El TS vuelve a confundir el ejercicio de acciones por *wrongful life* y *wrongful birth*. Efectivamente, en el fundamento de derecho tercero señala:

"Para abordar adecuadamente este asunto, conviene destacar que el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño, pues no cabe en el ordenamiento español lo que, en terminología inglesa, se denomina wrongful birth. No hay nacimientos equivocados o lesivos, ya que el art. 15 de la Constitución implica que toda vida humana es

digna de ser vivida".

Los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen, en principio, un daño, ya que son inherentes a un elemental deber que pesa sobre los padres, pero cuando las circunstancias se separan de lo normal, implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, como ocurre en los supuestos de nacimiento de niños con discapacidades, entiende el TS que hay daño y procede la indemnización. Contrasta, no obstante, este parecer tan claro y rotundo, con la exigencia de prueba de los gastos y la desviación de fondos no previstos por la familia para atender estas necesidades, que exigió en el supuesto analizado de la niña que padecía anemia hemolítica. No se desprende del estudio de las sentencias, tanto de instancia, como de casación que se exigiera en el proceso, efectivamente, la demostración de la concurrencia de los citados gastos y la desviación de fondos previstos para otras necesidades familiares. Creo que el simple hecho de que un niño nazca con una enfermedad a discapacidad grave, acreditada en el proceso es prueba suficiente de que su crianza y viabilidad va a suponer unos gastos extraordinarios mucho mayores que los que debe soportar cualquier familia por la crianza de sus hijos que no padecen ninguna enfermedad o discapacidad.

La STS efectúa una vinculación de los gastos que se deberán afrontar en cuanto madre de una hija con síndrome de Down, con la imposibilidad, causada por la administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. A su juicio, existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la madre. Ahora bien, la fijación de la suma indemnizatoria a tanto alzado, con base, como he señalado anteriormente, en sentencias precedentes de la Sala 1ª del TS, sin especificar o desagregar que parte se corresponde con los mayores gastos de crianza del hijo y cual con el daño moral causado a los padres derivados de su privación del derecho de elección me parece criticable. Del mismo modo, el hecho de que los gastos extraordinarios de crianza y viabilidad del niño discapacitado se abonen de una sólo vez mediante un único pago creo que no es adecuado para estos supuestos. Sería mucho más eficiente hacer uso de la posibilidad contemplada en el art. 34.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público cuando señala que la indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado. Resulta más razonable y más beneficioso, pensando en el futuro incierto de la persona nacida con determinada enfermedad, síndrome o discapacidad, que

mensualmente se le asigne a él, un pago periódico mensual que sirva para hacer frente a los mayores gastos que supone su vida cotidiana para alcanzar el libre desarrollo de su personalidad.

STS de 25 de mayo de 2010, recurso 3021/2008

Supuesto de hecho: niña que padece una variedad del síndrome de Adams-Oliver[295]. Reclaman los padres en nombre y representación de su hija menor

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, estimó el recurso y reconoció a los padres el derecho a una indemnización de daños y perjuicios por importe de 500.000 euros. Considera que las ecografías efectuadas de nivel I no se ajustan al protocolo de actuación que detalla la necesidad de efectuar ecografías de nivel II, para el examen detallado de anatomía fetal en orden al diagnóstico de malformaciones especialmente entre las semanas 18 a 22 de gestación. De este modo, la administración sanitaria incumplió con su obligación de poner al servicio de la gestante todos los medios a su alcance para efecutar un diagnóstico lo más certero posible y, no habiéndolo hecho así, privó a la madre de un diagnóstico más certero que le hubiera permitido una decisión motivada sobre la interrupción voluntaria de su embarazo. La sentencia de instancia, valorando el impacto o daño moral producido a los padres, así como las limitaciones de todo orden que comporta el estado de la menor (minusvalía del 78%) con atrofia cerebral y retaso psicomotor evidente, el dolor de aflicción que para los padres se ha originado y que se ve prolongado en el tiempo, así como la evidente mayor dedicación que ello implica por parte de los progenitores en la atención y cuidado de toda índole que debe prestarse a la niña con necesidad de seguimiento de terapias de rehabilitación y estimulación así como gastos extra de toda índole que ello conlleva, estima procedente el fijar una indemnización global por todos los conceptos de 500.000 euros.

295 Síndrome Adams-Oliver: "Trastorno poco frecuente caracterizado por la combinación de anomalías congénitas de las extremidades y alteraciones del cuero cabelludo, a menudo acompañados de trastornos de la osificación del craneal. La gravedad del trastorno varía mucho entre individuos afectados. La aplasia cutis congénita, los defectos transversales de las extremidades y la cutis marmorata telangiectásica son característicos de esta afección. Por lo general, los pacientes presentan malformaciones de las manos, brazos, pies y/o piernas que varían desde hipoplasia de los dedos de manos y pies hasta ausencia de las manos y/o piernas, así como discapacidad intelectual en algunos casos. El síndrome de Adams-Oliver (SAO) puede estar asociado con una variedad de anomalías físicas que incluyen catarata congénita, estrabismo y microftalmia, malformaciones cardíacas congénitas (incluyendo la tetralogía de Fallot y la atresia pulmonar) y esclerosis hepatoportal. La hidrocefalia es la principal característica cerebral y puede asociar epilepsia. También son posibles las anomalías letales extensas.", en portal de Portal de información de enfermedades raras y medicamentos huérfanos.

La STS ratifica el hecho de que la administración sanitaria debía haber realizado las ecografías de nivel II de precisión frente a las cuatro de nivel I que efectuó, dado que, en ese momento preciso del embarazo o de gestación es posible aplicando ese medio de diagnóstico, conocer con un nivel de probabilidad que alcanza un alto porcentaje, si existen anomalías en el feto. El que el hospital no dispusiera de ecógrafos de ese nivel no exonera a la administración ya que podía haber derivado a la gestante a otro centro de la red pública que si dispone de aparatos de ecografía de esa resolución. Sin que tenga importancia que esa prueba no sea fiable al cien por cien porque siempre que ofrezca una posibilidad mayor que la prueba efectuada, y tratándose del fin que con ella se persigue obtener, es preciso realizarla y no conformarse con la de nivel I claramente insuficiente para lograr ese objetivo.

Con relación a la alegación efectuada, vía recurso de casación, por parte de la compañía de seguros de que la única indemnización que se debió reconocer a los padres era la dimanante del hecho de que no tuvieron conocimiento de las malformaciones que presentaba el feto y, por ello, se les privó de la oportunidad en el caso de haberlo conocido de proceder a la interrupción voluntaria del embarazo produciéndoles un daño moral indemnizable, la STS considera que la no realización de la prueba requerida comporta la existencia de nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal de las malformaciones y el daño, tanto moral como económico experimentado por los progenitores, puesto que ocuparse de su hija con tales malformaciones y la incapacidad que las mismas comportan, para cualquier actividad de por vida, genera gastos extraordinarios de todo tipo para sus padres que obligan a desatender otros fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades. Gastos derivados de la crianza de los hijos que en circunstancias normales no constituyen un daño pero cuando las circunstancias se separan de lo normal, por la manifiesta discapacidad de la niña y los padecimientos que va a soportar, implicar una carga económica muy superior a la ordinaria, por lo que procede su indemnización.

Comentario

Una adecuada prestación de asistencia sanitara constituye una obligación de medios que no de resultados. Pero los medios que se deben poner a disposición de los pacientes son todos aquellos a su alcance no pudiendo rebajar la adecuada aplicación de los mismos y, máxime cuando se trata de pruebas diagnósticas. Si el concreto centro sanitario no dispone de los medios adecuados se debe derivar a la gestante a otros centros de la red pública que si dispone de aquellos.

Por otra parte, pese a que el daño que reconoce la sentencia deriva de la privación del derecho

de opción entre la interrupción voluntaria del embarazo o la continuidad de la gestación, no se limita a la valoración de ese daño de naturaleza estrictamente moral infligido a los padres sino que aúna al mismo los perjuicios derivados de la mayor dedicación de la crianza de una hija que sufre unos padecimientos de esa naturaleza, dando por buena la indemnización de los llamados daños de rebote.

Hay que recordar que reclamaron los padres en nombre y repesentación de su hija menor y reconoce tanto la indemnización por daño moral por privación del derecho de elección (*wrongful birth*) como los gastos extraordinarios derivados de la crianza de una niña con severas patologías, lo que en puridad, nos sitúa ante una acción por *wrongful life*.

STS de 16-06-2010, recurso 4403/2008.

Supuesto de hecho: niño que padece síndrome de Down.

Reclaman ambos progenitores .

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia, estimó el recurso interpuesto. Según la sentencia quedó acreditado que, una vez vuelto a analizar el líquido amniótico remitido durante la gestación y almacenado a efectos de posibles verificaciones, dió como resultado trisomía del cromosoma 21, pese a haber sido informado como normal en su día. Al parecer el error se produjo en las extensiones de la muestra, al haberse hecho de una procedente de un tubo no correspondiente a la muestra extraída a la madre gestante. La sentencia de instancia reconoció al niño la cantidad de 1500 euros mensuales revalorizables de conformidad con el IPC, y a los padres la cantidad de 75.000 euros a cada uno.

El TS inadmitió el recuso presentado por la Generalidad Valenciana en relación a la indemnización a favor de los padres al no alcanzar la suma casacional de 600.000 euros que operaba como límite para acceder a la casación de conformidad con el sistema casacional vigente con anterioridad a la reforma operada por la LO 7/2015 y, en cambio, admitió a trámite el recurso de casación en relación a la condena al abono de indemnización a favor del hijo menor. La STS sostiene, a diferencia de la administración sanitaria recurrente, que, en estos supuestos de enfermedades genéticas con error de diagnóstico, el daño indemnizable no se circunscribe al de carácter moral de privar a la madre de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino que además, se deben tener en cuenta otros perjuicios materiales, como la necesidad de una atención fija permanente hacia el hijo. La STS estima parcialmente el recuro

de casación en el sentido único de condenar solidariamente a la administración sanitaria valenciana y a la Univeridad de Elche en cuya unidad genética se practicó la prueba diagnóstica, al actuar mediante fórmula colegiada de actuación amparada en un convenio de colaboración y resultar de aplicación el entonces vigente art. 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, hoy art.33 de la Ley 40/2015.

Comentario

El TS admite a trámite el recurso de casación sólo en relación con el recurso interpuesto respecto de la condena a la administración sanitaria al abono de una indemnización a favor del hijo menor consistente en el abono de una pensión vitalicia por importe de 1500 euros al mes. Al desestimar el recurso de casación, en lo que respecta al reconocimiento de la citada pension vitalicia cuyo destino servirá para sufragar los gastos extraordinarios de crianza efectuado en la sentencia de instancia, y a cuyo abono condena solidariamente tanto a la administración sanitaria valenciana como a la Universidad de Elche, está reconociendo el ejercicio de una acción *wrongful life* a favor del hijo menor. De este modo, la STS reconoce indemnización a favor de los padres por el daño moral derivadso de la privación del derecho de opción (*wrongful birth*) e indemnización a favor de hijo menor mediante abono de pensión vitalicia mensual por importe de 1500 euros (*wrongful life*) a la que condena de modo solidario a la administración autonómica sanitaria y la Universidad Miguel Hernández de Elche.

Por otra parte, la indemnización del daño moral a los padres por la privación del derecho de opción por continuar el embarazo o la continuidad de la gestación se reconoce a cada uno de los progenitores por importe de 75.000 euros, reconociéndose tanto a la madre como al padre.

Con posterioridad me referiré a la reacción de los padres al conocer la sentencia del Alto Tribunal.

STS de 27-10-2010, recurso 4978/2007.

Supuesto de hecho: niña que padece a del síndrome Cornelia de Lange[296] que comporta importantes limitaciones físicas y psíquicas, tales como hipocrecimiento con microcefalia,

[296] Síndrome de Cornelia de Lange: "Raro trastorno del desarrollo, clínicamente heterogéneo, hereditario con transmisión dominante, causado por la mutación de uno de sus siete genes (NIPBL, SMC 1ª, HDAC8, SMC3, RAD21, ANKRD 11 y BRD4). Se caracteriza en su forma clásica por patrones de crecimiento alterados (discapacidad intelectual y retraso global del desarrollo, así como del crecimiento prenatal y postnatal)". The Ecuador Journal of Medicine, www.revistafecim.org

hirsutismo, sinofridia, y retraso mental profundo.

Reclaman ambos progenitores.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, estimó el recurso y condenó a la administración sanitaria el abono de 601.317 euros, dada la falta de información suministrada a los padres con relación al resultado de las pruebas diagnósticas practicadas durante la gestación.

La STS ratifica la falta de información dada a los padres con relación a las anomalías que padecía feto y sobre las probabilidades de que sufriera por causa de ellas malformaciones genéticas, lo que les privó de la opción de fundamentar ética y jurídicamente una decisión fundada sobre la interrupción del embarazo. Considera indemnizables no sólo el daño moral sino también los mayores costes de crianza de una niña que padece el síndrome de Cornelia de Lange, perjuicios estos de carácter patrimonial.

Comentario

La STS destaca la importancia del cumpliemiento del deber de información que pesa sobre la adminitración sanitaria a la hora de trasladar a los progenitores los resultados de las pruebas de diagnóstico efectuadas en las que se apreciaba un pliegue nucal que, según los estudios científicos, implican un riesgo de malformación entre el 15% y el 40%., compatible con varias posibles malformaciones, entre las cuales se encuentra el síndrome Cornelia de Lange. Esa falta de información comporta un claro incumplimiento de la *lex artis*, surgiendo derecho a la indemnización por privación del derecho de opción entre la práctica de un aborto o la continuidad de la gestación.

Incluye en la indemnización tanto el daño moral como los gastos de crianza extraordinarios, indemnización que corresponde a los padres por lo que se trata del reconociento de una acción por *wrongful birth*.

STS de 25-04-2011, recurso 298/2009.

Supuesto de hecho: niña con síndrome de Down.

Reclaman los padres en su propio nombre y derecho.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, desestimó el recurso. La sentencia de instancia con base en la valoración de la prueba pericial practicada concluye que, durante la gestación, se aplicaron las técnicas diagnósticas adecuadas según el esado de la ciencia en aquél momento. Que durante los años 2001-2002, la

técnica de cribado que se aplicó a la madre, la detección del grosor del pliegue nucal mediante ecografía en el primer trimestre del embarazo era la más fiable en esos momentos y, desde luego, de mayor fiabilidad que los marcadores bioquímicos que entonces existían, pues, en esas fechas, la técnica de cribado ecográfica concretamente aplicada a la gestante, poseía una sensibilidad para diagnóstico de síndrome de Down del 75-80%. En ese momento, las mejores cifras de sensibilidad de la combinación de la edad materna con el triple screening del 2º trimestre no llegaban al 65%. En definitiva, la adopción de la medición del pliegue nucal junto con la edad materna, en el año 2001, poseía mejor sensibilidad diagnóstica que el triple screening del 2º trimestre. Todo ello, sin perjuicio de que, en los años siguientes, el avance de la ciencia haya conseguido, mediante el perfeccionamiento de las sustancias bioquímicas, dar una fiabilidad al "triple screennig" del 95%.

Los padres interpsuieron recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando varias sentencias de contraste en las que se dispone que el hecho de no informar a la madre de la posibilidad de la realización de la prueba del triple screening o triple cribaje en embarazos de riesgo, cuando la madre es mayor de 35 años, supone una negligencia profesional al escatimarse información y medios a la gestante.

La STS recuerda que el recurso de casación para la unificación de doctrina exigía que, entre la sentencia que constituye el objeto del recurso de casación y las aportadas de contraste concurran hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales pero se hubiera llegado a pronunciamientos distintos. Igualmente indica que en este específico recurso de casación no cabe una revisión de la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia. Pero, además de la triple identidad debía efectuarse una exposición razonada de la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida a fin de que por el Tribunal Supremo se establezca cuál de los criterios opuestos que han mantenido los tribunales es el correcto. Por ello se dará lugar al recurso cuando se repute como criterio acertado el de la sentencia antecedente no cuando la tesis correcta sea la contenida en la sentencia que se impugna. Debiendo tener en cuenta que la finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina no es corregir la eventual infracción legal en que pueda haber incurrido la sentencia impugnada, sino reducir a la unidad criterios judiciales dispersos y contradictorios, fijando la doctrina legal al hilo de la cuestión controvertida.

La STS inadmite el recurso debido a su incorrecta formalización, ya que en el mismo no se expuso cual es la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida, como preveía el entonces vigente artículo 97.1 de la LRJCA. La parte recurrente fundo su recurso en que no se informó a

la madre de la posibilidad de la realización de la prueba del triple screening, pero sin indicar norma o precepto legal alguno que considere infringido por la sentencia. Junto a ello, la STS indica que las sentencias de contraste aportadas abordan cuestiones diferentes a la recurrida y que, en todo caso, la conclusión que se alcanza en la sentencia recurrida y en una de las que se cita de contraste, expresado en sus diferentes fallos uno desestimatorio y otro estimatorio, obedece a una valoración de la prueba singular y específica en cada caso, que no puede ser objeto de unificación, patiendo cada una de ellas de situaciones de hecho diferenciadas.

Comentario

En este supuesto, resulta importante destacar que la obligación de medios que incumbe a la administración sanitaria se debe analizar en relación al momento concreto en que se produjo la asistencia sanitaria, sin perjuicio de la evolución posterior del avance de las técnicas diagnósticas y su concreta fiabilidad. Puede ocurrir que una técnica en un momento determinado resulte la más aconsejabe para la detección de determinadas anomalias y, con posterioridad, resultar que otro tipo de técnica resulta mas fiable arrojando un porcentaje más elevado de acierto. Por ello, resulta necesario conocer, fundamentalmente a través de las pruebas periciales practicadas, cual es la técnica más aconsejable atendiendo las especiales carácterísticas de tiempo, lugar y circunstancias concretas del supuesto de hecho enjuiciado.

Por otra parte, se advierte en la STS la dificultad, que existía, de articular de modo correcto un recurso de casación para la unificación de doctrina, al tenerse que acreditar de modo adecuado, la triple identidad existente, los fallos contradictorios de la sentencia recurrida con la de contraste, la fundamentación de la norma infringida, unido a que la contradicción no debe tener como fundamento material la valoración de la prueba llevada a cabo por los tribunales de instancia.

STS de 29-06-2011, recurso 3561/2007.

Supuesto de hecho: niño que padece de fibrosis quística[297].

[297] La fibrosis quística es un trastorno heredado que causa daños graves en los pulmones, el sistema digestivo y otros órganos del cuerpo. Afecta a las células que producen moco, sudor y jugos digestivos. Estos líquidos secretados son normalmente ligeros y resbaladizos. Pero en las personas con fibrosis quística, un gen defectuoso hace que las secreciones se vuelvan pegajosas y espesas. En lugar de actuar como lubricantes, las secreciones tapan

Reclaman los padres en su propio nombre y derecho y en representación de su hijo.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, estimó parcialmente la reclamación de los padres y condenó a la adminstracion sanitaria a las sumas de 156.713 euros y 123.840 euros. La sentencia constata que, tras el nacimiento de un sobrino del progenitor con la enfermedad de fibrosis quística, el matrimonio se somete a un análisis genético molecular de fibrosis quística que arroja como resultado que el marido era portador de la mutación FQ en tanto que la esposa no lo era. Ello quería decir que su descendencia podría o no ser portadora, pero que no padecería la enfermedad. Tras el nacimiento de su segundo hijo se le diagnóstica de fibrosis quística a los cuatro meses de vida. Como consecuencia de ello, los padres se someten de nuevo a un análisis genético molecular de fibrosis quística. El resultado es que ambos son portadores de la mutación FQ. La sentencia constata que los propios servicios técnicos de la administración adveran el error de los resultados del primer análisis y que el hecho de la falta de acreditación de que los padres hubieran decidido interrumpir el embarazo en una cuestión cuya carga de la prueba compete a la Administración no a los recurrentes, la cual debe acreditar que de haber tenido la información precisa la madre no hubiera decidido abortar.

Considera la existencia de un daño moral a los padres vinculado al poder de la madre de autodeterminarse con base en la STC 53/1985, pero rechaza las indemnizaciones interesadas a favor del menor. Por lo que se refiere a la cuantía de la indemnización por daño moral, acoge el criterio los padres y fija la cantidad de 156.713,39 euros por los daños morales que implica el no haber podido optar por tener un hijo sabiendo que los dos eran portadores del gen de la fibrosis quística. Junto a ese daño moral tiene en cuenta los gastos derivados de la atención y el cuidado del menor que requiere la dedicación permanente de uno de los esposos o de un tercero por lo que fija una segunda indemnización en la suma de 123.840 €.

La STS desestima el recurso de casación formulado por los padres que pretendían el reconocimiento de una pretensión indemnizatoria a favor del hijo menor en cuyo nombre y representación también accionaron. El TS rechaza esa pretensión dado que la existencia del menor y las limitaciones que al mismo condicionan no pueden imputarse a la actuación de la Administración. El niño nació afectado por la enfermedad, pero aún con el error diagnóstico en

los tubos, conductos y pasajes, especialmente en los pulmones y el páncreas. Mayo Clinic Family Health Book (Libro de Salud Familiar de Mayo Clinic) 5ª edición

que incurrió la Administración, pudo haber nacido sano. Y esas limitaciones que se afirma suponen para él un daño moral no pueden tener esa consideración, sino que constituyen aspectos de su existencia que le convierten en diferente, pero no por eso menos valioso para quienes le rodean y para la sociedad. Estima no acreditado o probado que el menor esté afectado por un daño moral, perjuicio dotado de una gran subjetividad, y que para ser indemnizado necesita de una prueba que denote o ponga de manifiesto no una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave, que no parece afecte al menor, que al no estar limitado intelectualmente, está en condiciones de integrarse socialmente con las limitaciones que ya se pusieron de relieve. Concluye que no hay nacimientos equivocados o lesivos, ya que el art. 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida, y, en este supuesto a juicio de la sentencia, ello no ofrece duda.

Por último, desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Madrid al entender indemnizables tanto el daño moral afligido a los padres como los perjuicios patrimoniales derivados de la especial atención y cuidadado que precisará la crianza y vigilancia del menor que incrementan notablemete los gastos de crianza.

Comentario

Nos encontramos ante un supuesto en que la infracción de la *lex artis* se produce no por error de diagnóstico durante la gestación propiamente dicha, sino que el error se produce con anterioridad al realizarse los progenitores unas pruebas de diagnóstico genéticas relativas a la posibilidad de ser portadores de la mutación FQ que puedan transmitir a su descendencia.

En este supuesto se había articulado junto a la pretensión indemnizatoria a favor de los padres, que se reconoce, una pretensión indemnizatoria a favor del menor consistente en que se le indemnizara por los daños psicológicos y morales que implica el desarrollo de la enfermedad, donde se ven frustradas, parcial o totalmente las expectativas de unas relaciones afectivas normales; de relación con sus iguales (otros menores, compañeros de colegio, amigos,...) en condiciones de normalidad, en la cantidad de 313.426'77 €, la STS rechaza la viabilidad del ejercicio de la acción por *wrongful life*. El argumento consiste en que que toda vida humana es digna de ser vivida, lo que se ha venido a denominar el principio de santidad de la vida. Rechaza la existencia de ese pretendido daño moral que supuestamente padecerá el menor, dada su falta de acreditación.

STS de 22-11-2011, rec. 4353/2009.

Supuesto de hecho: niño que padece atresia anal, malformación vertebral, escoliosis; ectasia piélica; riñón derecho ectópico; comunicación interauricular; ictericia de pretérmino y agnesia renal derecha.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de La Rioja, desestimó el recurso, dado que tras la valoración de la prueba practicada consideró que durante la gestación se efectuaron las revisiones y pruebas pertinentes y habituales en el curso de un embarazo, tales como, ecografías, citología, urocultivo, análisis de sangre y orina y que en todas las pruebas el resultado fue de normalidad. Considera que no se ha demostrado la relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos. Por tanto, excluye la antijuridicidad del daño, como título de imputación de responsabilidad a la Administración, no por falta de prueba sino debido a la acreditación y certeza de que la actuación sanitaria ha sido correcta y ajustada a la *lex artis*.

La STS desestima el recuso de casación al considerar que la sentencia de instancia es congruente y está suficientemente motivada, mostrando los recurentes, en puridad, una discrepancia con la valoración de la prueba practicada por la sentencia de instancia que no se considera ilógica, irracional o arbitraria.

Comentario

Esta STS es un claro ejemplo de la dificultad extrema de que prospere un recurso de casación al amparo del sistema casacional anterior a la reforma de 2015 fundado en la incorrecta valoración de la prueba practicada en la instancia, dificultad acrecentada tras la reforma operada en el sistema casacional por la LO 7/2015.

STS de 23-01-2012, rec. 43/2010.

Supuesto de hecho: niño que padece síndrome de banda amniótica[298], tras parto gemelar.

[298] El síndrome de bandas amnióticas, también conocido como síndrome de anillos de constricción, se manifiesta cuando el feto aún se encuentra dentro del útero de su madre. El feto crece dentro del saco amniótico, que está formado por bandas fibrosas. A veces, estas bandas pueden envolver al feto mientras este se desarrolla. Lo más usual es que las bandas se envuelvan alrededor de una extremidad, los dedos de las manos o de los pies. Estas bandas provocan una hendidura alrededor del dedo o la extremidad o, en casos más graves, pueden interrumpir el flujo sanguíneo y dañar el desarrollo del dedo o la extremidad. Stanford Medicine Children's Healts, www.stanfordchildrens.org.

Reclaman los padres en su propio nombre y derecho.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimó el recurso ya que, al realizar la valoración de la prueba documental y pericial concluye que, de todas las ecografias practicadas, en ninguna de ellas se observaron malformaciones en el feto. De igual modo, en todas las exploraciones ecográficas realizadas. los parámetros que deben analizarse no indicaban anomalías en los fetos. Los parámetros se situaban dentro de los límites normales, no sugerían patología, no se evidenció oligohidramnios (ni alteración en general del líquido amniótico) y la placenta maduraba progresivamente. Tras el alumbramiento, el estudio histológico de las dos cavidades placentarias no ha mostrado signos de bridas ni ninguna otra anomalía. La sentencia concluye que no considera acreditada la existencia de una defectuosa praxis médica en el seguimiento del parto, puesto que se realizaron múltiples estudios ecográficos, se respondió de forma adecuada a los problemas que presentó el desarrollo del embarazo, la aparición de bridas amnióticas era muy remota y no existía indicio alguno que la sugiriese.

La STS recuerda que en el ámbito sanitario la obligación de la Administración es una obligación de medios no de resultado. Recuerda la estricta limitación existente, via recurso de casación, en la procedencia de revisar la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de instancia. A estos efectos, bajo el sitema casacional anterior a la entrada en vigor de la LO 7/2015, las cuestiones probatorias sobre las que el Alto Tribunal podía entrar a revisar se limitaban a:

1) la vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba;

2) la indebida denegación, bien del recibimiento del pleito a prueba, bien de alguno o algunos de los medios de prueba propuestos;

3) la infracción de las normas relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones;

4) la infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles;

5) la infracción cometida cuando, al socaire de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico;

6) los errores de este tipo cometidos en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta;

7) por último, la integración en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia de aquellos otros que, habiendo sido omitidos por ésta, estén suficientemente justificados según

las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada.

Considera que la valoración de la prueba no ha resultado ilógica, arbitraria o irracional. Además, en los hechos probados de la sentencia consta que los gemelos se desarrollaron en dos cavidades placentarias más no se evidencia la posibilidad de intervención sobre una sin incidir en la otra.

Y lo que resulta más importante indica que la malformación que padece uno de los hijos consistente en la pérdida parcial del miembro inferior derecho, niño al que, tras su nacimiento, se le colocó una prótesis, no se reputa como una grave tara física. La STS destaca como relevante la cuestión de que no se ha justificado que hubiera sido posible optar a la interrupción voluntaria del embarazo reclamada afectando exclusivamente a uno de los fetos, el que presentaba la antedicha malformación por lo que la pretendida privación de la posibilidad de decidir la interrupción del embarazo decae como argumento.

Comentario

Esta STS aporta una cuestión interesántisima que, aunque parezcza obvia, resulta de una importancia trascedental en orden al adecuado ejercicio bien de una acción *wrongful birth* o *wrongful life*. Y es la relativa a que para considerar privado el derecho de optar entre la interrupción legal del embarazo o la contiundad con la gestación resulta preciso que estemos ante un supuesto en que el aborto sea factible desde el punto de vista legal, es decir, que concurran los supuestos de hecho previstos en la norma para interrumpir voluntariamente el embarazo, a partir de las 14 semanas de gestación desde la entrada en vigor de la LO 2/2010. El TS establece que se debe justificar la posibilidad de encontrarnos ante un supuesto legal de interrupción legal del embarazo, justificación que incumbe a los reclamantes para que el ejercicio de la acción indemnizatoria sea viable.

STS de 07-03-2012, recurso 6190/2010.

Supuesto de hecho: niña que sufre de síndrome polimalformativo, malformación congénita de ambos brazos y piernas (agnesia de radio y tibia biltateral).

Reclaman los padres en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de su hija.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, estimó en parte el recurso anulando la resolución administrativa dictada por el Servicio Murciano de Salud que había inadmitido la reclamación en vía

administrativa por prescripción de la acción, pero desestima la pretensión indemnizatoria entrando al fondo del asunto. Considera la sentencia que el protocolo aplicable admitía la ecografía de nivel básico o de nivel I, y solo en casos de duda diagnóstica o sospecha sobre una posible anomalía, se remitía a la gestante a un centro hospitalario para un examen ecográfico más especializado. Por tanto, las gestantes que no presenten factores de riesgo se examinarán con niveles básicos de especialización en los ecografistas. Partiendo de lo anterior, y, constatando que la gestante no presentaba factores de riesgo que determinaran un nivel superior de análisis ecográfico, se plantea la sentencia si tales malformaciones se hubieran podido detectar con un nivel básico, y se considera con base a los dictámenes periciales que la ecografía no es un medio infalible para detectar malformaciones y que ni siquiera puede considerarse el idóneo dadas sus limitaciones de diagnóstico.

La STS desestima el recurso de casación. Considera que la sentencia de instancia analizó la asistencia prestada a la gestante, de conformidad con los parámetros (protocolos) de medios exigibles en aquél momento y determina que no existe nexo de causalidad, recogiendo cada uno de los informes periciales practicados y emitidos y planteándose diversas hipótesis para ver si se le privó a la gestante de los medios existentes en el tiempo y circunstancias. Señala, con cita de sentencias anteriores, que la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, sólo puede ser objeto de revisión en sede casacional cuando la valoración resulte irracional o arbitraria, no simplemente errónea. Y lo hace porque niega que exista relación de causalidad entre la actuación de los servicios sanitarios prestados en el Hospital y las consecuencias que de la actuación de estos derivaron. Estima que la relación de causalidad es una cuestión jurídica susceptible de casación, pero la existencia o no de la misma se funda en la valoración de la prueba que de aquélla efectúe el Tribunal de instancia. Valoración que no resulta arbitraria, ilógica o irracional, sin que concurra infracción de las reglas de la lógica y la sana crítica. Concluye que no hay perdida de oportunidad al no existir sospecha o anomalía diagnosticada respecto al feto, y no la había porque la sentencia de instancia llega a la convicción que no eran detectables en atención a las practicas que se realizaban en aquel momento, la situación de la gestante y la finalidad limitada de las ecografías, habiéndose empleado los medios técnicos idóneos.

Comentario

La STS vuelve a incidir sobre la dificultad, de conformidad con el sistema casacional vigente con anterioridad a la reforma operada por la LO 7/2015, de corregir la valoración de la prueba practicada por la sentencia de instancia recurrida, siempre que la misma no resulta irracional, ilógica o arbitraria.

Por otra parte, destaca la obligación de medios que incumbe a la administración sanitaria, obligación atendiendo las circunstancias del momento y las especiales que concurren en la gestante, para concluir que, en este supuesto, un nivel básico I ecográfico, resultaba adecuado dada la ausencia de factores de riesgo en la mujer gestante.

STS de 20-03-2012, recurso 4165/2010.

Supesto de hecho: embarazo gemelar padeciendo uno de los niños síndrome de Down.

Reclaman los padres en su propio nombre y derecho.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, estimó parcialmente el recurso interpuesto por los padres reconociendo el derecho a ser indemnizados en la cantidad de 80.000 euros. Considera acreditado, tras la valoración de la prueba practicada en la instancia, que teniendo en cuenta los antecedentes de los padres no se llevaron a cabo las pruebas de detección pertinentes según los protocolos de la SEGO y SESEGO para un embarazo de alto riesgo. Por este motivo, la madre fue privada de la oportunidad de decidir la interrupción voluntaria del embarazo por falta de adecuado control de su gestación conforme a la *lex artis*. De igual modo, la administración sanitaria no acreditó que, de haber conocido la madre el síndrome del feto, no hubiera optado por la interrupción voluntaria del embarazo, y esa ausencia de prueba determina que quepa apreciar el nexo causal requerido en la determinación de la responsabilidad patrimonial entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, que es de naturaleza estrictamente moral, puesto que a aquélla no puede imputársele el hecho del nacimiento del hijo con síndrome de Down, debiendo indemnizarse la pérdida de la oportunidad de decidir de la madre recurrente, ante el conocimiento de la malformación a tiempo de interrumpir su embarazo legalmente, por lo que estima parcialmente la pretensión fijando como indemnización procedente la cantidad de ochenta mil euros (80.000 euros)

Recurren en casación los padres por falta de motivación en la fijación de la cuantía indemnizatoria y por circunscribirse la misma al daño moral sin tener en cuenta perjuicios de tipo patrimonial que van a padecer los padres como consecuencia de la crianza de un niño con síndrome de Down que va requerir de una especial atención continuada.

La STS estima que, efectivamente la sentencia de instancia adolece de falta de motivación suficiente, dado que no se llega a comprender con base a qué criterios se ha llegado a la valoración de la suma indemnizatoria, teniendo en cuanta que los padres solicitaron 832.924,25

euros, correspondientes a las siguientes partidas o conceptos a indemnizar por considerar que constituyen daño que no deben soportar: 185.544 (secuelas - 75 puntos), 161.023,54 (incapacidad permanente absoluta) + 322.047,06 (necesidad de 3º persona) + 120. 767,65 (daño moral al entorno familiar + 10.182 (excedencia de la recurrente, perjuicio económico) + 760 (gastos asociación APHISA) + 5600 (perdida de ayudas públicas + 27000 (psicólogo a domicilio), estableciendo una correlación entre conceptos o partidas que integran un sobrecoste en la crianza y atención del niño discapacitado y su repercusión dentro del entorno familiar restante.

La STS considera que no es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo o continuar con la gestación, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado con síndrome de Down. Inexcusablemente ambos, daño moral y daño patrimonial, deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño. Junto al daño moral procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a un hijo que padece síndrome de Down. Ocuparse de un hijo con tal patología comporta, como es obvio, gastos extraordinarios, en comparación con los gastos derivados de la crianza de los hijos que no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria. Y ese sobrecoste lo considera vinculado a la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria, de interrumpir legalmente el embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la madre. Para la cuantificación de la indemnización y, atendiendo a la prueba practicada y analizando los conceptos reclamados, considera procedente mantener la partida reconocida en la sentencia de instancia correspondiente al daño moral al entorno familiar de 80.000 euros y para el niño, entendiendo que se indemniza el sobrecoste que genera su crianza y educación conforme a sus posibilidades , se reconoce la partida de 200.000 euros por todos los conceptos, que percibirá atendiendo a las prevenciones establecidas en la legislación civil para la administración y gestión de los bienes propios de los menores de edad.

Comentario

La STS 20-3-2012 admite, sin señalarlo expresamente, tanto una acción por *wrongful birth* como por *wrongful life*. Efectivamente, en su fallo reconoce una indemnización total de 280.000 euros

que distribuye en su fundamento cuarto, otorgando 80.000 euros a los padres por el daño moral sufrido sin especificar con base en que conceptos, pero que se deduce que corresponde a la privación de la facultad de interrumpir legalmente el embarazo, dado que nada se dice en la sentencia respecto del impacto psicológico derivado del nacimiento de una niña con síndrome de Down. Y otros 200.000 euros para el menor, importe que cubrira el sobrecoste que genera su crianza y educación, cantidad que percibirá atendiendo a las prevenciones establecidas en la legislación civil para la adminisración y gestión de los bienes propios de los menores de edad. De este modo, los progenitores ejercitaron una acción por nacimiento injusto *(wrongful birth*) en su propio nombre, cuya pretension cuantifica y estima la sentencia en 80.000 euros y, una acción por vida injusta (*wrongful life*), en nombre y representación de su hijo menor de edad que padece el sindrome de down, cuya pretensión se cuantfica y estima en la sentencia por importe de 200.000 euros.

A estos efectos haya que destacar que la indemnización de 200.000 euros tiene por destinatariO al hijo menor de edad. Merece la pena transcribir el fundamento cuarto, al que se remite expresametne el fallo de la sentencia, que establece la indemnización y su concreta distribución*:*

"En el presente caso, atendiendo a la prueba practicada y analizando los conceptos reclamados procede mantener la partida reconocida en la sentencia correspondiente al daño moral al entorno familiar de OCHENTA MIL EUROS (80.000 EUROS) y para el menor Alejandro, entendiendo que se indemniza el sobrecoste que genera su crianza y educación conforme a sus posibilidades , se reconoce la partida de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 euros) por todos los conceptos, que percibirá atendiendo a las prevenciones establecidas en la legislación civil para la administración y gestión de los bienes propios de los menores de edad. Estas cantidades se consideran actualizadas a fecha de esta sentencia, sin que por tanto proceda reconocer intereses más que los previstos legalmente 106.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción".

Esta STS sirivió de precedente a la STS de 28-03-2012, rec. 2362/2011 que igualmente reconoce indemnización tanto a los padres como a su hija que padece de síndrome de Down, que a continuación pasaré a analizar**.**

STS de 28-03-2012, recurso 6454/2010.

Supuesto de hecho: niña con sindrome de Down reclaman los padres en su propio nombre y derecho.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimó el recurso ya que tras la valoración de la prueba

practicada considera que el control de la gestación se ajustó a los protocolos y, por tanto, a la *lex artis ad hoc*, no advirtiendo la ausencia de ninguna prueba diagnóstica, dado que se practicaron las ecografías pertinentes según protocolo y el cribado bioquímico del segundo trimestre (Beta hCG y Alfa Fetoproteina), cuyos resultados se hallaban dentro de la normalidad, por lo que no se prescribió la práctica de amniocentesis.

La STS desestima el recurso al no considerar ilógica, arbitraria o irracional la valoración de la prueba practicada en la instancia. Respecto de la necesidad de realizar otro tipo de pruebas complementarias a las habituales para descartar la existencia de anomalías en el feto, dado que la madre durante el embarazo tenía 35 años, la STS indica que la sentencia de instancia acepta la tesis del perito judicial y del perito de la compañía de seguros en el sentido de que la edad a considerar es la que se tenga en el momento de la gestación. Por ello, el hecho de que la gestante tuviera menos de 35 años en dicho momento tiene relevancia, pues los protocolos a considerar no establecen las pruebas complementarias sino a partir de los 35 años. La madre quedó embarazada a la edad de 34 años y ocho meses. Las pruebas de detección invasivas, son recomendadas en los protocolos a partir de los 35 años de la madre, fecha que se debe computar al momento de la gestación y no por cercanía a dicha edad durante las semanas posteriores o cumplimiento de la edad referida a lo largo del embarazo.

Comentario

Esta STS da por bueno el criterio de que el momento que se debe tener en cuenta para determinar si se deben efectuar pruebas complementarias de diagnóstico prenatal a las habituales, en consideración a la edad de la madre, es el de la concepción. Lo cual tiene una trascendencia fundamental en orden a un posible incumplimiento de la *lex artis*. Si la madre en el momento de la concepción tiene menos de 35 años no es preciso efectuar pruebas complementarias de carácter invasivo si las ordinarias no muestran ninguna anomalía.

Parece que esta consideración puede tener su lógica dado que, de conformidad con los informes médicos aportados en la instancia, el síndrome de Down es una alteración genética que se produce en el mismo momento de la concepción y que, a partir de los 35 años aumenta el riesgo de incidencia del síndrome, teniendo en cuenta que es en el momento de la gestación cuando se produce, en su caso, la alteración genética.

STS de 28-03-2012, recurso 2362/2011.

Supuesto de hecho: niña que padece síndrome de Down.

Recurren los padres en su propio nombre y en representación de su hija menor de edad.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, si bien concluye que la asistencia prestada a la gestante no fue conforme a la *lex artis*, según los protocolos médicos de actuación, la responsabilidad derivada de esta actuación sanitaria ha de ser matizada, dada la falta de interés de la gestante en la realización del cribado combinado del 2° trimestre, cuando problemas burocráticos impidieron la realización de realización del cribado combinado del 1° trimestre. A esa falta de interés, unida a la ausencia de consentimiento informado para la prueba de cribado, anuda la ausencia de pérdida de la oportunidad de detectar precozmente la anomalía cromosómica origen del díndrome de Down con la circunstancia de que, aparte de la falta de interés o consentimiento de la propia paciente respecto de la realización del cribado combinado del primer trimestre, tampoco constaba la voluntad de los padres de interrumpir el embarazo a partir de un resultado desfavorable. La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda fijando la indemnización que deben percibir los reclamantes en la cantidad de cien mil euros (100.000).

La STS establece que, con carácter general en estos supuestos, no es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado con síndrome de Down. Inexcusablemente ambos, daño moral y daño patrimonial, deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño. Afirma que los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales, pero si cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria. Y que los gastos que la madre deberá afrontar con una hija con síndrome de Down no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico.

Con relación a la indenmización fijada en la sentencia de instancia y su minoración por la supuesta falta de interés de la progenitora en la realización de la prueba del cribado y la ausencia de constancia de voluntad de los padres de interrumpir el embarazo de haber conocido el sindrome de Down que padece su hija, en primer lugar, considera, respecto de la supuesta falta de interés en la realización del cribado del primer trismestre, que lo relevante no es que la

paciente se interese por unas pruebas, sino que la administración sanitaria se las ofrezca en tiempo y forma. Corresponde a la Administración acreditar que se ofreció e intentó practicar las correspondientes pruebas y no el paciente quien debe probar su interés en unas pruebas que ni siquiera tiene porqué conocer de su existencia ni de su momento de realización. Considera que este primer criterio de minoración de la indemnización no puede considerarse conforme a derecho

En segundo lugar, con relación a la falta de constancia de la voluntad de los padres en orden a interrumpir el embarazo a partir de un resultado desfavorable y tras la realización de las pruebas correspondientes, el Alto Tribunal estima ilógico exigir a la parte una demostración de voluntad ante una eventualidad incierta, máxime cuanto a la gestante no se le realizaron las pruebas del cribado y no se le informó de las malformaciones de su hija, resultando difícil pensar que pueda manifestar su voluntad interruptiva para el supuesto de que unas pruebas, no realizadas, den un resultado negativo.

De este modo, concluye que no existe causa para minorar la indemnización, y que los criterios que ha manejado la Sala de instancia, en una suerte de compensación de culpas, no pueden considerarse ajustados a derecho.

Respecto de la indemnización, atendiendo a la prueba practicada y analizando la cuantía reclamada procede fijar la indemnización, con base en precedentes en los que se señaló que en casos de síndrome de Down, procede establecer la cuantía de 280.000 euros. De dicha cantidad, corresponde al daño moral al entorno familiar la cantidad de 80.000 euros y para la menor, entendiendo que se indemniza el sobrecoste que genera su crianza y educación conforme a sus posibilidades, se reconoce la partida de 200.000 euros por todos los conceptos, que percibirá atendiendo a las prevenciones establecidas en la legislación civil para la administración y gestión de los bienes propios de los menores de edad.

Comentario

La STS 28-3-2012 reconoce, sin señalarlo expresamente, tanto una acción de *wrongful birth* como de *wrongful life*. Efectivamente, en su fallo reconoce una indemnización total de 280.000 euros que distribuye en su fundamento cuarto, otorgando 80.000 euros a los padres por el daño moral sufrido sin especificar con base en que conceptos, pero que se deduce que corresponde a la privación de la facultad de interrumpir legalmente el embarazo, dado que nada se dice en la

sentencia respecto del impacto psicológico de traer al mundo a una niña con sindrome de down. Y otros 200.000 euros para la menor, importe que cubrira el sobrecoste que genera su crianza y educación, cantidad que percibirá atendiendo a las prevenciones establecidas en la legislación civil para la adminisración y gestión de los bienes propios de los menores de edad. La distribución de la indemnización entre los padres y la hija resulta coherente con el hecho de que los padres litigaron en su propio nombre y derecho pero también en nombre y representación de su hija menor de edad. De este modo, los progenitores ejercitaron una acción por nacimiento injusto (*wrongful birth*) en su propio nombre, cuya pretension cuantifica y estima la sentencia en 80.000 euros y, una acción por vida injusta (*wrongful life*), en nombre y representación de su hija menor de edad que padece el sindrome de down, cuya pretensión se cuantfica y estima en la sentencia por importe de 200.000 euros.

A estos efectos haya que destacar que la indemnización de 200.000 euros tiene por destinataria a la hija menor de edad. Merece la pena transcribir el fundamento cuarto, al que se remite expresametne el fallo de la sentencia, que establece la indemnización y su concreta distribución*:*

"En el presente caso, atendiendo a la prueba practicada y analizando la cuantía reclamada procede fijar la indemnización en los mismos que ya hemos hecho en nuestra reciente sentencia recaída en el recurso 4165/2010 , donde señalamos que en casos de síndrome de Down, procede estableces la cuantía de 280.000,- euros. Y en dicha cuantía lo fijamos en el presente supuesto. De dicha cantidad, corresponde al daño moral al entorno familiar la cantidad de OCHENTA MIL EUROS (80.000 EUROS) y para la menor, entendiendo que se indemniza el sobrecoste que genera su crianza y educación conforme a sus posibilidades, se reconoce la partida de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 euros) por todos los conceptos, que percibirá atendiendo a las prevenciones establecidas en la legislación civil para la administración y gestión de los bienes propios de los menores de edad. Estas cantidades se consideran actualizadas a fecha de esta sentencia, sin que por tanto proceda reconocer intereses más que los previstos legalmente 106.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción".

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en esta sentencia, estima una pretensión indemnizatoria a favor de los padres por el daño moral padecido al privárseles del derecho a interrumpir el embarazo dada la negligencia de la administración sanitaria en el no ofrecimiento y realización de las pruebas convenientes para la detección del síndrome de Down que padede el feto. Y además, estima de nuevo, una pretensión indemnizatoria a favor de la hija que padece el síndrome, en cuyo nombre y representación han litigado sus padres al ser menor de edad. Confluye, por tanto, la estimación de dos acciones *wrongful birth* y *wrongful life*, lo que ya adelanto me parece del todo punto de vista correcto.

Por otra parte, interesa destacar que la sentencia fija adecuadamente la distribución de la carga

de la prueba. Incumbe a la Administración acreditar de modo fehaciente que ofreció a la gestante la práctica de aquellas pruebas necesarias para la detección de las anomalías fetales, y no a la gestante acreditar su interés por efectuarlas o por su resutado.

Con relación a la falta de acreditación de la voluntad de interrumpir el embarazo se queda en la imposiblidad de acreditar aquélla,dada la falta de pruebas de cribado y, por tanto, la ausencia de un resultado positivo, lo que obviamente imposibilita una manifestación o acreditación de voluntad en ese sentido.

STS de 16-05-2012, recurso 1777/2010.

Supuesto de hecho: niño que nace con sindrome de Down.

Recurre la madre en su propio nombre y derecho.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, estimó parcialmente el recurso y condenó a la administración sanitaria a abonar la suma indemnizatoria de 180.000 euros por daño moral.

Recure la sentencia en casación la Comunidad Autónoma de Aragón que solicita la desestimación del recurso o subsidiariamente se fje la indemnización en 145.000 euros. La sentencia, tras la valoración de la prueba, considera que la Administración sanitaria realizó la prueba de amniocentesis sin utilizar los métodos y medios técnicos existentes y disponibles más adecuados e incurriendo en gravísimas disfunciones, siendo ello la causa por la que se facilitó a la gestante una información incorrecta que impidió el ejercicio no ilegal de la interrupción del embarazo. Indemniza por el daño moral derivado de pérdida de oportunidad de la gestante de decidir entre la continuidad de la gestación o prácticar un aborto terapéutico.

La STS analiza la sentencia de instancia, la cual considera antijurídico el diagnóstico de la prueba prenatal que incurre en una autentica infracción de *lex artis ad hoc* , resultado que no puede ser soslayado por la circunstancia que la madre consintiera someterse a aquella prueba y aceptar los riesgos inherentes, pues, la necesidad de respeto del derecho de autodeterminación del paciente comprende que pueda elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, lo que no significa aceptar la inadecuada prestación sanitaria de la opción finalmente elegida, como lamentablemente sucedió.

En cuanto a la suma indemnizatoria la STS, además de indicar que la pretensión de rebaja solicitada por la administración sanitaria es inferior a la "summa gravaminis" establecida en la

LJCA, señala que el quantum indemnizatorio fijado por la sentencia de Instancia, no es revisable en casación aunque el TS tenga un criterio distinto al de instancia respecto a la cuantía de la reparación de un concreto perjuicio moral. No se puede corregir la evaluación que se ha efectuado en la instancia siempre que se hayan respetado el principio de razonabilidad y la ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados probados por la propia Sala de instancia, sin omisión de concepto alguno. La STS considera que la ponderación efectuada no incurre en arbitrariedad, y lo que se pretende es sustituir la apreciación de la sala de instancia por la propia de la administración sanitaria, lo que no resulta factible.

Comentario

El hecho de haber suscrito la gestante el consentimiento informado a la prueba de amnicocentesis practicada no exonera a la Administración de su obligación de indemnizar, ya que la antijuridicidad del resultado no va ligada a la existencia de un riesgo conocido e inherente a la prueba, sino a la producción de un error de diagnóstico que pudo ser evitado conforme los medios disponibles en el momento.

En segundo lugar, en casación resulta dificil alterar la cuantificación efectuada por la sentencia de instancia del daño moral cuyo resarcimiento justifica la condena indemnizatoria. Únicamente, en el supuesto de que la valoración del pretium doloris resulte arbitraria y ajena a la ponderación que se debe efectuar con relación a los hechos probados en la instancia, y a los conceptos resarcibles, el Alto Tribunal puede corregir el quantum indemnizatorio, y no es el caso que analizamos. En este sentido, la STS aclara que el baremo previsto en la Ley del Seguro de Circulación de Vehículos de Motor para la determinación de la indemnización por daño moral, no tiene más valor que el puramente orientativo, con la finalidad de introducir criterios de objetividad en la determinación de la indemnización, pero sin que pueda invocarse como de obligado y estricto cumplimiento, por lo que no puede alegarse su infracción o inaplicación como fundamento de un motivo de casación

STS de 8-10-2012, recurso 6290/2011.

Supuesto de hecho: niña que padece de encefalopatía severa secundaria a toxoplasmosis congénita y Síndrome de West Secundario con ceguera total.

Recurren la madre en su propio nombre y derecho y en representacion de su hija.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimó el recurso al apreciar la prescripción de la acción ejercitada para reclamar una indemnización de daños y perjuicios derivados de la asistencia

sanitaria dispensada durante el embarazo. La madre una vez realizada analítica del primer trimestre, arrojó resultado positivo en toxoplasmosis. Ante tal situación, su médico de atención primaria la derivó al correspondiente servicio de ginecología de alto riesgo, donde se la comunicó que el médico de atención primaria había interpretado erróneamente los resultados de la serología y que la infección ya había pasado por lo que no existía riesgo de infección en el feto no precisando de prueba diagnóstica complementaria. Una vez producido el parto inducido en la 39 semana de gestación la niña nace con una encefalopatía severa. La sentencia de instancia considera prescrita la acción, dado que en el momento del nacimiento de la niña se diagnosticó la patología congénita de la recién nacida, concretamente el día 22 de enero de 2006, mientras que la acción de responsabilidad no se ejercita hasta el día 12 de julio de 2007, una vez transcurrido el plazo de 1 año.

La STS a la hora de analizar si efectivamente nos encontramos ante un supuesto de daño continuado o no, acude a la doctrina de la "actio nata" para el cómputo del plazo en el ejercicio de la acción con independencia del hecho de que se trate de un recién nacido, ya que la patología se confirmó en el mismo momento del nacimiento, momento en el que se determinó la grave afectación neurológica que padece la menor. La materialización del daño con sus gravísimas consecuencias se produce en el momento del diagnóstico de la infección congénita por toxoplasmosis que da lugar a una encefalopatía severa derivada, sin que la constatación concreta de hasta dónde van a llegar las limitaciones del bebé vaya a suponer la transformación del daño en continuado por más que los efectos se perpetúen en el tiempo. Considera que se trata de un supuesto de daño que se exterioriza en el diagnostico "encefalopatía severa" sin que pueda exigirse la determinación concreta de cada uno de los aspectos en los que va a incidir en su desarrollo y madurez tal grave enfermedad. Por todo ello, considera prescrita la acción para reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia del daño moral producido, por la privación del derecho de elección entre la continuidad del embarazo o su interrupción voluntaria,ante la ausencia de una información veraz y fiable a la gestante con relación a las anomalías que el feto padecía.

Comentario

Sentencia sumamante interesante en relación al plazo para ejercer la acción de responsabilidad patrimonial derivada de una inadecuada asistencia sanitaria durante la gestación. Acreditada la deficiente asistencia sanitaria prestada durante el embarazo con clara infracción de la *lex artis*, la STS estima, en este caso, que no nos encontramos ante un daño de carácter continuado sino

que el mismo ostenta el carácter de permanente. En el momento del nacimento se determinó el alcance de las patologías que padecía la niña, por lo que aplicando la teoría de la actio nata, en ese momento tiene lugar el comiento del plazo para reclamar, dies a quo. El hecho de que se trata de un bebe no altera el comienzo del plazo de ejercicio de la acción, ya que, sin perjuicio de la evolución concreta de la patología severa que afecta a la menor, se disponía de un cabal y suficiente conocimiento de los efectos de la patología. No puede exigirse una determinacion concreta y específica de todos los aspectos en que la enfermedad va a incidir en el desarrollo de la menor. De este modo, rechaza que nos encontremos ante un daño de carácter continudado para entender que se trata de un daño de carácter permanente, con determinación fechada en el momento del nacimiento en el que se diagnosticó la enfermedad grave que padece la niña, sin que tal categorización del daño como permanente se vea alterada por posibles declaraciones administrativas que se tramiten en sede de Seguridad Social con relación a la incapacidad de la menor o de la administración autonómica en orden al reconocimiento del grado de dependencia.

La STS parte de la consolidada jurisprudencia que distingue entre daños permanentes, aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Teniendo tal consideración aquellos daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción, y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. Y por otra parte, los llamados daños continuados, aquellos que, se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, por lo que resulta necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos. En el presente supuesto el daño es de carácter permanente.

STS de 18-06-2012, recurso 4113/2010.

Supuesto de hecho. Niño que padece SíndormeTransfusión feto letal (STFF). El síndrome de transfusión feto fetal es una enfermedad única y exclusiva de los embarazos múltiples en los que dos o más fetos comparten una misma placenta. El paso de flujo entre los fetos, que normalmente se realiza de forma equilibrada, en este caso está descompensado. Mientras uno de ellos recibe menos sangre, crece y orina menos, el otro, por el contrario, recibe más sangre, orina más y suele ser más grande. Para solucionar este problema se realiza una cirugía

mínimamente invasiva, que separa a los fetos en dos placentas. Este síndrome suele aparecer entre la semana 16 y 25 de gestación.

Reclaman los padres en su propio nombre y en representación de su hijo menor.

Los progenitores entendían que desde el diagnostico grave de Transfusión Feto Letal (STFF) hasta el amniodrenaje pasaron 17 días. Durante ese tiempo los médicos adoptaron una postura omisiva, olvidándose de los protocolos recomendados por la SEGO que contemplan cinco alternativas al tratamiento del síndrome. Pese a calificar el embarazo de alto riesgo, con la aparición del STFF y pese a detectar la ralentización del fémur de uno de los fetos, todas las ecografías que se practicaron fueron del nivel I, sin enviar a la gestante a otro centro sanitario para realizar ecografías con mayor definición, que hubieran permitido ver el grado, taxonomía y estado del STFF. Consideraban que no se les informó adecuadamente sobre la técnica menos gravosa para la paciente y con mayor porcentaje de éxito, según el estado de la ciencia en aquellos momentos, estando la fotocoagulación mediante láser de los vasos comunicantes disponible en España tanto en el Hospital Valle de Hebrón de Barcelona, como en Granada, en el Hospital Universitario.

La sentencia de instancia concluye, tras la valoración de la prueba practicada vía informes, que se cumplió escrupulosamente la *lex artis*. Que en la 19 semana y 5 días de gestación se diagnostica de gestación gemelar monocorial-bioamnniotica que provoca un aumento de riesgo de aparición del citado síndrome con los efectos asociados, siendo hasta entonces el tratamiento expectante de la gestante correcto. A las 21 semanas y 4 días de gestación fue incluida en el Grupo de Alto Riesgo Obstétrico. Por lo que se refiere al tratamiento realizado una vez diagnosticado el síndrome con un estadio I, diferencia en la cantidad de liquido en ambos fetos, era la única opción posible debido a la gran extensión uterina con amenaza de parto pretérmino practicándose de forma correcta y bajo control ecografico, aparte que en la fecha de los hechos no existía en España ningún centro con suficiente experiencia como para ser considerado lugar de referencia del tratamiento por láser. En tercer lugar, respecto a la interrupción legal del embarazo, a la paciente no se le ofrece esa posibilidad cuando él diagnostico del síndrome es leve y estable, y en el momento que se agrava no era posible al haberse cumplido el plazo legal establecido. Respecto de la información suministrada se considera correcta por el numero de visitas prenatales y ecografías realizadas, de las que deducen razonablemente que existió una relación fluida y de entendimiento entre la paciente y el personal médico que siguió su embarazo.

En cuanto a la existencia falta de información sobre las deformaciones congénitas de uno de los fetos de cara a la interrupción del embarazo que constituye un daño moral por perdida de

oportunidad, considera que no se ha acreditado ni los presupuestos ni la consecuencia basada en una posibilidad sin exteriorizarse en actos o elementos indirectos respecto de que esa fuera la intención de la madre, y desestima la pretensión indemnizatoria.

La STS desestima el recurso de casación planteado contra la sentencia que declaró ajustada a derecho la resolución de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios del Principado de Asturias denegatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por defectuosa asistencia sanitaria. En el supuesto de autos, considera la sentencia del TSJ que la ausencia de un documento escrito no impide apreciar que sí existió información suficiente, de forma verbal, y deduce dicho extremo de lo señalado en los informes obrantes en las actuaciones, fundamentalmente del número de visitas y ecografías, así cómo ingresos urgentes y técnicas invasivas practicadas, deduciendo que la paciente conocía la gravedad de su estado gestacional. Y la STS comparte dicha tesis, pues entiende que la deducción que realiza la sentencia de instancia es razonable, en función de los datos de que dispone y que valora adecuadamente.

La STS considera que la valoración de la prueba practicada en la sentencia es correcta y alejada de resultar ilógica, irracional o arbitraria, por lo que estima acreditada la ausencia de violación de la *lex artis* en cuanto al diagnóstico y las acciones posteriores. Y en relación a la falta de información adecuada y suficiente, partiendo de que el consentimiento informado supone la conformidad libre, voluntaria y consciente de una paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud, de conformidad con el art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la ausencia de un documento escrito no impide apreciar que sí existió información suficiente, dando por buena la tesis de la sentencia de instancia de que el número de visitas y ecografías, así como los ingresos urgentes y técnicas invasivas practicadas, acreditan que la gestante conocía la gravedad de su estado gestacional, lo que evidencia una relación fluida y de entendimiento entre los servicios médicos y la progenitora.

Comentario

La STS reitera que la asistencia sanitaria fue correcta y ajustastada a la *lex artis*, tal y como había establecido la sentencia de instancia, de conformidad con la valoración de la prueba, al considerar que la misma no incurre en arbitrariedad o irracionalidad, única causa para el TS pudiera, por vía del antiguo art. 88.1.d) LJCA, estimar el motivo casacional argüido por los padres recurrentes.

En cuanto a la información suministrada destaca su papel relevante y de suma importancia.

Información que debe abarcar cualquier riesgo existente a efectos meramente probabilísticos. Ahora bien, ante la ausencia de un verdadero consentimiento informado, dada la inexsitencia de documento formal escrito, la STS considera correcta, la que pudiesemos llamar existencia de información indiciaria, derivada de la comprobación y acreditación formal de la sucesión de hechos relevantes durante el seguimiento del estado gestacional que concreta, al igual que la sentencia de instancia, en el número de visitas y ecografías practicadas, así como los ingresos urgentes y técnicas invasivas realizadas, de lo que deduce, que la gestante conocía la gravedad de su estado gestacional, y la existencia de una relación fluida y de entendimiento entre los servicios médicos y la progenitora, por lo que estaba suficientemente informada.

STS de 20-03-2015, recurso 1915/2013.

Supesto de hecho: niña que padece de síndrome TAR (trombocitopenia, agenesia de radios) lo que supone no tener sus huesos radiales y tampoco sus pulgares, provocando una reducción en sus extremidades superiores y una curvatura hacia dentro en sus muñecas. y un grado de discapacidad de 70% y ayuda en 75%.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura estimó parcialmente el Recurso interpuesto frente a la resolución presunta denegatoria de responsabilidad patrimonial, y declaró la responsabilidad patrimonial del Servicio Extremeño de Salud, condenando al mismo y a la compañía de seguros del Servicio de Salud a que indemnicen a los progenitores del niño en la cantidad de 180.000 euros más el interés legal, por la pérdida de la posibilidad de realizar un aborto terapéutico por parte de a madre. Los progenitores habían solicitado 2.245.000 euros de indemnización. La STSJ indica que de haberse detectado la ventriculomegalia, en la semana 21ª, sólo existiría un 37% de posibilidades de apreciar los defectos. Todo ello con base en el informe pericial y de la inspección médica.

La STS confirma la sentencia sobre responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia al parto de la recurrente, pues la sentencia está motivada en cuanto fija la indemnización por daños morales, por la falta de detección de la malformación durante el embarazo, por la imposibilidad de decidir sobre la interrupción del embarazo y por el coste que supone la crianza de un hijo con minusvalía.

La STS considera que la sentencia de instancia está suficientemente motivada ya que, con base en la pericial y en los informes obrantes de haberse practicado la ventriculomegalia, únicamente

en un 37% de los casos se hubiera detectado la anomalía por lo que en aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad la cuantía indemnizatoria fijada en la instancia resulta correcta.

Incluye entre los perjuicios indemnizables la pérdida de la facultad de elección entre proseguir con la gestacion o interrumpir el embarazo y los gastos especiales derivados de la crianza de un niño discapacitado.

Comentario

La STS aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad, ya que si se hubiera practicado la prueba que correspondía existía una 37 % de posibilidadaes de haber diagnosticado la anomalía, motivo por el cual al indemninzación debe reducirse proporcionalmente en ese porcentaje.

STS de 19-05-2015, recurso 4397/2010.

Supuesto de hecho: hija que padece anemia hemolítica crónica en forma grave por déficit de piruvato Kinasa, enfermedad grave, crónica e incurable. La anemia hemolítica es un grupo de trastornos hemolíticos (sea intravascular como extravascular), que causan la disminución de la masa de glóbulos rojos sanguíneos.
En este supuesto se traataba además de un embarazo no deseado, ya que a la mujer se le había implantado un anticonceptivo Implanon.

La Administración demandada, Generalitat de Catalunya, desestimó la reclamación administrativa y se opuso alegando que el anticonceptivo no era seguro en un cien por ciento de los casos, por posible migración del implante, de lo que se informó suficientemente a la paciente del riesgo de este implante.

El informe pericial, ratificado en la instancia, concluye que el embarazo se produjo por no haber insertado el anticonceptivo Implanon, con expresión de la calidad de vida de la niña y las complicaciones previsibles, concluyendo que un embarazo programado con un previo estudio y tratamiento genético hubiera posibilitado el nacimiento de un bebé sano.

La Sentencia del TSJ de Cataluña 567/2010, de 18 de mayo, determinó, dando por seguro, que la implantación del anticonceptivo se llevó a cabo, sin lugar a dudas. Pero la posible migración del Implanon o cualquier otra circunstancia pudo impedir la eficacia del anticonceptivo, sin que

la Administración pueda considerarse responsable de este hecho, que puede deberse a un caso fortuito dentro de las posibilidades mínimas de eficacia del anticonceptivo.

Ya de por sí la sentencia es criticable, dado que alega como causa de exoneración de la responsabilidad la concurrencia de caso fortuito, cuando en el ámbito de la responsabilidad administrativa, sólo la existencia de fuerza mayor exime a la Administración de responder, pero no en el caso fortuito, de conformidad con el art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público o art. 139.1, de la ya derogada y de aplicación en ese momento, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Recurrida en casación la resolución de instancia, el TS falla por Sentencia de 3 de mayo de 2012, RC 4397/2010, por la que casa la sentencia de instancia al apreciar la ausencia de la necesaria y suficiente motivación de la misma. En su sustitución dicta sentencia en la que tiene por acreditado que el dispositivo anticonceptivo se colocó correctamente y considera que, respecto del embarazo de la recurrente, no concurren los elementos configuradores de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues no resulta acreditada la relación de causalidad entre la prestación del servicio sanitario y el daño sufrido por la actora.

"Toda vez que no apreciamos responsabilidad de la administración en el hecho de quedar embarazada la recurrente, tampoco apreciamos que pueda sostenerse dicha responsabilidad en el posterior parto y lesiones que sufre la menor. Tampoco hay nexo causal entre la actuación médica y la actuación sanitaria. Por un lado, por cuanto esta segunda estaría directamente vinculada al éxito de la primera, en los términos en que se ha desarrollado el debate. Y, por otro lado, por cuanto nada se ha acreditado en autos sobre una posible mala praxis en el desarrollo del embarazado y posterior parto, hay una absoluta ausencia de alegación y prueba al respecto, pudiendo resaltarse que la enfermedad desarrollada por la menor tiene antecedentes familiares en la abuela materna de anemia y crisis hemolíticas no filiadas, que pude generar la identificación de la situación de portadora del déficit de piruvato kinasa en la madre, como así se refleja en informe médico obrante en las actuaciones (informe de la Dra. Constanza)".

La Sentencia del TS fue recurrida en amparo dictándose la STC 9/2015, de 2 de febrero, que estima el recurso por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a obtener una resolución judicial motiva y fundada en derecho (art, 24 CE). El TC considera que la sentencia del TS no efectúa un análisis expreso de todas las pruebas obrantes en autos, algunas de las cuales acreditan que el dispositivo no fue efectivamente

implantado y que no existió el consentimiento informado. No concurre una valoración del conjunto de las pruebas practicadas en la instancia que permita conocer las razones por las que el TS descarta su valor probatorio.

"Sin embargo, un análisis externo de las pruebas cuya valoración se omite evidencian una consistencia suficiente para que sea exigible al órgano jurisdiccional un análisis detallado de las mismas que diese contestación a la tesis de la demandante, según la cual tales pruebas acreditarían no sólo que el implante no se insertó en el acto médico practicado el día 25 de junio de 2005 sino también que, en el caso de que hubiera sido insertado, era altísimamente improbable el embarazo y que, consecuentemente, la gestación de la demandante evidenciaría que el dispositivo no fue implantado. Razón por la cual su toma en consideración por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo pudo haber conducido a apreciar el nexo de causalidad exigido legalmente para poder declarar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria discutida en el proceso judicial y a la estimación de la pretensión indemnizatoria".

Una vez anulada la sentencia del TS este mismo Tribunal dicta la sentencia de 19 de mayo de 2015, RC 4397/2010, por la que estimó el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del TSJ de Cataluña, al igual que hizo la anterior. En este caso, estima parcialmente el recurso contencioso y condena a la Administración Sanitaria, por negligencia en la prestación del servicio sanitario, consistente en la implantación de un método anticonceptivo, que propició un embarazo no deseado y posterior nacimiento de una niña con una incurable enfermedad de carácter hereditario que se podía haber evitado con el adecuado tratamiento genético o, en su caso, mediante la renuncia a la maternidad.

En esta segunda sentencia y ante las mismas pruebas practicadas en la instancia, el TS ahora indica que estas no permiten afirmar con rotundidad y total certeza que el Implanon fuera efectivamente colocado a la madre o que, al menos, fuera colocado de modo correcto. *"Resulta especialmente relevante, a juicio de la Sala, la falta de identificación del facultativo que practicó el implante, cuya declaración hubiera, sin duda, arrojado luz sobre la cuestión. Este extremo es importante, a nuestro juicio, porque esa identificación no fue posible por exclusiva responsabilidad del centro médico: el Jefe del Servicio de Obstetricia informó, en la fase de instrucción del procedimiento administrativo, que " no queda claro quién hizo realmente la inserción del dispositivo ", lo que provocó, como se dijo, que no pudiera ser citado como testigo en sede judicial, como pretendió sin éxito la demandante. Es más: en ese mismo informe (de 23 de mayo de 2008, folio 45 del expediente) se afirma que " Don Luis María dice que fue la doctora Otilia (la que colocó el implante) y ella asegura que fue Don Luis María ", añadiendo que "en cualquier caso, Doña Otilia en aquellos momentos era R1 y por tanto no estaba capacitada para colocar el dispositivo sola, de manera que la responsabilidad siempre sería del facultativo especialista, en aquel caso, Don Luis María ".A ello debe añadirse que tanto la ficha técnica*

del Implanon, como el informe emitido por su fabricante revelan que las posibilidades de migración del anticonceptivo son escasísimas " si se implanta adecuadamente " y que, en los pocos supuestos en los que tal migración se ha detectado, el desplazamiento de la varilla es solo de unos milímetros. Ello obliga a rechazar el reproche que las demandadas efectúan a la actora en relación con las pruebas diagnósticas que se le practicaron tras comprobarse su embarazo: aunque la resonancia magnética o la ecografía de alta resolución puedan ser los métodos más adecuados para localizar el implante, lo cierto es que ni la palpación (superficial y profunda), ni el rastreo ecográfico del brazo, ni la ecografía de partes blandas, ni la exploración radiológica de todo el brazo detectaron la existencia del implante, lo que parece resultar incompatible con una colocación adecuada del dispositivo, pues de insertarse éste correctamente, la migración se hubiera situado en los parámetros citados (a escasos milímetros de su lugar de colocación), como resulta de los documentos aportados a las actuaciones procesales.

Tampoco, por último, resultan baladíes las exigencias que la ficha técnica del Implanon contempla a efectos de su debida inserción, que no solo debe efectuarse " por un médico familiarizado con el procedimiento ", sino que ha de realizarse por vía subcutánea, cuidando en especial que no se inserte más profundamente (lo que podría provocar daños neurológicos o de migración del implante) y precisando las actividades previas a su colocación en la medida en que " el implante puede caerse de la aguja antes de su inserción ".

Todos estos datos conducen a la Sala a resolver las dudas mencionadas a favor de la tesis sostenida por la parte actora, entendiendo, por tanto, que el acto médico en cuestión no se efectuó adecuadamente, lo que provocó el embarazo de la Sra. Delia".

El Alto Tribunal, una vez constatada la relación de causalidad entre el funcionamiento anormal del servicio sanitario y el embarazo no deseado, estima que no resulta propiamente indemnizable el embarazo mismo, pero sí la lesión de la facultad de autodeterminación que el inadecuado acto médico provocó. Lo califica de daño moral y lo cuantifica en 80.000 euros a tanto alzado, ante la ausencia de cualquier criterio orientativo de carácter objetivo que permita su cuantificación.

Concluye que también deben ser indemnizados, los gastos (por pruebas médicas) ligados a la determinación de la presencia del Implanon en la demandante tras constatar su estado de gestación, que ascendieron a 179,64 euros.

En cuanto a los gastos por manutención de la niña que también se reclamaron, indica que como tales no resultan indemnizables, dado que los mismos se configuran como una obligación legal de alimentos de conformidad con el Código Civil. Sin que, por otra parte, se haya desplegado actividad probatoria alguna que demuestre la existencia de perjuicios efectivos derivados de la necesidad de desatender: "*ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades, perjuicios que deben ser probados por la parte demandante y que, en el caso analizado, no han sido mínimamente*

acreditados, al limitarse a afirmar la actora que no tiene familia en España, es soltera, carece de ingresos y no percibe ayudas públicas de ningún tipo".

Por último, en relación a la indemnización solicitada como consecuencia de la enfermedad que padece la hija, nacida tras el embarazo no deseado, el TS descarta la existencia de nexo causal entre dicho padecimiento y el acto médico consistente en la inadecuada colocación del Implanon. Solo desde una concepción absolutamente maximalista de la relación de causalidad, considera el TS, cabría imputar a aquel acto médico la grave enfermedad que padece la hija de la recurrente, sin que se haya acreditado que la grave enfermedad de la niña sea consecuencia de actuación negligente alguna consecuencia de la asistencia sanitaria prestada antes, durante y después de la gestación.

Comentario

En primer lugar, resulta cuando menos curioso, que una sentencia del Tribunal Supremo que casa una de instancia dictada por el TSJ de Cataluña, por falta de motivación, a su vez, incurra, a juicio del Tribunal Constitucional, en el mismo defecto y sea anulada por incumplir las exigencias constitucionales de motivación que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, también resulta llamativo que, ante el mismo material probatorio, dado que en casación no se practica prueba alguna, el TS llega a conclusiones totalmente diferentes. En la primera sentencia afirma que el anticonceptivo se implantó correctamente con pleno cumplimiento de la *lex artis*, descartando la concurrencia de relación de causalidad, mientras que en la segunda, no existe la certeza de que el mismo se implantara, sin que fuese exigible a la reclamante desplegar mayor actividad probatoria de la practicada y señalando que la Administración debió aportar mayor material probatorio del facilitado en los autos para demostrar lo adecuada implantación, en virtud del principio de facilidad probatoria. Razón por la cual, en la segunda de las sentencias del TS, se redacta un voto particular suscrito por dos magistrados que rechaza la concurrencia de mala praxis en el actuar de la Administración sanitaria en la colocación del anticonceptivo, existiendo únicamente una mera incertidumbre al respecto, la cual descarta la necesaria relación de causalidad, llegando a afirmar el voto particular que: *"En estas condiciones no resulta posible, en nuestra opinión, considerar acreditada la mala praxis de la Administración sanitaria. Debe tenerse presente a este respecto que hacer una afirmación de mala praxis tiene consecuencias negativas para el buen nombre de la Administración sanitaria y de los facultativos que la sirven,*

no debiendo tampoco olvidarse que, según jurisprudencia constante, sobre la mencionada Administración sanitaria no pesa un deber de éxito en todas sus actuaciones".

La STS confunde la doctrina del *wrongful life* con la de wrongul birth. Efectivamente, en el fundamento de derecho sexto señala:

"Esta Sala ha declarado en ocasiones anteriores (sentencia de la Sección Sexta de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5860), dictada en el recurso de casación núm. 4936/2004) que el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño, " pues no cabe en el ordenamiento español lo que, en terminología inglesa, se denomina wrongful birth ", ya que " no hay nacimientos equivocados o lesivos, pues el artículo 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida ". Por eso mismo, en la indicada sentencia se descarta expresamente que los gastos derivados de la crianza de los hijos constituyan, en principio, un daño, ya que son inherentes a un elemental deber que pesa sobre los padres y, desde luego, no enervan esa obligación legal".

En realidad, el Alto Tribunal, ha establecido, de modo reiterado, como ya he indicado con anterioridad, que en el ordenamiento jurídico español no se admite el ejercicio de acciones por *wrongful life* o vida injusta, en las que es el hijo discapacitado o sus representantes legales, padres o tutores, en nombre de aquél, es el que demanda directamente al facultativo o al centro sanitario, dado que de no haber sido por su diagnóstico negligente o por la información errónea o insuficiente facilitada a sus progenitores él no padecería el sufrimiento derivado de su enfermedad o discapacidad. En estos casos el hijo considera que le hubiera resultado más satisfactorio no haber nacido que vivir con las deficiencias y padecimientos con los que convive diariamente. En cambio, las acciones por *wrongful birth* o nacimiento injusto, son las que los progenitores ejercen directamente frente al médico o frente al centro asistencial por no haberlos informado de que su futuro hijo iba a presentar una grave enfermedad o discapacidad y, de este modo, se les privó de la facultad de elección, entre continuar con la gestación o interrumpir voluntariamente y de modo legal el embarazo. Como señala De Angel Yaguez[299]: *"Por decirlo de otro modo, en la acción de wrongul birth la culpa del médico consiste en un error que ha conducido al nacimiento del hijo de los padres demandantes; y en la acción wrongful life el error del médico que se invoca es el de que ha conducido a la vida del propio hijo que demanda".*

Por ello, en puridad el TS se refería a la imposibilidad, en nuestro ordenamiento, de ejercer una

[299] De Ángel Yágüez, Ricardo: "La quinta sentencia del Tribunal Supremo español en un caso de wrongful birth: se puede decir ya que existe una jurisprudencia en la materia" *en La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, Tomo II, Idemsa, Lima, 2010.

acción por *wrongful life* y no por *wrongful birth*, como erróneamente señala, dado que esta última (nacimiento injusto) si está reconocida jurisprudencialmente al contrario de aquélla.

El TS concluye que no resulta indemnizable el embarazo mismo, pero sí la privación de la facultad de autodeterminación que el acto médico provocó. En este supuesto, considero inescindible el hecho del embarazo con la llamada por la sentencia, facultad de autodeterminación. Una vez que la madre decide implantar en su cuerpo un método anticonceptivo activo, y cree que el mismo ha sido correctamente introducido en su cuerpo, en qué consiste la privación de la facultad de autodeterminación. Precisamente en no quedarse embarazada. Su decisión es directamente no procrear, no engendrar y, por ende, no dar a luz y renunciar de modo voluntario a su futura maternidad. Esa es la decisión libremente adoptada por la mujer. Por tanto, el hecho de que posteriormente quede embarazada produce una contravención a su decisión libérrimamente escogida, y es la causante del daño producido en la madre, dado que se trata de un embarazo no deseado, acontecido contra su voluntad. Me parece que la afirmación de que el embarazo en sí mismo, no resulta indemnizable está poco explicada o motivada, porque precisamente el daño consiste en el hecho de la gestación. Embarazo producido por la ausencia de la implantación del anticonceptivo o, al menos, en la negligencia de su implantación, tal y como el TS valoró el conjunto de las pruebas practicadas en la instancia.

En cuanto a los gastos de manutención de un hijo no deseado, nacido como consecuencia de una inexistente o, al menos, inadecuada implantación de un método anticonceptivo, exigir a la madre que además de acreditar que no tiene familia en España al ser extranjera, es soltera y carece de ingresos o no percibe ningún tipo de ayuda pública, resulta absolutamente excesivo y desproporcionada la exigencia probatoria de acreditar la desviación de fondos no previstos para la adecuada atención de su hija y máxime cuando quedó suficientemente demostrada la grave enfermedad que padece.

STS de STS 8.02.2017 RC 1135/2015.

Supuesto de hecho: niña que padece de hipotiroidismo.

Reclaman los padres en su propio nombre y derecho, y en nombre y representación de su hija menor.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, desestima el recurso debido que al valorar la prueba practicada

concluye que no siendo congénito el hipotiroidismo (cretinismo), sino producido por las propias malformaciones cerebrales de la niña, es lógico que no se detectara hasta con posterioridad al nacimiento de ésta, factor éste al que debe unirse los límites del estado de la ciencia en 2001 frente al diagnóstico de la malformación cerebral, síndrome de agenesia hipoplasia del cuerpo calloso, síndrome que, a juicio de los especialistas, explicaba la totalidad de los síntomas padecidos por la menor, al margen del hipotiroidismo padecido. Se trata en definitiva de un hipotiroidismo derivado de las propias lesiones cerebrales que padece la niña y no congénitoLa STS, con relación a la prescripción del derecho a reclamar indica que, con carácter general el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Ahora bien, cuando se trata de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas, el plazo empezará a computarse, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Al tratarse de daños permanentes derivados del síndrome de agenesia hipoplasia del cuerpo calloso, debido a mutaciones genéticas recesivas autosómicas, poco conocidas, quizás ligadas al brazo corto del cromosoma 7 que conducen a esa ausencia del cuerpo calloso, resulta preciso fijar el momento en que se determina el alcance de las secuelas. En el presente supesto, lo cierto es que el hipotiroidismo se diagnostica junto al resto de las secuelas que padece la menor, tras realizar una resonancia nuclear magnética y otras pruebas, en mayo de 2004, cuando la menor tenía más de dos años de edad, y es a partir de ese momento cuando queda determinado el alcance de dichas secuelas. En esa fecha se conocen ya los efectos específicos del daño, toda vez que ya está determinado su alcance y se pueden valorar todos los perjuicios ocasionados, momento en que comienza el dies a quo para el computo del plazo de un año.

Comentario

La STS considera correcta la prestación sanitaria efectuada durante la gestación por lo que no concurre ninguna pérdida del derecho de elección entre la interrupción del embarazo o la continuidad con la gestación. En cuanto al plazo del ejercicio de la acción de responsablidad se remite, como dies a quo para su cómputo, al momento en que se determinaron el alcance de las secuelas de la niña como consecuencia del hipotiroidismo, en aplicación de la teoría de la actio nata.

STS de 5.06.2017, recurso 2329/2015

Supuesto de hecho: niña que padece el síndrome de maullido de gato de Leujene[300].

Reclaman los padres en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de su hija.

La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimó el recurso, al considerar que la atención sanitaria prestada durante el embarazo fue correcta sin infracción de la *lex artis*. Concluye en la imposibilidad de detección de la anomalía genética que se manifestó al nacer la niña, la cual ninguna relacion guarda con la afectación renal del feto detectada, que no revestía los caracteres precisos de alerta para haber ofrecido a los padres la posibilidad de optar entre la continuidad de la gestación o la interrupción legal del embarazo.

La STS considera que no existe, por parte de la sentencia de instancia, una valoración arbitraria, ilógica o irracional de la prueba documental y pericial practicada en la instancia, sin que en sede casacional se puedan refutar la valoración llevada a cabo fuera de los supuetos indicados. Considera que los recurrentes pretenden dar mayor valor al informe pericial de parte que al resto de informes obrantes en la causa, cuestón esta que rechaza en sede casacional. Por este motivo desestima el recurso.

Comentario

En esta sentencia de nuevo nos encontramos ante un recurso que pretende alterar la valoración de la prueba llevada a cabo en la sentencia de instancia, lo que resultaba de muy dificil articulación en el modelo casacional vigente con anterioridad a la LO 7/2015, al margen de los supuestos en que se admitía, vinculados a supuestos en que se pudiera haber incurrido en una infracción de la normativa respecto de reglas de valoración legal de las pruebas que no sean de libre apreciación o bien respecto de las de libre valoración que se denuncie una valoración irracional, errónea o incoherente, todo en relación con el artículo 24.1 de la Constitución. Dificultad que se ve acrecentada con el nuevo modelo casacional.

Concluido el análisis de la jurisprudencia del Alto Tribunal, Sala de lo Civil y de lo Contencioso-

[300] El síndrome del maullido también llamado síndrome de Lejeune, es una enfermedad congénita infrecuente caracterizada por un llanto que se asemeja al maullido de un gato, dimorfismo facial característico, microcefalia y discapacidad intelectual .El síndrome resulta de una alteración cromosómica provocada por una deleción parcial o total del brazo corto del cromosoma 5. Https://es. Wikipedia.org

Administrativio he de señalar que la jurisprudencia menor conformada por sentencias de las Audiencias Provinciales (Secciones Civiles) y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (Salas de lo Contencioso-Administrativo) no presenta uniformidad al no existir criterios comunes fácilmente aplicables. Existen multitud de pronunciamientos nada uniformes en la materia. A modo de ejemplo, concluyo este análisis jurisprudencial, con la referencia a una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 21-10-2015, dictada en el recurso de apelación 367/2015, que reconoce el ejercicio tanto de una acción por *wrongful life* como *wrongful birth*. Para ello se basa en la sentencia anteriormente comentada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012, dictada en el recurso 2362/2011, pero que no es reflejo de la doctrina jurisprudencial mayoritaria y consolidada del Alto Tribunal.

La citada sentencia ejemplifica los principales problemas derivados de la aplicación del instituto de la responsablidad patrimonial a estos supuestos.

Supuesto de hecho: nacimiento de hijo con la alteración cromosómica deleción (perdida de un segmento cromosómico) 3P 25, que origina retraso mental severo con una situación de dependencia grado III y necesidad permanente de ayuda por terceras personas y continuos tratamientos.

Ejercitan la pretensión indemnizatoria los padres en su propio nombre y derecho y en representación de su hijo menor.

En primera instancia el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Santiago de Compostela estimó en parte el recurso, y condenó a la Administración al abono de la cantidad total de 30.000 euros.

Durante la gestación se practicó la prueba diagnóstica de amniocentesis, con el fin de conocer el cariotipo fetal durante el segundo trimestre de gestación. El informe citó genético dio como resultado un cariotipo masculino, normal fetal, descartando anomalías cromosómicas visibles. La madre se sometió a esta prueba debido a que en un embarazo anterior se detectó la anomalía cromosómica citada procediendo a la interrupción legal del embarazo.

Tras el nacimiento del niño con la deficiencia mental severa, se presentó reclamación de responsabilidad patrimonial ante el servicio Gallego de salud, petición que se desestimó presuntamente al transcurrir el plazo de seis meses desde la reclamación.

Mediante sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia 579/2015, de 21 de octubre, se estima el recurso y se condena la administración sanitaria al abono de la indemnización de 400.000 €.

La sentencia parte de que la no detección de la anomalía cromosómica a través de las pruebas practicadas privó o a los padres de la oportunidad de interrumpir el embarazo mediante un aborto eugenésico. De este modo, parte de la necesidad de reparar el daño moral producido a los padres por la privación de las expectativas de interrupción legal del embarazo. El hecho de que en un embarazo anterior si se hubiese detectado al feto la misma anomalía cromosómica, y los padres hubieran decidido la interrupción voluntaria del embarazo, acredita la decidida firme y seria por voluntad de los progenitores de proceder también en este supuesto al aborto eugenésico.

Junto al daño moral de los progenitores se procede también a reconocer indemnización por el importe del mayor coste de criar educar y ocuparse de un hijo que parece deficiencia mental severa, y que requiere de continua ayuda y de tratamientos permanentes.

La sentencia, a la hora de cuantificar la valoración del daño rechaza la aplicación del baremo de circulación de vehículos a motor, y analiza las distintas cuantías fijadas por el Tribunal Supremo en supuestos similares incluyendo tanto el daño moral de los progenitores como el mayor coste de crianza ocupación en relación al menor, que oscilan entre los 120.202,42 € y los 300.506,05 €.

Interesa destacar de esta sentencia que la indemnización correspondiente al daño moral sufrido por los padres, dada la privación de la facultad de interrumpir el embarazo se reconoce a favor de cada uno de los padres la suma de 100.000 euros, mientras que la indemnización derivada del mayor coste generado por el mantenimiento del niño con esa grave patología se reconoce a favor del menor, fijándose la indemnización para él por importe de 200.000 €.

Comentario

Esta sentencia establece la existencia de dos tipos de daños diferentes aunque complementarios. El daño moral causado a los padres por la privación de la facultad de elección entre continuar el embarazo o producir su interrupción eugenésica, al habérseles privado del conocimiento previo de las anomalías cromosómicas del feto y, el daño que supone la crianza de un niño con

una grave deficiencia mental que lleva cuidados permanentes por parte de terceras personas, junto a tratamientos continuos.

La sentencia indemniza esos dos tipos de daños, pero diferencia el sujeto acreedor a la indemnización dependiendo del daño. De este modo el daño moral por privación de la facultad de elección tiene como sujetos acreedores a cada uno de los padres, mientras que el daño derivado del mayor coste de crianza manutención y atención del niño discapacitado tiene como sujeto acreedor al mismo. No es así como se pronuncian otras sentencias analizadas, en las que ese mayor coste de crianza atención y manutención del menor discapacitado y la correspondiente indemnización, se reconoce a favor de los progenitores y no a favor del niño discapacitado.

Reconocer la indemnización a favor del niño discapacitado me parece correcto, incluso sería más conveniente que la indemnización se convirtiera en un pago periódico de naturaleza mensual a lo largo de toda su vida (a modo de renta vitalicia) lo que supondría acomodar la indemnización a los años de vida de la persona discapacitada.

En el presente supuesto se reconoce una indemnización de 200.000 € a favor del niño por los sobrecostos de su crianza y atención. Si el niño falleciera por ejemplo al cabo de un año, no cabe la menor duda de que la indemnización resutaría absolutamente desproporcionada por excesiva, dado que los costes de su manutención y atención durante un año no hubieran alcanzado en modo alguno la cuantía de 200.000 €. En cambio, si imaginamos que la persona discapacitada con esa enfermedad mental severa viviera 80 años, seguramente la indemnización por importe de 200.000 € no sería suficiente para cubrir los sobre costes de su manutención y atención. Por ello, y dado que uno de los fundamentos del instituto de la responsabilidad patrimonial consiste en la reparación integral del daño, sin que se pueda producir ni un menoscabo pero tampoco un enriquecimiento en la persona que sufre ese daño efectivo, me parece mucho más oportuno y conveniente, en este tipo de situaciones, acomodar el pago de la correspondiente indemnización a la efectividad de la viabilidad de la persona.

La dificultad de establecer y determinar la cuantía concreta objeto de indemnización se salva en la sentencia atendiendo a la valoración que en supuestos similares se ha concretado en sentencias precedentes del Tribunal Supremo. La horquilla en que se mueve el conjunto de indemnizaciones precedentes, tal como he señalado es amplia, lo que sin ningún género de

dudas, alerta sobre la conveniencia de que se pudieran fijar unas bases de cuantificación de la indemnización de carácter objetivo. Para ello, los criterios que se utiliza por parte de Servicios Sociales a la hora de fijar las prestaciones asistenciales en el ámbito de la dependencia debieran, a mi juicio, servir de base para calcular este tipo de indemnizaciones. En este supuesto concreto, la sala reconoce importe global de la indemnización la suma de 400.000 €, dado que es la cuantía que fijaron los reclamantes tanto en vía administrativa como en sede judicial. Pero si hubiesen concretado la valoración de los perjuicios en una cuantía inferior o superior las mismas razones jurídicas existen para haber fijado esa otra cuantía como valoración de la indemniza

2. Criterios jurisprudenciales: resumen general

Primero.- El nacimiento no tiene la consideración de daño. Ninguna sentencia califica al nacimiento como el daño objeto de reparación.

Segundo.- Admisión del ejercicio de las acciones por *wrongful birth* pero rechazo formal del ejercicio de las acciones *wrongful life* ejercitadas por el hijo por vida injusta, como en la STS 29 de junio de 2011, rec. 3561/2007, y pese a que en algunas sentencias como las de 4 de noviembre de 2008, rec. 4936/2004 y 19 de mayo de 2015, rec. 4397/2010, confunde la terminología de ambas acciones, denominando *wrongful birth* a lo que realmente es *wrongful life*.

Ahora bien, ese rechazo formal contrasta con las decisiones adoptadas en deterninados supuestos, en los que materialmente, y en mayor medida que en la Sala de lo Civil, se acepta el ejercicio de acciones *wrongful life*, bajo dos modalidades: mediante el reconocimiento de indemnizaciones directamente al hijo discapacitado con idenpendencia de las estipuladas a favor de los padres, mediante la fijación de una cuantía global a su favor, como las SSTS de 20 de marzo de 2012, rec. 4165/2010 y 28 de marzo de 2012, rec. 2362/2011, o, mediante la asignación de una renta vitalicia mensual a favor del hijo, como estipula la STS de16 de junio de 2010, rec. 4403/2008, que reconoce expresamente al hijo discapacitado una pensión vitalicia mensual sin perjuicio de la indemnización reconocida a los padres por el daño moral consecuencia de la privación del derecho de elección entre el aborto o la continuidad con la gestación.

Manifestación de ese reconocimiento indemnizatorio a favor del hijo que padece la patología lo constituye la STS de 10 de mayo de 2007, rec. 4779/2003, en la que se reconoce incluso que el hijo que aún se encuentra asintomático tendrá derecho a ser indemnizado cuando se presenten las patologías propias de la enfermedad que padece, dejando abierto" sine die" el dies a quo para la inteposición de la correpondiente acción indemnizatoria. Igualmente, las STS 16 de octubre de 2007, rec. 9768/2003.

Tercero.- Amplia consideración del concepto de daño que incluye tanto el daño moral por la privación del derecho de elección entre practicar un aborto o la continuidad con la gestación, el daño moral consecuencia de la falta de informacion suministrada a los progenitores sobre el estado del feto y las subsiguientes posibilidades de actuación, el daño moral por el impacto psicológico sufrido por los padres y familiares más cercanos por nacer su hijo con discapacidad, y el mayor coste que supone la crianza y manutención de un hijo discapacitado, STS 20 de marzo de 2015, rec. 1915/2013.

Desde la primera de las sentencias de fecha 14 de noviembre de 2005, rec. 5377/2001, el conepto de daño pivota sobre la privación del derecho de elección entre la interrupción del embarazo o la continuidad de la gestación auunque se reconoce la existencia de otro tipo de perjuicios de carácter moral o patrimonial.

Ahora bien, a diferencia de la jurisprudencia civil, introduce de modo reiterado un matiz respecto del daño moral ligado a la privación del derecho de elección cual es que a la mera situación de malestar o incertidumbre generada a los padres debe unirse la repercusión psicofísica grave de la persona nacida. SSTS 14 de marzo de 2007, rec. 8017/2002, de 10 de mayo de 2007, rec. 4779/2003 y 16 de octubre de 2007, rec.9768/2003.

Cuarto.- El importe de la indemnizaciones varía sustancialmente con un horquilla que abarca por daño moral entre los 60.000 euros y los 300.000 euros aunque, en algunos casos, incluye el daño moral la valoración de todos los perjuicios irrogados, mientras que la cuantia por los mayores costes de crianza abarca desde los 200.000 hata los 500.000 euros, atendidas las circunstancias concurrente en cada caso, o la fijación de una renta vitalicia a favor de la persona discapacitada por importe de 1.500 euros mensuales actualizable conforme al IPC.
La explicación es sencilla, el Tribunal Supremo, vía recurso de casación, que es la via procesal como conoce de estas pretensiones indemnizatorias, ya que no ostenta competencia sobre la

materia como tribunal de primera instancia, indica con relación a la cuantifiación de los daños que úncamente puede corregir la valoración efectuada por la sentencia objeto de recuso, si la misma resulta desproporcionada por arbitraria e incompatible con la ponderación que se debe efectuar en relación a los hechos declarados probados y a los conceptos concretos que deben ser objeto de resarcimiento.

Por otra parte, la utlización de los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de Seguridad Social es admitida como punto de referencia orientativa, pero no resulta de obligado cumplimiento y aplicación, por lo que su supuesta infracción no puede ser invocada vía recurso de casación, STS de 16 de mayo de 2012, rec. 1777/2012.

Quinto.- Evolución jurisprudencial en relación a la determinación concreta de los tipos de daño indemnizables y su cuantificación. Al igual que la jurispruedencia civil se fijan de modo de modo genérico sin detallar los mismos, SSTS 26 de enero de 2006, rec. 5681/2001, 14 de marzo de 2007, rec. 8017/2002, 16 de octubre de 2007, rec 9768/2003 y 4 de noviembre de 2008, rec. 4936/2004. Algunas sentencias si diferencian la cuantificación del daño moral infligido a los progenitores por la privación del derecho de elección y la indemnización correspondiente al mayor coste económico que supone la vida de una persona discapacitada, sobre todo aquellas que reconocen una indemnización por este útimo concepto a favor del niño discapacitado, bien sea mediante el reconocimiento de una indemnización de carácter único, o, a través de la fijación de una pensión de carácter vitalicio a su favor.

Sexto.- Con relación al reconocimiento de los daños patrimoniales no existe un criterio uniforme debido a que, en algunas ocasiones, como la STS de mayo de 2015, rec. 4397/2010, exige la acreditación de que efectivamente se incurre en unos mayores gastos de carácter extraordinario por la crianza de un hijo con discapacidad en comparación con los gastos ordinarios de manutención de un hijo sano, y la subsiguiente derivación de fondos para aquél fin, y en caso de no acreditarse desestima la pretensión en ese sentido, y, en cambio, en otras sentencias como la STS 4 de noviembre de 2008, rec. 4936/2004, no se exige la citada acreditación.

Séptimo.- Desde el primer momento, las sentencias, como la de 30 de junio de 2006, rec. 217/2005, consideran que incumbe a la administración sanitaria acreditar que si la madre hubiera dispuesto de toda la informacion precisa sobre el estado y situación del feto no hubiera interrumpido su embarazo. A diferencia de la jurisprudencia civil que consiera inncesaria y

superflua la acreditación de la voluntad de interrumpir el embarazo, en sede jurisdiccional contencioso-administrativa lo que se estatuye es una presunción de que la madre hubiera decidido interrumpir el embarazo. Presunción iuris tantum, pesando sobre la Administración la carga de demostrar lo contrario. Rompe esta unidad de criterio al respecto la STS de 5 de diciembre de 2007, rec. 92/2007, que señala que incumbe al reclamante acreditar que de haber dispuesto de toda la información precisa se hubiera decidio la interrupción del embarazo.

Invocación de modo reiterado de la teoría de los cursos causales no verificables, SSTS 14 de marzo 2007, rec. 817/2002 y 10 de mayo de 2007, rec. 4779/2003.

Octavo.- Respecto de la legitimación para reclamar no existe un criteiro unánime en las sentencias. Unas reconocen a ambos progenitores legitimación para efectuar la reclamación por todos los perjuicios irrogados con independencia de su naturaleza, incluida la privación del derecho de elección entre la continuidad de la gestacion o la interrupción del embarazo, como reflejan las SSTS 30 de junio de 2006, rec. 217/2005, 10 de mayo de 2007, rec. 4779/2003, 16 de octubre de 2007, rec. 9768/2003 y de 16 de junio de 2010, rec. 4403/2008, que reconocen indemnización en igual cuantía a favor de ambos padres por privación del derecho de elección. En cambio, otras como la STS de 5 de diciembre de 2007, rec. 92/2007, niega legitimación al padre para reclamar con base en que la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho personalísimo e intransferible cuya titularidad incumbe en exclusiva a la madre, por lo que sólo a ella se le ha privado del derecho de elección entre la continuidad del embarazo o la continuidad de la gestación, y sólo ella ostenta legitimación para entablar la correspondiente pretensión indemnizatoria por vulneración del citado derecho.

Noveno.- Examen del estado de la ciencia médica en el momento concreto en el que se produjo el falso negativo como criterio determinante a la hora de analizar y evaluar el posible incumplimiento de la *lex artis*, con independencia de la evolución posterior de los avances científicios en la materia, SSTS 10 de mayo de 2007, rec. 4779/2003 y 25 de abril de 2011, rec. 298/2009. La obligación de medios que pesa sobre la administración sanitaria se debe analizar justo en el momento en que se efectuó el diagnóstico, atendidas las circunstancias concurrentes en la gestante, sobre todo sus antencedentes y edad, STS 28 de marzo de 2012, rec. 6454/2010, y las posibilidades reales de disponer de los medios suficientes no ciñéndose exclusivamente a los existentes en el centro hospitalario concreto.

Décimo.- La actitud de la gestante se analiza y tiene en cuenta como factor que influye en la valoración del importe indemnizatorio. La parcial falta de colaboración puede provocar la disminución de la indemnización.

Decimoprimero.- Incumbe a los reclamantes acreditar que las patalogías que sufre el feto justificaban la posibilidad de interrumpir legalmente el embarazo al encontrarse dentros de los supuestos de hecho contemplados en el art. 15 de la LO 2/2010, STS 23 de enero de 2012, rec 43/2010.

Decimosegundo.- El plazo de un año para el ejercicio de la acción, art. 67 Ley 39/2015, se computa (dies a quo) desde el momento de la determinación del alcance de la patología que sufre el niño discapacitado en aplicación de la teoría de la actio nata, debiendo analizar en cada supuesto si nos encontramos ante un daño de carácter permanente o continuado.

Decimotercero.- Aplicación en determinados supuestos de la doctrina de la pérdida de oportunidad al no haberse realizado determinada prueba diagnóstica y existir, dentro de un margen de probabilidad, hipotéticamente la posibildad de detectar la anomalía en estado gestacional, lo que supone aplicar ese mismo porcentaje a la hora de establecer la cuantía indemnizatoria, STS 20 de marzo de 2015, rec. 1915/2013.

Decimocuarto.- Inidoneidad del recurso de casación para alterar la valoración de los hechos acreditados en la sentencia recurrida, muestra de este criterio son las SSTS 22 de noviembre de 2011, rec. 4353/2009, de 23 de enero de 2012, rec. 43/2010, 18 de junio de 2012, rec. 4113/2010 y 5 de junio de 2017, rec. 2329/2015.

VI. UNA PROPUESTA SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES WRONGFUL LIFE Y WRONGFUL BIRTH

Una vez efectuado el correspodiente análisis, tanto doctrinal como jurisprudencial, con relación al ejercicio de acciones que articulan pretensiones indemnizatorias como consecuencia de los errores de diagnóstico durante el estado gestacional o, incluso con carácter previo, que supusieron un falso negativo y el posterior alumbramiento de una persona con discapacidad o portadora de determinadas enfermedades de carácter grave e incurable, y la problemática asociada a los diferentes presupuestos o requisitios del instituto de la responsabildad civil aplicable es el momento de estabecer criterios alternativos que, a mi juicio, pueden tener cabida en nuestro actual ordenamiento juridico, con la finalidad de ofrecer una respuesta más equitativa a los ciudadanos afectados por el error padecido y, en especial, a la persona con discapacidad o que padece severas patologías.

Y esta propuesta se formula, sin necesidad de aprobar una ley específica que regule la responsabilidad de los profesionales sanitarios sino aplicando el actual régimen juridico positivo de responsabilidad civil contractutal y extracontractual previsto en nuestro ordenamiento jurídico con carácter general, tanto en el Código Civil como en la Ley 40/2015 LRJSP. Soy consciente de que exiten voces autorizadas que reclaman una regulación específica sobre la materia. Ya en septiembre de 2010, Tomillo Ubierna[301] consideraba que tras la aprobación de la LO 2/2010 el nacimiento equivocado cobra relevancia, y que*: "Urge regular la reponsabilidad patrimonial de los médicos. Antes el aborto era algo despenalizado en determinados supuestos.Ahora es un derecho, y eso hace que el hecho de privar a una madre de su capacidad de decidir sea más grave",* pero considero que la vigente regulación permite abordar la problemática, desde diferentes puntos de vista, sin necesidad de acometer una reforma legislativa, arrojando soluciones alternativas.

La propuesta parte de una serie de premisas que condicionan el resultado final y que son las siguientes:

[301] Tomillo Ubierna, Jorge en declaraciones al Periódico El País, reportaje: "Una paga para el que vive por error", 7-9-2010

***Primera.** Compatibilidad del sitema público de ayuda a la dependencia con el instituto de la responsabilidad civil.*

Debo comenzar indicando que la responsabilidad civil, en su esencia, está destinada a ser una institución indemnizatoria y no asistencial. Es decir, su objetivo primordial consiste en reparar los daños causados por una conducta negligente o culposa, y no en proporcionar una asistencia social continua a las personas afectadas. Su finalidad es la reparación integral de daño sufrido fruto de una actuación negligente. En este sentido, es importante establecer un enfoque adecuado que considere la responsabilidad civil como un mecanismo para compensar a los perjudicados como consecuencia de conductas negligentes, mientras que al Estado social le compete asumir la responsabilidad de brindar asistencia y apoyo a las personas discapacitadas a través de su sistema de prestaciones públicas y servicios sociales, con carácter general.

A mi juicio, resulta esencial entender que la responsabilidad civil no puede ser el medio para alcanzar objetivos de justicia distributiva de manera amplia y sostenida. Su función principal se centra en resarcir a las víctimas por los perjuicios irrogados debido a una conducta negligente o ilícita. Para lograr una distribución justa de recursos y garantizar una atención adecuada a las personas que sufren algún tipo de discapacidad, es preciso que el Estado en su conjunto y, especialmente las Comunidades Autónomas que ostentan la competencia sobre la materia, asuman la responsabilidad de proveer servicios sociales y prestaciones públicas destinadas a brindar asistencia y apoyo a quienes lo necesiten, todo ello con la finalidad de cumplir el principio rector de la política social contemplado en el art. 49 CE que exige a los poderes públicos realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad a las que deben prestar la atención especializada que requieran amparándoles en el disfrute de los derechos fundamentales y libertades públicas, garantizando el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación en los términos previstos en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social[302].

[302] De conformidad con el art. 3 del RDLeg. 1/2013 los principios de la Ley son:

El sistema de responsabilidad civil no puede abarcar todas las necesidades y complejidades que conlleva la atención a personas discapacitadas. Su alcance es limitado y se centra en la reparación de daños específicos causados por actos negligentes o culposos al efectuar el diagnóstico. Por otro lado, el Estado social cuenta con recursos y estructuras diseñadas para brindar servicios y prestaciones que abarcan una amplia gama de necesidades, incluida la atención a personas con discapacidad.

En lugar de pretender que la responsabilidad civil cumpla con funciones asistenciales, resulta básico centrarla en su propósito indemnizatorio. Esto garantizará que las personas afectadas reciban una compensación justa por los daños sufridos y, al mismo tiempo, permite que el Estado social cumpla con su papel de proporcionar servicios y apoyo al resto de las personas discapacitadas de manera más adecuada y sostenible.

A mi juicio, la institución de la responsabilidad civil y el sistema de prestaciones públicas y servicios sociales del Estado social deben ser complementarios y no excluyentes. Ambos se deben complementar para asegurar una protección integral a las personas en situaciones de vulnerabilidad, como son las personas con discapacidad o que sufren graves enfermedades incurables. Al adoptar este enfoque, se garantiza una respuesta más efectiva y equitativa a las necesidades de la sociedad en su conjunto, fomentando un equilibrio adecuado entre la reparación integral de los daños y la necesaria y precisa asistencia social.

Como indica Martín Rebollo[303]:

a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.
b) La vida independiente.
c) La no discriminación.
d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.
e) La igualdad de oportunidades.
f) La igualdad entre mujeres y hombres.
g) La normalización.
h) La accesibilidad universal.
i) Diseño universal o diseño para todas las personas.
j) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.
k) El diálogo civil.
l) El respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, y, en especial, de las niñas y los niños con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.
m) La transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

[303] Martín Rebollo, Luis, op. cit. (2) p. 287.

> *"En efecto, la responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía del dañado. Pero en el ámbito público es también un medio al servicio de otros fines complementarios. Y esos fines complementarios, en mi opinión, son cuatro: la responsablidad como garantía individual; como principio de orden e instrumento de control del Poder; como seguro de ciertos rasgos relevantes; y como precio de algunas políticas perfectamente válidas y legítimas".* Y en todo caso señala el citado profesor*: "El sistema asistencial es diferente del régimen de responsabilidad, aunque mantenga con él una relación de vasos comunicantes: a más seguridad social, menos espacio cubre la responsablidad. Un mundo apasionante que supera lo técnico y que hace del Derecho algo más que el simple juego de la interpretación formal".*

De hecho, del importe de las indemnizaciones a reconocer, en supuestos de negligencia acreditada, se deberán detraer aquellos conceptos o prestaciones cubiertas de modo gratuito por la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, o, por el llamado sistema de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho de la ciudadanía a la promoción de la autonomia personal, previsto en la Ley[304] 39/2006, de 14 de diciembre, y en la legislación aprobada por cada una de las diecisiete Comunidades Autóomas. Sistema de ayuda a

[304] De conformidad con el art. 3º de la Ley 39/2006 se inspira en los siguientes principios:
a) El carácter público de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.
b) La universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en esta Ley.
c) La atención a las personas en situación de dependencia de forma integral e integrada.
d) La transversalidad de las políticas de atención a las personas en situación de dependencia.
e) La valoración de las necesidades de las personas, atendiendo a criterios de equidad para garantizar la igualdad real.
f) La personalización de la atención, teniendo en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de discriminación o menor igualdad de oportunidades.
g) El establecimiento de las medidas adecuadas de prevención, rehabilitación, estímulo social y mental.
h) La promoción de las condiciones precisas para que las personas en situación de dependencia puedan llevar una vida con el mayor grado de autonomía posible.
i) La permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida.
j) La calidad, sostenibilidad y accesibilidad de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia.
k) La participación de las personas en situación de dependencia y, en su caso, de sus familias y entidades que les representen en los términos previstos en esta Ley.
l) La colaboración de los servicios sociales y sanitarios en la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que se establecen en la presente Ley y en las correspondientes normas de las Comunidades Autónomas y las aplicables a las Entidades Locales.
m) La participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia.
n) La participación del tercer sector en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia.
ñ) La cooperación interadministrativa.
o) La integración de las prestaciones establecidas en esta Ley en las redes de servicios sociales de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de las competencias que tienen asumidas, y el reconocimiento y garantía de su oferta mediante centros y servicios públicos o privados concertados.
p) La inclusión de la perspectiva de género, teniendo en cuenta las distintas necesidades de mujeres y hombres.
q) Las personas en situación de gran dependencia serán atendidas de manera preferente.

la denpendencia que engloba un conjunto de prestaciones económicas individuales y ayudas para la promoción de la vida autónoma de personas con discapacidad de diferente alcance y contenido: prestaciones económicas vinculadas al servicio, de asistencia personal y para cuidados en el domicilio familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, etc., todo ello, con base en los distintos niveles o grados de dependencia concurrrentes.

***Segunda**. La consideración de la situación de discapacidad o la existencia de graves patologias como daño unida a la relativización del valor vida*

A diferencia de lo indicado de modo reiterado por la jurisprudencia del Alto Tribunal, y en esta cuestión si que existe plena coincidencia en las dos salas jurisdiccionales, en general, se puede afirmar que para concluir que, bajo determinadas circunstancias, el nacimiento puede ser considerado como daño se debe partir de la concepción de la vida como un valor relativo. Si bien la vida es considerada como un prius lógico y ontológico que precede al resto de derechos fundamentales y libertades públicas, existen situaciones en las que son admisibles excepciones a su pretendida absolutividad, que demuestran que el derecho a la vida no es un bien jurídico absoluto en todos los casos y, que al igual que el resto de derechos no resulta ilimitado.

Junto a los típicos supuestos de ejercicio de la legítima defensa, en el que se reconoce que el derecho a la vida puede ceder su carácter absoluto cuando existe una amenaza inminente a la vida de otra persona y se actúa en defensa propia. O el de la cuestión relativa a la concepción del nasciturus como bien jurídico protegido, en la que se plantea un conflicto entre el derecho a la vida del feto y el desarrollo de la libre personalidad y la dignidad de la mujer gestante, incluidos sus derechos reproductivos y de autonomía de la mujer a su adecuada planificación familiar que he analizado al comentar la jurisprudencia constitucional. O, en casos de suicidio, en los que el derecho a la vida no se protege contra los actos autolesivos cometidos por la propia persona, con la absoluta falta de tipificación o penalización de las conductas suicidas. Creo que cobra especial importancia y relevancia, el actual reconocimiento, a nivel legal con declaración de plena constitucionalidad, del derecho a morir o a una muerte digna, mediante la aplicación de la eutanasia asistida en un determinado contexto eutanásico. Supuestos en los que no existir es preferible a la existencia misma, en los que determinados seres humanos desean dejar de vivir, e incluso no haber nacido.

La objeción relativa a la comparativa entre no nacer que supone la inexistencia de la persona y el nacer una persona con discapacidad, es decir, la teoría de que existir es siempre mejor que no existir, se encuentra hoy, a mi juicio, superada, en determinadas circunstancias, con el reconocimiento legal y constitucional de la eutanasia y el reconocimiento explícito del derecho a morir con ayuda del Estado.

Dando un paso más y partiendo de la relativización del valor de la vida y, para no llegar a considerar el nacimiento como daño en sí mismo, es posible argumentar que el perjuicio real no es tanto la vida o el alumbramiento en sí, sino la discapacidad o grave sufirmiento que la persona sufre a partir del nacimiento. Es decir, el conjunto de patologías que afectarán de manera constante y permanente a su vida. Reconozco que esta perspectiva se enfrenta a un desafío en cuanto al presupuesto necesario de la relación de causalidad que exige la institución de la responsabilidad civil, ya que la discapacidad o las patologias de carácter graves y severas no fueron directamente provocadas por el facultativo que emitió un diagnóstico erróneo, pero éste bien pudo haberlas evitado si hubiera acertado en su diagnóstico y no hubiera incumplido con la *lex artis*, suministrando a la mujer gestante la información precisa y certera del estado fetal, para así poder con plena libertad ejercer su derecho de elección entre la continuidad de la gestación o la práctica de un aborto eugenésico.

Dentro de la esfera de actuación del facultativo o facultativos responsables se encuentra la posibilidad de haber soslayado la futura discapacidad o patologías de la persona. Bajo esta concepción, sería aplicable la doctrina de la causalidad probabilística bajo la aplicación de la pérdida de oportunidad. Es decir, el facultativo tenía la obligación de proporcionar a los progenitores la información adecuada sobre el estado del feto y las posibles anomalías concurrentes, así como las alternativas ante el diagnóstico, entre las que se encuentran la continuidad del embarazo o su interrupción legal. Su negligente incumplimiento de la *lex artis* lesionó el derecho de la madre a tomar una decisión que afecta a su esfera de libertad y desarrollo personal, privándola del derecho de elección y obstaculizando su ejercicio del derecho al aborto, si concurre un supuesto legal para ello.

A partir de esta situación, generada por el incumplimiento de las normas profesionales por parte de los facultativos responsables del diagnóstico, el resultado final, que no es otro que la discapacidad o conjunto de patologías que sufre la persona, no quedó a la decisión de un tercero distinto de la persona con discapacidad, en este caso, la madre gestante. Se privó a la madre del derecho de elección. La acción negligente del médico o facultativo responsable determina la

aparición del margen de probabilidad de que la madre hubiera hipotéticamente optado por la interrupción del embarazo de haber conocido a tiempo la discapacidad o enfermedades que su descendiente sufriría, en el supuesto de haber recibido la información a la que tenía derecho y de la cual fue privada.

La teoría de la causalidad probabilística mediante la pérdida de oportunidad, tal como planteo mi memoria de tesis, resulta aplicable. Esta doctrina reconoce, como ya he indicado, que cuando la negligencia de un profesional de la salud ocasiona la pérdida de una oportunidad razonable y probable de evitar un daño, la parte afectada tiene derecho a recibir una compensación por esa pérdida de oportunidad. Aunque no se pueda demostrar con certeza que el resultado se hubiera logrado sin la negligencia, se debe reconocer el valor de la oportunidad perdida, correspondiendo a la persona afectada una indemnización proporcional al grado de probabilidad existente.

En este caso, el daño lo identifico con la discapacidad o patologías severas que la persona sufre, las cuales podrían haberse evitado hipotéticamente de no haber existido la negligencia del galeno que erró en el diagnóstico, emitiendo un falso negativo y privando a la madre de su derecho de elección. La pérdida de oportunidad se refiere precisamente a la probabilidad perdida de haber actuado de manera diferente si se hubiera contado con la información correcta en el momento adecuado y, de este modo, evitar la situación de discapacidad. El daño no lo identifico con el nacimiento en si mismo considerado sino con la discapacidad o graves patologías de la persona nacida a partir precisamente del alumbramiento. Se trata de supuestos de estricta incertidumbre causal, que superan un nivel mínimo de certidumbre sin alcanzar el máximo nivel que permite tener por cierto el hecho casual. En estos supuestos, lo probabilidad de interrupción del embarazo no es ni mucho menos nula o escasa, como así acreditan los motivos que justificaron las interrupciones voluntarias de embarazos anteriormente señalados en el capítulo II 4. A) d), y constatados por el infome del Ministerio de Sanidad sobre interrupciones voluntarias del embarazo, con lo que no concurre la objeción para la aplicación de la doctrina expuesta por Asensi Pallares[305] de que no resulta conveniente la aplicación de la pérdida de oportunidad cuando la probabilidad resulta ser nula, escasa o insignificante.

A partir de este planteamiento, uno al daño la relativización del valor vida anteriormente expuesto. Y esa conjunción supone que, en determinadas circunstancias, concurren tanto el

[305] Asensi Pallarés, Eduardo: "La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 8 año 2013, pp 228-239

presupuesto del daño, identificado con la propia discapacidad o patologías existentes, como la relación de causalidad justificada suficientemente mediante la tería de la causalidad probabilística expresada mediante la pérdida de oportunidad de no acontecer el daño generado por la acción culposa del facultativo encargado del control gestacional.

Identificar específicamente el daño con la discapacidad o con las patologías severas que padece la persona y no estrictamente con su nacimiento, aleja notablemente los problemas éticos y morales que existen para entender el nacimiento como daño.

Ahora bien, para ello juega un papel importante la concepción relativista del valor vida. Concepción que avala que, en determinadas circunstancias, y concretamente me estoy refiriendo a aquellas que permiten propiciar una muerte asistida mediante la aplicación de la eutanasia activa, el daño ocasionado que es la discapacidad o el padecimiento de graves enfermedades, o, más bien, su no evitación, justifican que el valor vida ceda en toda su extensión.

Para avalar mi propuesta de tesis hago referencia expresa a la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007, recurso n.º 4779/2003, anteriormente comentada. Esta sentencia reconoce que, en el supuesto de que durante su vida el menor actualmente asintomático desarrolle una enfermedad vinculada a la alteración genética (adrenoleucodistrofia) que padece, patología inexistente al momento de enjuiciarse los hechos, pero de acontecimiento más que probable en un futuro mediato, tendrá derecho a ser indemnizado. Indemnización que, como he indicado, sólo es posible su articulación a través del ejercicio por el niño de una acción por *wrongful life*, en este caso, desligada inicialmente del hecho del alumbramiento, ya que su ejercicio está condicionada a la futura aparición de la enfermedad, momento en que el niño podrá accionar frente a la administración sanitaria. Este pronunciamento advera que es la patología que va a padecer el nacido y no directamente el nacimiento la que tiene la consideracion legal de lesión o daño antijurídico que es precisamente la tesis que defiendo y que, fundamenta la viabilidad del ejercicio de una acción por *wrongful life*, al margen de considerar como daño al nacimento, sino específicamente la situación de discapacidad o la existencia de graves patologias de la persona.

Tercera. *Viabilidad de las acciones wrongfugl birth y wrongful life*

Partiendo de las anteriores premisas, niguna objeción encuentro al ejercicio de acciones *wrongful life* en nuestro ordenamiento jurídico. Acción ejercitada directamente por la persona con discapacidad o que sufre determinadas patologías de carácter severo, que actuará bajo la oportuna representación, configurándose el daño por la propia discapacidad o sufrimientos que padece la persona, la cual puede incluso, bajo determinadas circunstancias. decidir poner fin a su vida de modo anticipado en un contexto eutanásico, precisamente por los padecimientos que debe soportar.

Se debe partir del dato irrefutable de que si bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo rechaza formalmente el ejercicio de las acciones por vida injusta (*wrongful life*) y admite las acciones por nacimiento injusto (*wrongful birth*), no es menos cierto que materialmente, tanto la Sala de lo Civil como la de lo Contencioso-Administrativo han reconocido y aceptado el ejercicio de acciones por *wrongful life*, llegando a reconocer indemnizaciones directamente a los hijos con discapacidad al margen de las indemninzaciones reconocidas a los progenitores, tal y como expuse con anterioridad, en los apartados IV y V.

Bajo esta concepción, si el daño viene configurado por la discapacidad o patologias que padece el nacido, no cabe duda que el resarcimiento de ese daño debe tener como destinatario principal precisamente al nacido. La repación integral de daño que es la función de la institución de la responsabilidad civil se debe propiciar respecto la persona que lo sufre de modo directo y, en este caso, es el recien nacido. Además, el hecho de que el daño se identifique con la discapacidad o con la existencia de graves patologías supone que la acción por *wrongful life* no encuentre amparo y fundamento en los supuestos de enfermedades de carácter leve o pequeñas anomalias de la persona nacida.

Perjuicios derivados de ese daño, que se producirán de modo efectivo durante todo el tiempo de vida de la persona y que, a mi juicio, tienen una vertiente moral y otra de carácter patrimonial. Moral por el sufrimiento que padece la pesona por el dolor físico y emocional que padece, lo que se debe traducir en el correspondiente "pretium doloris" equivalente a la compensación económica indemnizatoria por padecer el citado sufrimiento.

Por otra parte, el daño patrimonial derivado de los costes que supone una vida discapacitada, tanto los presentes como los futuros, y que deben incluir tratamientos médicos, cirugías, medicamentos, consultas con especialistas, terapias físicas y ocupacionales, asistentes de cuidado

personal, sillas de ruedas y otros dispositivos de asistencia, modificaciones en el hogar para la accesibilidad, transporte adaptado, educación especializada y otros servicios especializados.

Por lo que respecta al ejercicio de acción por nacimiento injusto ejercitada por los progenitores, y en lo referente al conjunto de perjuicios derivados de un diagnóstico erróneo mediante un falso negativo, considero apropiado vincular el daño moral asociado a la privación de la capacidad o derecho de elección entre continuar con el embarazo o interrumpirlo, con el hecho de que los padres no fueron informados previamente de las anomalías del feto, alejando dicho perjuicio del momento del nacimiento, o si se quiere, de la constatación de la discapacidad o patologías existentes De manera similar, el daño moral causado por la privación del derecho a ser informados sobre las anomalías del feto durante la gestación también se aleja del nacimiento.

Por otra parte, el daño moral inherente al impacto psicológico de tener un hijo con discapacidad o con graves patologías y no estar preparados para ello, así como los daños patrimoniales, incluyendo los derivados de los efectos secundarios, están directa e indefectiblemente ligados al propio alumbramiento. No veo una separación clara entre el nacimiento del niño con discapacidad y los demás daños, tanto morales como patrimoniales, contemplados en este tipo de acciones *wrongful birth*. Intentar desvincular el daño del hecho del nacimiento puede parecer una idea interesante desde el punto de vista teórico, con el objetivo de evitar la concepción del nacimiento como daño en sí mismo, pero plantea muchas dudas conceptuales en cuanto a los requisitos necesarios para que prospere una demanda por responsabilidad civil. En el trasfondo de la aplicación de la teoría de la separación se vislumbra la persistente idea de no considerar el nacimiento del niño como una lesión real, pero, insisto, existen argumentos que, sin cuestionar el derecho a la vida, respaldan la idea de conceptuar el nacimiento, o, más bien, la discapacidad existente a partir del alumbramiento, como una lesión en este tipo particular de situaciones, tanto en los casos de *wrongful life* como de *wrongful birth*.

La conceptualización del daño, bajo la teoría de la separación, como un daño por rebote presenta, a mi juicio, ciertas dificultades. El daño por rebote implica que el perjuicio afecta a personas distintas de la víctima directa del acto ilícito. En el contexto de estos casos, surge la dificultad de configurar las demandas *de wrongful birth* como acciones de daño por rebote, ya sea de naturaleza patrimonial o moral, debido a que se requeriría aceptar la premisa de que el hijo, que nace con ciertas discapacidades físicas o mentales, es la víctima directa del error diagnóstico por parte del médico. En este sentido, considerar la opción del daño por rebote en los casos de *wrongful birth* implica necesariamente afirmar que el simple hecho de nacer constituye un daño.

Sin embargo, nos encontramos con que precisamente la postura mayoritaria de la doctrina antes descrita es precisamente la contraria, sin que sea posible, a su juicio, conceptualizar el nacimiento como daño o perjuicio. A mi juicio, esta especie de callejón sin salida o círculo vicioso se salva bajo la concepción de que efectivamente el nacimiento de un niño con determinadas deficiencias que le van a provocar unas graves patologías durante toda su existencia puede amparar el concepto de daño, o, más bien, más que el nacimiento en sí, como defiendo es la propia discapacidad o patologías sufridas y no evitadas por el diagnóstico erróneo. El excesivo condicionamiento en el que tendrá que desarrollar su experiencia vital justifica la concurrencia del perjuicio existente.

Un evidente dilema potencial surgiría para las personas con discapacidad si se les diera la opción de elegir entre nacer o no. Si tuvieran la capacidad de decidir, es posible que algunos prefirieran no haber nacido, mientras que otros, a pesar de sufrir discapacidades severas, estarían a favor de la vida. Estas actitudes divergentes dependen de la naturaleza de la discapacidad (ya sea física, mental o ambas), la personalidad y la inteligencia de la persona con discapacidad, así como sus experiencias vitales. En otras palabras, estas actitudes están determinadas por su percepción y comprensión de la vida. Este debate plantea cuestiones éticas complejas sobre el valor de la vida y la calidad de vida de las personas con discapacidad. Algunos argumentan que la existencia de discapacidades graves puede generar sufrimiento y limitaciones significativas, lo que podría llevar a la conclusión de que no haber nacido hubiera sido preferible en algunos casos. Otros sostienen que la vida en sí misma tiene un valor inherente y que las personas con discapacidades pueden encontrar alegría, significado y realización a pesar de sus limitaciones. Es importante destacar que estas actitudes individuales están influenciadas por una serie de factores, incluida la percepción de uno mismo, las oportunidades y los apoyos disponibles, así como el entorno social y cultural en el que se desarrolla la persona con discapacidad. No se puede generalizar ni simplificar esta cuestión, ya que cada individuo tiene una experiencia única desde una perspectiva muy personal y subjetiva.

El derecho a nacer sano y sin anomalías, no reconocido desde el punto de vista legal, se puede, no obstante, observar en dos momentos diferenciados. En el momento anterior a la concepción, en opinión de Verspieren[306],desde un enfoque ético, resulta adecuado y positivo utilizar todas las técnicas y avances tecnológicos disponibles para asegurar la salud de los futuros hijos. Esto

[306] Verspieren, P: "Diagnóstico prenatal y aborto selectivo. Reflexión ética", en AAVV: La vida humana: origen y desarrollo. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontifica de Comillas, Instituto de Bioética de Barcelona,1989

se debe a que son ellos quienes vivirán en el mundo una vez nazcan, y se considera que la salud genética es un regalo valioso. En casos en los que no se pueda garantizar este derecho, se considera preferible que no nazcan. Existe una responsabilidad moral que nos obliga a evitar conscientemente el sufrimiento y las penurias en el mundo, lo cual ocurriría si se permitiera el nacimiento de niños con graves discapacidades cuando el riesgo genético sea conocido de antemano. Este enfoque sostiene que concebir hijos teniendo pleno conocimiento de un riesgo significativo de que nazcan padeciendo graves patologías, es decir, un riesgo mayor al que se conoce en la población general debido a la recombinación genética, a eventos aleatorios o a mutaciones espontáneas, constituye una forma de acción negligente, inhumana y moralmente reprochable.

El segundo momento acontece durante la gestación, cuando la anomalía fetal se puede detectar durante el embarazo. Si esa anomalía se detecta, y en estado embrionario existe alguna técnica capaz de revertir esa situación o al menos minorar sus efectos patológicos, los progenitores deben ser advertidos para que adopten el oportuno tratamiento o someterse a la correspondiente intervención quirúrgica. En cambio, si no es posible tratamiento alguno, la información a suministrar actúa como condicionante previo para optar entre la continuidad de la gestación o la práctica de la interrupción del embarazo de concurrir los presupuestos de hecho previstos en la norma. No cabe duda de que, en estos supuestos, y siguiendo a Alonso Parreño[307]:

> *"En efecto, no se puede decir que los padres actuaron de manera irresponsable al procrear y tampoco si deciden seguir adelante con el embarazo. De hecho, interrumpir el embarazo es un derecho que se le otorga en determinadas circunstancias a la mujer, pero no es una obligación que se le impone cuando se conozca previamente que su hijo nacerá afectado por una enfermedad, por muy grave que ésta sea".*

Ahora bien, producido el nacimiento de la persona con discapacidad, el daño de carácter patrimonial, consecuencia de los gastos de carácter extraordinario que a partir de ese momento se deben afrontar y que superan notablemente los generados en una situación de normalidad, deben ser objeto de indemnización, con carácter general, a favor del hijo, sin perjuicio de las

[307] Alonso Parreño, Mª José: "Demandas judiciales por nacimiento por discapacidad *(wrongful birth, wrongful life*): perspectiva jurídica", *Fundación Iberoamericana Down 21*, marzo 2005, p.4

consecuentes y necesarias medidas de administración y salvaguarda que se adopten vía rendición de cuentas en los supuestos de administración de su patrimonio por tercero.

Estos gastos pueden variar significativamente atendido el tipo y grado de discapacidad o enfermedad que presente el niño. Para ello, se deberá acreditar, al menos de modo indiciario, su futura existencia y además se ha de tener en cuenta que durante las distintas fases de la vida de una persona pueden ir alterándose ya que necesidades existentes en un momento pueden desaparecer con posterioridad y, en cambio, otras necesidades pueden aparecer en determinadas etapas de la vida.

Agrupando los mismos por ámbitos concretos puedo indicar que en lo referente a la salud, aparecen gastos médicos y terapéuticos que incluyen consultas médicas regulares, tratamientos, terapias físicas, ocupacionales o del lenguaje, medicamentos específicos y dispositivos médicos especializados. Junto a ellos, en ocasiones, pueden resultar necesarias determinadas intervenciones quirúrgicas o procedimientos médicos complejos.

Respecto a la educación, con carácter general, serán necesarios servicios educativos especializados y adaptados a sus necesidades individuales. Esto puede implicar clases de apoyo, educadores especializados, materiales didácticos adaptados y tecnología asistencial para facilitar su aprendizaje.

Otro aspecto trascendental es lo relativo a la movilidad, pudiendo ser preciso la disponibilidad sillas de ruedas, aparatos ortopédicos, prótesis o ayudas técnicas para desplazarse de modo seguro.

En el ámbito de adaptación social, pueden surgir gastos de integración y participación en actividades de carácter lúdico y deportivas.

Por último, puede ser necesaria la adaptación de la vivienda donde va a residir, atendidas las especiales circunstancias o condicionantes que su discapacidad o patologías conlleva.

Con relación a la cuantificación de los daños se ha de tener en cuenta que la parte actora, bien sean los padres o cualquier persona o institución también en nombre y representación de la persona discapacitada, deberán evaluar económicamente el conjunto de daños y perjuicios padecidos con la finalidad de cuantificar la indemnización de daños y perjuicios que es objeto de reclamación y que, en definitiva, constituye el objeto de la pretensión. En el ámbito

administrativo el art. 67.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común establece que, en el supuesto de incoarse el procedimiento de responsabilidad patrimonial a instancia de parte, junto a los requisitos establecidos para toda solicitud de iniciación de un procedimiento, se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, debiendo ir acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de pretenda valerse el reclamante. Ahora bien, la cuantificación llevada a cabo en vía administrativa puede modificarse al alza en sede judicial sin incurrir en desviación procesal siempre que la causa de pedir quede inalterada y no se alteren los hechos determinantes en que se fundamenta la pretensión. A estos efectos cabe citar la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2019, rec. 6651/2017, que indica que el carácter revisor de esta jurisdicción solo resulta fundado y atendible *«cuando quepa afirmar que lo pretendido en el proceso es algo distinto y ajeno a lo que fue pedido a la Administración y a las consecuencias o efectos jurídicos derivados de tal petición»,* y tras referirse a la reiterada y constante doctrina del Tribunal Constitucional según la cual la interpretación y aplicación de las causas de inadmisión del recurso jurisdiccional deja de ser constitucionalmente lícita cuando peca de excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que la causa preserva y los intereses que con ello se sacrifican, establece como doctrina de la Sala que: *«No se incurre en desviación procesal cuando la parte pretende en su demanda un pronunciamiento que acoja o estime las consecuencias o efectos jurídicos que se incluyeron en la reclamación administrativa y que derivan de la misma causa de pedir, aunque tales consecuencias o efectos hayan disminuido o aumentado cuantitativamente por razón del tiempo que transcurrió entre la fecha de la reclamación y la fecha en que es presentada la demanda».* En el mismo sentido la STS de 28 de enero de 2021 (rec. 5982/2019), dando respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo planteado en el auto de admisión que*: "De acuerdo con todo lo expuesto y dando respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión del recurso, ha de entenderse que: reclamada una indemnización en vía administrativa en evaluación de responsabilidad patrimonial, puede esta modificarse en su cuantía en vía judicial en cuanto responda a los mismos hechos y causa de pedir, sin incurrir por ello en desviación procesal".*

Con idénticos razonamientos se pronuncia la sentencia de 28 de enero de 2021, rec.5982/2019[308].

En todo caso, la indemnización tiene como finalidad la reparación integral del daño, incluyendo tanto el daño emergente como el lucro cesante, no así las meras expectativas o sueños de ganancia. Ahora bien, en estos supuestos, como digo, los daños de carácter patrimonial pueden fluctuar atendidas las necesidades de la persona con discapacidad en cada momento de su desarrollo vital. Teniendo en cuenta que el importe indemnizatorio se calcula con referencia al día que la lesión se produjo, nacimiento, actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento conforme al índice de garantía de la competitividad, para cuyo cálculo por parte del INE se toma como referencia la media de todos los IPC de los países de la eurozona incorporando un factor corrector para compensar la pérdida de competitividad española experimentada desde 1999, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española y su reglamento de desarrollo aprobado por RD 55/2017, de 3 de febrero.

El alcance y cuantía de las indemnizaciones varia sustancialmente como he señalado a la hora de establecer los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo. Ahora bien, se puede indicar que el ejercicio de estas acciones, suelen tener como resultado las indemnizaciones muy elevadas, constituyendo un motivo de preocupación para los médicos obstetras. Ahora bien, como indica Hernández Herrero[309]:

> *"A pesar de la relevancia de este tipo de demandas por negligencia no ha encontrado una relación entre el hecho que la responsabilidad por la falta de una buena atención obstétrica y la mejora de la calidad en este tipo de atención"*. Igualmente destaca en su estudio que: *"Cuando analizamos las indemnizaciones en función de los motivos de las sentencias, las más cuantiosas corresponden a las acciones wrongful birth, cuya mediana es siete veces mayor que la mediana de todas las indemnizaciones"*.

[308]Sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera de 28 de enero de 2021 (rec.5982/2019): "Reclamada una indemnización en vía administrativa en evaluación de responsabilidad patrimonial puede esta modificarse en su cuantía en vía judicial en cuanto responda a los mismos hechos y causa de pedir, sin incurrir por ello en desviación procesal".
[309] Hernández Herrero, op. cit. p.220

La indemnización de mayor cuantía reconocida judicialmente[310] en este ámbito se eleva a la suma de 1.300.000 euros en un supuesto de no detección del síndrome de Lesch Nyhan[311] en estado embrionario cuando existía un precedente de nacimiento de hijo anterior que padecía el mismo síndrome. La sentencia afirma que: *"En cualquier caso, considera la Sala que no procede entrar a discutir detalles como si la sanidad pública cubre o no la fisioterapia y logopedia ya que pudiendo decirse que no hay dinero en el mundo para compensar el daño en cuestión, no es menos cierto que de alguna manera debe fijarse una indemnización, sin que la Sala discrepe del criterio sostenido por la Juez a quo en tanto en cuanto el estado del menor así como el padecimiento moral de sus progenitores al ver como por la negligente atención recibida debían sumar un segundo hijo con el mismo terrible síndrome, justifican la muy elevada indemnización concedida, siendo en todo caso la misma proporcional, a juicio de la Sala, al muy elevado daño causado".*

Considero que, en el ámbito de la responsabilidad civil, la mejor forma de reparar los daños patrimoniales a la persona que sufre la discapacidad o las severas patologías, consiste en la atribución de una pensión vitalicia mensual a su favor, al resultar más adecuada y precisa que una compensación a tanto alzado. La asignación de una pensión mensual a la persona con discapacidad afectada directamene por los daños la identifica claramente como sujeto lesionado, generando lo que se conoce como un caso de *wrongful life*.

De este modo, atendiendo a la naturaleza del daño, la titularidad de los derechos afectados por el falso negativo y la subsiguiente legitimación ad causam[312], entendida esta como legitimación

[310] Sentencia 460/2018, de 17 de septiembre, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, recurso de apelación n.º 374/2017

[311] El síndrome de Lesch-Nyhan (LNS) se transmite de padres a hijos (se hereda) como un rasgo ligado al cromosoma X y en su mayoría se presenta en niños varones. La mutación responsable normalmente es portada por la madre que la transmite a su descendencia, aunque un tercio de los casos son mutaciones nuevas y por tanto no se encuentran en el historial familiar. Se caracteriza por tres síntomas principales: disfunción neurológica, trastornos cognitivos y de conducta y aumento o sobre producción de ácido úrico. Una característica llamativa del síndrome es el comportamiento autodestructivo, consistente en el mordido compulsivo de las yemas de los dedos y los labios, cuya causa es desconocida, similar a las compulsiones del trastorno obsesivo-compulsivo. Las mujeres portadoras no presentan la enfermedad, pero pueden transmitir el gen anómalo a sus descendientes y tienen riesgo aumentado de padecer gota por excesiva producción de ácido úrico. Disponible en https://medicina.ufm.edu/eponimo/sindorme-e-lesch-nyhan

[312] STS Sala 1ª de 27 de octubre de 2020, rec. 487/2018, Fundamento de Derecho Segundo: "La legitimación ad causam a que se refiere el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- constituye un presupuesto del proceso y de la prosperabilidad de las pretensiones deducidas en el mismo, en tanto que la ley únicamente permite la defensa del derecho en juicio, y la consiguiente formulación de las peticiones derivadas del mismo, a quien actúa como titular de tal derecho o, en su caso, a otros mediante su oportuna habilitación legal. En principio, la legitimación ordinaria es la que se reconoce a quien afirma la titularidad del derecho subjetivo (legitimación activa) y al que se le imputa la obligación (legitimación pasiva). No obstante, existen una serie de supuestos en los que resulta posible la formulación de pretensiones sin necesidad de afirmar que responden a un derecho propio, o dirigirlas frente a quienes no son directamente obligados, integrando lo que doctrinalmente se denomina legitimación extraordinaria. El propio artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras declarar que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso", establece que "se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular".

sustantiva o material de la persona perjudicada por los perjuicios irrogados, considero que se puede efectuar la siguiente clasificación:

-Daño moral por la privación del derecho de elección entre la práctica de un aborto eugenésico o la continuidad de la gestación La pretensión de resarcimiento debe ser instada por la madre, única legitimida al ser la titular del citado derecho, mediante el ejercicio de una acción por *wrongful birth*.

-Daño moral por la privación del derecho a ser informados convenientemente de la situación fetal y sus posibles consecuencias. La pretensión puede ser ejercitada por ambos progenitores o por cualquiera de ellos, mediante el ejercicio de una acción por *wrongful birth*.

-Daño moral por el impacto psicólogico que supone el nacimiento de un hijo con graves patologías o con discapacidad sin que previamente se haya advertido de esta situación. La pretensión resarcitoria puede ser ejercida por ambos progenitores conjuntamente o por cualquiera de ellos, mediante el ejercicio de una acción por *wrongful birth*.

-Daño moral derivado del hecho de convivir directamente con la persona discapacitada o que sufre severas patologías observando diariamente su sufrimiento. La pretensión puede ser ejercitada por los progenitores y por aquellos familiares directos como abuelos y hermanos que convivan con el menor, mediante el ejercicio de una acción por *wrongful birth*. Con relación a la legitimación activa de otros sujetos distintos de los padres, como hermanos y abuelos convivientes con el niño enfermo, es relevante resaltar que, en circunstancias normales, los posibles daños que puedan experimentar serán principalmente de naturaleza moral. Esto se debe a que, en principio, no asumen directamente los gastos adicionales requeridos para los cuidados especiales del nieto o hermano discapacitado, a menos que por razones particulares deban asumir el rol de los padres y enfrentar una carga patrimonial adicional. Dentro del ámbito del daño moral, es esencial distinguir entre dos aspectos principales: el daño por la imposibilidad de abortar, que los hermanos y abuelos no experimentan ni siquiera indirectamente, y el daño relacionado con la falta de preparación psicológica y el sufrimiento derivado de la discapacidad del hermano o nieto. Este último tipo de daño puede justificar una reparación también para estos sujetos, aunque con ciertas complejidades.

En cuanto al daño moral, los hermanos y abuelos pueden enfrentar una serie de dificultades

psicológicas y emocionales debido a la discapacidad del hermano o nieto. La falta de preparación previa para afrontar esta situación y el hecho de presenciar el sufrimiento del ser querido con discapacidad pueden generar un profundo impacto en su bienestar emocional. Es en este aspecto donde se plantea la posibilidad de considerar una reparación en relación con estos sujetos.

No obstante, es importante tener en cuenta que la atribución de daño moral a los hermanos y abuelos conlleva desafíos y consideraciones particulares. Establecer el alcance y la magnitud de este tipo de daño resulta más complejo que en el caso de los padres directamente afectados. Es necesario evaluar en cada situación específica el grado de implicación emocional, el grado de dependencia y el nivel de convivencia con el niño discapacitado para determinar si es apropiada y justificada una compensación por el daño moral sufrido.

- Daño moral derivado del sufrimiento que padece la persona discapacitada junto a los daños patrimoniales derivados de los costes que supone el mantenimiento y adaptación a la vida de la persona con discapacidad o que sufre graves patologías, la pretensión, con carácter general, debe ser ejercitada por el hijo, mediante el ejercicio de una acción por *wrongful life*, salvo el coste de adaptación de la vivienda a las necesidades del hijo que debe ser ejercitada por los progenitores o el progenitor con quien conviva, mediante el ejercicio de una acción por *wrongful birth*, siempre que la adaptación sea necesaria en un bien inmueble propiedad de los padres o sujeto a locación cuya renta deba satisfacerse por ellos.

La acción por *wrongful life* será ejercitada por el hijo bajo la representación de sus progenitores o de quien ejerza las medidas de apoyo voluntarias para el ejercicio de la capacidad jurídica del menor o la guarda de hecho, la curatela o el defensor judicial, de conformidad con la doctrina constitucional[313] y lo dispuesto en el art. 250 Cc tras la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2

[313] [313] STC 38/2023, de 20 de abril, por la que se resuelve el recurso de amparo n.º 3214-2022: "Conviene precisar, asimismo, que el recurrente no actúa en este proceso constitucional en representación legal de la persona en situación de discapacidad. Antes bien, ha presentado la demanda en su propio nombre. No estamos, por tanto, ante un recurso de amparo promovido, a través del tutor legal, por la titular de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados. La circunstancia de que don A.N.R., no actúe en el presente procedimiento en representación de doña F.R.S. nos obliga a revisar de oficio su legitimación para recurrir. El demandante de amparo sostiene que ostenta un "interés legítimo" para actuar en defensa de derechos fundamentales de doña F.R.S. Este tribunal ha venido interpretando el concepto de "interés legítimo" de forma amplia y flexible y ha entendido, con carácter general, que corresponde "a toda aquella persona cuyo círculo jurídico pueda resultar perjudicado por la violación, por obra del poder, de un derecho fundamental, aunque la violación no se produjese en su contra" (por todas, STC 5/2023, de 20 de febrero, FJ 2). Más concretamente, ha considerado que el concepto de interés legítimo comprende las "situaciones de vinculación familiar" (STC 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 9), lo que le ha llevado

de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Considero que la asignación de una pensión vitalicia mensual a la persona con discapacidad se ajusta mejor a la naturaleza continua del daño, ya que puede abordar las necesidades en curso que resultan de la discapacidad de forma periódica. Además, otorgar una pensión mensual reconoce y visibiliza el hecho de que el niño es el directamente afectado y necesita un apoyo continuo debido a las circunstancias en las que nació.

La pensión mensual también puede proporcionar una mayor estabilidad y seguridad financiera a la persona con discapacidad, lo que permite que sus necesidades sean atendidas de manera constante y sostenible. Esto es especialmente importante en casos de discapacidades que pueden requerir atención médica y terapias a largo plazo, así como adaptaciones en el hogar y en la vida diaria.

Discrepo de la afirmación de Mazzilli[314] de que*:*

> *"En cambio, la atribución de dicha pensión a los padres (o -como en el caso descrito en la sentencia- a los hermanos) seria la solución mejor, pues al final son ellos los que se enfrentan a los gastos extra para la crianza y el cuidado del sujeto enfermo, y quienes gestionan la misma pensión a pesar de que esté atribuida a aquél, por lo menos hasta su mayoría de edad. Además, no hay que confundir lo que se puede definir como ofensivo de la dignidad del sujeto enfermo, y que en mi opinión consiste en el hecho de resarcir un daño patrimonial derivado de su misma existencia, con la asignación del tal indemnización a los padres (o hermanos) en lugar de al mismo sujeto".*

Lo que si resultará necesario es el establecimiento de una serie de salvaguardas para garantizar el recto y adecuado destino de la pensión vitalicia a los fines que la justifican. Tal y como por

a reconocer la legitimación del padre del titular del derecho fundamental, con independencia de que dicho progenitor estuviera o no en el ejercicio de la patria potestad, cuando el hijo se hallaba aquejado de una discapacidad (STC 174/2002, de 9 de octubre, FJ 4), así como la de los guardadores de hecho de una persona menor de edad que se encuentra a su cargo (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 2).En el presente caso, el recurrente es hijo y, como se verá a continuación, tutor legal de la titular de los derechos fundamentales que se entienden vulnerados. Ha sido parte en el proceso judicial, tal y como exigen los arts. 162.1 b) CE y 46.1 b) LOTC. Tal condición de parte ha estado vinculada, además, a la circunstancia de que en el proceso judicial se cuestionaba una decisión (en concreto, la negativa a la administración de la vacuna frente al Covid-19) adoptada por el actor en el ejercicio de sus funciones representativas. La intervención del demandante de amparo en el procedimiento de jurisdicción voluntaria tuvo por objeto, en consecuencia, defender ante la autoridad judicial que esa decisión, contraria a la vacunación, era la única compatible con el respeto a los derechos fundamentales de doña F.R.S.En tales circunstancias, concluimos que el recurrente tiene un interés legítimo en defender por la vía del recurso de amparo, con la aludida finalidad tuitiva de los intereses de la persona con discapacidad, su decisión contraria a la administración de la vacuna frente al Covid-19, en el entendimiento de que la actuación judicial impugnada es lesiva de los derechos fundamentales de doña F.R.S.".

[314] Mazzilli Elisabetta, op. Cit. p. 22

otra parte contempla la jurisprudencia[315] cuando reconoce indemnizaciones a favor de los menores discapacitados.

Debo destacar que los progenitores reclamantes en el supuesto resuelto por la STS de 16-06-2010, Sala Tercera, rec. 4403/2008, en la que se reconoció una pensión vitalicia mensual al hijo menor por importe de 1500 euros más la indemnización a cada uno de los padres por 75000 euros, tanto a la madre como al padre, declararon[316]: "*Llenamos nuestra vida con nuestro hijo, que es lo más importante para nosotros. Le queremos con toda el alma; por lo demás sabiamos que tarde o temprano, positiva o negativamente, acabaría…Lo más importante es que va a tener una mensualidad asegurada toda su vida y eso me da tranquilidad…Por suerte el niño no tiene nada, pero aún así hay que hacer revisiones anuales de todo. Además, con el colegio no es suficiente se necesita un logopeda, apoyo escolar, natacion, estimulación desde los quince días…*".

El argumento expuesto de contrario a la posibilidad de ejercer la acción por *wrongful life*, que sugiere que el niño pudiera también demandar a su madre en casos en los que, aun habiendo sido advertida de las patologías existentes, decidió no interrumpir el embarazo, carece, a mi parecer, de la suficiente consistencia jurídica. La razón de esta afirmación radica en la ausencia del elemento de la culpabilidad en la decisión adoptada por la madre.

En el contexto de una acción de responsabilidad civil contra los facultativos responsables del adecuado seguimiento del estado gestacional, centro sanitario de dependencia o patrimonial

[315] Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012, rec. 4165/2010, Fundamento de Derecho Cuarto in fine: "En el presente caso, atendiendo a la prueba practicada y analizando los conceptos reclamados procede mantener la partida reconocida en la sentencia correspondiente al daño moral al entorno familiar de OCHENTA MIL EUROS (80.000 EUROS) y para el menor Alejandro, entendiendo que se indemniza el sobrecoste que genera su crianza y educación conforme a sus posibilidades , se reconoce la partida de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 euros) por todos los conceptos, que percibirá atendiendo a las prevenciones establecidas en la legislación civil para la administración y gestión de los bienes propios de los menores de edad. Estas cantidades se consideran actualizadas a fecha de esta sentencia, sin que por tanto proceda reconocer intereses más que los previstos legalmente 106.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción".
Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012, rec. 4165/2010, Fundamento de Derecho Cuarto: "En el presente caso, atendiendo a la prueba practicada y analizando la cuantía reclamada procede fijar la indemnización en los mismos que ya hemos hecho en nuestra reciente sentencia recaída en el recurso 4165/2010, donde señalamos que, en casos de síndrome de Down, procede estableces la cuantía de 280.000 euros. Y en dicha cuantía lo fijamos en el presente supuesto. De dicha cantidad, corresponde al daño moral al entorno familiar la cantidad de OCHENTA MIL EUROS (80.000 EUROS) y para la menor, entendiendo que se indemniza el sobrecoste que genera su crianza y educación conforme a sus posibilidades, se reconoce la partida de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 euros) por todos los conceptos, que percibirá atendiendo a las prevenciones establecidas en la legislación civil para la administración y gestión de los bienes propios de los menores de edad. Estas cantidades se consideran actualizadas a fecha de esta sentencia, sin que por tanto proceda reconocer intereses más que los previstos legalmente 106.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción".
[316] Declaraciones al Periódico El País, reportaje: "Una paga para el que vive por error", 7-9-201.

contra la administración sanitaria, la culpa o negligencia es un elemento central y permanentemente presente. La responsabilidad se establece cuando hay una conducta culposa o negligente a la hora de efectuar el correspondiente diagnóstico prenatal o en el momento de interpretar los resultados de las pruebas genéticas practicadas con clara infracción de la *lex artis* ad hoc. En este caso particular, la actuación negligente del personal médico encargado del adecuado seguimiento de la gestación resulta necesaria. Al no informar adecuadamente a la madre sobre la existencia de patologías fetales que derivarán en una discapacidad futura del niño o en el padecimiento de determinadas patologías severas, se la privó de su derecho a elegir y tal proceder no evitó la aparición de la discapacidad.

Esta conducta negligente del personal facultativo constituye un incumplimiento claro de la *lex artis ad hoc*, es decir, de las normas y prácticas médicas adecuadas. Como resultado, esta conducta culposa genera una serie de daños y perjuicios de distinto alcance que deben ser resarcidos.

En cambio, la conducta de la madre que opta por no interrumpir su embarazo a pesar de conocer las deficiencias fetales no implica una conducta culposa. La madre no infringe ningún deber ni omite ninguna regla moral. El derecho al aborto, al igual que el derecho a no interrumpir el embarazo, está basado en principios y valores fundamentales como el de autodeterminación, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Estos mismos fundamentos justifican tanto la elección de abortar como la de continuar con la gestación.

Por tanto, no existe ningún comportamiento reprochable desde el punto de vista jurídico que se vincule a la culpabilidad en la decisión de la madre de seguir con el embarazo a pesar de las patologías fetales conocidas. Ambas decisiones, ya sea abortar o continuar con la gestación, están respaldadas por derechos fundamentales y son igualmente legítimas. El metaderecho de la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad como valores intrínsecos de toda persona, merecen respeto y consideración, cualquiera que sea la decisión que se adopte en un contexto tan traumático como el de conocer las deficiencias fetales y futuras de su hijo.

En conclusión, la falta de culpabilidad en la decisión adoptada por la madre, en estos casos, descarta cualquier posible acción por parte del niño nacido en contra de su madre, ya que falta el elemento de la culpabilidad. La responsabilidad recae principalmente en la actuación negligente del personal médico y en su omisión de proporcionar información adecuada a la madre durante el periodo prenatal. La protección de los derechos fundamentales y la autonomía de las personas son fundamentales en esta compleja problemática legal y ética. Sólo mediante el

respeto a la decisión de la madre vinculada a su propia dignidad y al libre desarrollo de su personalidad se puede alcanzar y promover una sociedad más respetuosa, justa y democrática.

Cuarta. *Reconocimiento a nivel jurisprudencial*

Como señalé anteriormente, la propuesta de reforma en el tratamiento de la respuesta jurídica al ejercicio de acciones de responsablidad civil o patrimonial como consecuencia de la existencia de un falso negativo, no requiere de una reforma del régimen jurídico positivo vigente regulador del instituto de la responsablidad civil. Ahora bien, si precisa de un cambio, de modo parcial, de algunos de los criterios jurisprudenciales que con anterioridad comenté en los capitulos IV y V.

La reforma jurisprudencial debe propiciarse, como es obvio, vía recuso de casación, mediante el dictado de sentencias casacionales a través de este recurso de naturaleza extraordinaria[317], cuya función consiste en asegurar la uniformidad en la aplicación del Derecho, mediante la técnica de selección fundada en el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que pretende, de este modo, cumplir estrictamente su función nomofiláctica.

Tras la refomra operada por la LO 7/2015 en el sistema casacional contencioso-administrativo, la clave para la admisión del recurso de casación ha cambiado significativamente con la introducción del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Antes de la reforma, la ausencia de interés casacional constiuía una de las causas de inadmisión contempladas de manera restrictiva en el artículo 93.2.e) LJCA. Ahora, es responsabilidad del

[317] ATS 26-05-2022, Sala 3ª, rec. 5692/2020, FJ 1º "En primer lugar se entiende procedente aclarar, que el recurso de casación, es un recurso extraordinario, a diferencia de lo señalado por el escrito del incidente de nulidad donde se afirma, que la inadmisión de su escrito de preparación impide a la jurisdicción ordinaria examinar su pretensión sobre la presunción de validez de actos administrativos, así lo señala, entre otros, el ATC 41/2018, de 16 de abril: "Respecto del recurso de casación, hemos destacado que nuestro control "es, si cabe, más limitado" (STC 7/2015, de 22 de enero, FJ 2 d)) por dos razones: la singular posición del órgano llamado a resolverlo y su naturaleza de recurso extraordinario. a) En primer lugar, hemos destacado la especial posición del Tribunal Supremo y de su jurisprudencia (STC 37/2010, de 19 de marzo, FJ 4),(….)b) En segundo término, hemos subrayado que el recurso de casación tiene la naturaleza de recurso especial o extraordinario, lo que determina que debe fundarse en motivos tasados -numerus clausus- y que está sometido no solo a requisitos extrínsecos de tiempo y forma y a los presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros 37 intrínsecos, sustantivos relacionados con el contenido y la viabilidad de la pretensión; de donde se sigue que su régimen procesal es más estricto por su naturaleza de recurso extraordinario (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ5; 248/2005, de 10 de octubre, FJ2; 100/2009, de 27 de abril, FJ4, y 35/2011, de 28 de marzo, FJ3). Esta naturaleza de recurso extraordinario se acentúa en el nuevo recurso de casación introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, llamado a ser "el instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho" (exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2015)".

recurrente convencer al Tribunal Supremo de que el asunto en cuestión tiene relevancia para la sociedad y puede contribuir a la creación de jurisprudencia, independientemente de los intereses subjetivos que pueda tener el recurrente en la impugnación. De hecho, en el escrito de preparación del recurso de casación, el recurrente debe tratar de dejar parcialmente de lado la satisfacción de sus intereses particulares y derechos subjetivos específicos, que claramente persigue con su recurso, y motivar la existencia de un interés casacional objetivo. De este modo, se debe conjugar la existencia de un ius litigatoris junto a un ius constitutionis. En definitiva, el interés casacional que abre la puerte al recurso de casación es objetivo pero a la vez debe fundamentarse con sigular referencial al caso concreto

El artículo 88 de la LJCA utiliza una doble técnica para argumentar el interés casacional. En su apartado segundo, enumera una serie de supuestos en los que podría apreciarse dicho interés si concurren ciertas condiciones. Por otro lado, en su apartado tercero, establece una lista de casos en los que se presume que existe interés casacional.

Ahora bien, simplemente invocar los supuestos de interés casacional descritos en el artículo 88 de la LJCA no es suficiente. Es necesario justificar la concurrencia de estas condiciones y demostrar que es necesario resolver el asunto para garantizar la función nomofiláctica del Tribunal Supremo. Se han inadmitido recursos de casación cuyos escritos de preparación plantean cuestiones de manera artificiosa, que, si bien parecen tener un interés evidente, en realidad no están vinculadas con el sentido de lo debatido y resuelto en la instancia.

En el presente supuesto, si bien como he indicado con anterioridad, existen criterios jurisprudenciales previamente establecidos aunque no del todo uniformes, el recurso de casación sólo será viable cuando la parte recurrente argumente la petinencia de que se admita su recurso con la finalidad de matizar, clarificar o reconsiderar la jurisprudencia existente, mediante la aportación de argumentos sólidos que jusfitiquen su reconsideración.

Así lo ha señalado la Sala Tercera del TS en diversos autos de admisión[318], como el ATS de 17/01/2020, RQ 520/2019, al señalar que: "*Desde esta perspectiva, adquiere lógica jurídica la afirmación de que en el sistema casacional vigente, instaurado por la Ley Orgánica 7/2015, no existe, con el mismo alcance que antes tenía, el recurso de casación por infracción de la jurisprudencia, antes configurado como motivo de casación en el artículo 88.1.d) LJCA en su original redacción. Ahora, en el nuevo modelo casacional, cuando*

[318] AATS 01/02/2023, RC 7531/2022; 08/02/2023, RC 5451/2022; 02/03/2023, RQ 84/2023; 08/03/2023, RQ 6/2023

una cuestión litigiosa ha sido ya abordada, estudiada y resuelta por el Tribunal Supremo, y por tanto ya existe doctrina jurisprudencial sobre ella, los hipotéticos recursos que en el futuro puedan promoverse planteando esa misma cuestión, por lo general, carecerán de interés casacional, justamente porque carecerán de utilidad para formar jurisprudencia, desde el momento que la jurisprudencia ya está formada. No quiere decirse con eso que una eventual vulneración de la jurisprudencia por los órganos jurisdiccionales inferiores resulte irrelevante para el Tribunal Supremo; ni quiere decirse tampoco que una vez afirmada una doctrina jurisprudencial devenga imposible su ulterior modificación o perfeccionamiento. Esta Sala ha dicho con reiteración que, aun existiendo doctrina jurisprudencial, puede afirmarse el interés casacional cuando se aprecie la necesidad de clarificarla, matizarla, precisarla, reforzarla o incluso reconsiderarla si se aportan argumentos sólidos para ello. Ahora bien, lo que no puede admitirse como una válida fundamentación del interés casacional es la simple aseveración, huérfana de argumentos añadidos, de que la sentencia de instancia ha infringido la jurisprudencia; pues eso sería tanto como reinsertar en el recurso de casación ese antiguo recurso "por infracción de la jurisprudencia" que, como tal, ya no existe, según hemos explicado supra. Por eso, quien invoca en su escrito de preparación el supuesto de interés casacional del apartado a) del artículo 88.2 LJCA (consistente en que la resolución que se impugna "fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido") y denuncia precisamente que la resolución impugnada ha ignorado o transgredido la doctrina jurisprudencial de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, no puede limitarse a aducir tal infracción sin más, sino que ha de dar un paso argumental añadido, explicando la necesidad de precisar esa doctrina en torno a aspectos o matices no totalmente abordados, clarificarla en cuanto pudiera tener de oscuro o incompleto, reforzarla para despejar dudas o reservas sobre su existencia, sentido y alcance, o tal vez incluso reconsiderarla en la medida que se pongan de manifiesto enfoques novedosos y bien trabados que pudieran dar lugar a su rectificación".

Se deberá articular el recurso de casación vía supuesto contemplado en el art. 88.2.a) LJCA. Para ello sería conveniente, que el recurrente citara a efectos de contraste las sentencias de la propia Sala Tercera 10 de mayo de 2007, rec. 4779/2002; 16 de junio de 2010, rec. 4403/2008, y 20 de marzo de 2012, rec. 4165/2010, en las que se reconoce a favor del hijo discacitado indemnizaciones, bien mediante un pago único o mediante la asignación de una renta vitalicia mensual, con independencia de la indemnizaicón reconocida igualmente a los progenitores. Sentencias que, desde el punto de vista jurídico material, reconocen el ejericio de acciones *wrongful life* por vida injusta En todo caso, en el escrito de preparación se deberá argüir que el asunto presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia siendo preciso clarificar, aclarar y matizar la jurisprudencia ya existente en la materia. Como puntualiza el ATS 16/02/2022, RQ 45/2022: *"Hay que tener en cuenta, en este sentido, que quien anuncia el recurso debe*

argumentar la "conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal de casación" desde la perspectiva de la formación de la jurisprudencia (arts. 88.1 y 89.2.f), antes que desde el prisma de la satisfacción puramente casuística de su pretensión singularizada. Desde esta perspectiva, adquiere lógica jurídica la afirmación de que en el sistema casacional vigente, instaurado por la Ley Orgánica 7/2015, no existe, con el mismo alcance que antes tenía, el recurso de casación "por infracción de la jurisprudencia", antes configurado como motivo de casación en el artículo 88.1.d) LJCA en su original redacción. Ahora, en el nuevo modelo casacional, cuando una cuestión litigiosa ha sido ya abordada, estudiada y resuelta por el Tribunal Supremo, y por tanto ya existe doctrina jurisprudencial sobre ella, los hipotéticos recursos que en el futuro puedan promoverse planteando esa misma cuestión, por lo general, carecerán de interés casacional, justamente porque carecerán de utilidad para formar jurisprudencia, desde el momento que la jurisprudencia ya está formada. No quiere decirse con eso que una eventual vulneración de la jurisprudencia por los órganos jurisdiccionales inferiores resulte irrelevante para el Tribunal Supremo; ni quiere decirse tampoco que una vez afirmada una doctrina jurisprudencial devenga imposible su ulterior modificación o perfeccionamiento. Esta Sala ha dicho con reiteración que, aun existiendo doctrina jurisprudencial, puede afirmarse el interés casacional cuando se aprecie la necesidad de clarificarla, matizarla, precisarla, reforzarla o incluso reconsiderarla si se aportan argumentos sólidos para ello".

De este modo, se articularían vía casacioanal las pretensiones que constituyen, en definitiva, el verdadero objeto del recurso, y se conseguiría un pronunciamiento definitivo del Tribunal Supremo en orden a una serie de cuestiones esenciales no suficientemente aclaradas hasta la fecha como son:

-Si resulta factible reconocer indemnización a favor del recién nacido, por los daños morales y patrimoniales irrogados, y, en caso afirmativo, si el reconocimiento de una pension vitalicia al amparo del art. 40.4 de Ley 40/2015 resulta el modo más eficaz de fijar la indemnización a su favor. Se trata, en definitiva, de obtener un pronunciamiento favorable a la viabilidad del ejericio de acciones *wrongful life* por vida injusta. No resulta preciso, que el Alto Tribunal se pronuncie sobre la viabilidad formal de este tipo de acciones, basta con que esablezca como respuesta a la cuestión de interés casacional planteada y admitida, que efectivamente el hijo con discapacidad o que sufre determiniadas patologías graves y severas, resulta ser el titular del derecho a la indemnización de daños y perjuicios, una vez acreditado el falso negativo derivado de un diagnóstico erróneo, con independencia de la indemnización que corresponda a los progenitores vía acción *wrongful birth* por nacimiento injusto.

-Si el daño moral consistente en la privación del derecho de elección entre la interrupción voluntaria de embarazo o la continuidad de la gestación, si el mismo sólo puede ser objeto de

indemnización a favor de la mujer gestante, o, si por el contrario, también se puede reconocer a favor del otro progenitor, concediéndole legitimación al efecto.

-Si el daño moral consistente en la privación del derecho de información sobre el estado del feto y patologias que le afectan, sólo puede ser objeto de indemnización a favor de la mujer gestante, o, si por el contrario también se puede reconocer a favor del otro progenitor, concediéndole legitimación al efecto.

-Si los daños morales consecuencia del impacto psicológico derivados del nacimento de un niño con discapcidad o que sufre determinadas patologías severas y el consecuente sufrimiento derivado de su observancia vital, pueden ser objeto de indemnizacion sólo a los padres o también pueden tener como destinatarios otros familiares como abuelos o hermanos, atendidas las circunstancias de convivencia permanente con la persona y grado de vinculación afectiva directa.

-Si los daños de carácter patrimonial consecuencia del coste extraordinario de crianza y supervivencia de un niño discapacitado o portador de graves patologias deben ser objeto de indemnización al hijo con carácter general y, respecto de perjuicios concretos como adaptación de la vivienda propiedad de los padres, deben ser indemnizados también estos.

El planteamiento del recurso debe alejarse todo lo posible de estériles discusiones sobre los hechos declarados probados en la instancia y su valoración para centrarse en las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos que acabo de enumerar. Como señalé con anterioridad, uno de los criterios jurisprudenciales consolidados en esta materia, por la jurisprudencia de ambas Salas, consiste en la inidoneidad del recurso de casación para alterar los hechos declarados probados en la instancia y su concreta valoración. Cuestión agravada desde la modificación de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) realizada por la Ley Orgánica 7/2015. Antes de esta modificación, el sistema casacional existente dificultaba enormemente la posibilidad de alterar la valoración de los hechos establecidos en la sentencia recurrida, siendo esta posibilidad restringida a supuestos muy concretos y específicos, tales como la valoración arbitraria, ilógica o irracional de la prueba practicada, la infracción de la norma sobre distribución de la carga de la prueba o la vulneración de la normativa sobre valoración de los medios tasados de prueba, tal y como sucedió, de modo excepcional, en la STS de 21 de febrero de 2006, rec. 1117/2002 Estas circunstancias limitaban significativamente las opciones de éxito en el recurso de casación vía alteración de los hechos. Con la introducción del nuevo sistema casacional, la situación no se ha vuelto más favorable para aquellos recurrentes que buscan alterar la

valoración de los hechos en la sentencia recurrida. De hecho, el recurso de casación se ha restringido aún más, ya que su admisión ahora se basa en el concepto de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. El artículo 87 bis de la LJCA establece expresamente que el recurso de casación se limitará a cuestiones de derecho, excluyendo expresamente las cuestiones de hecho. La controversia sobre los aspectos fácticos del pleito no tiene acceso a la casación por la razón de carecer, por definición, de la dimensión de interés casacional inherente al recurso extraordinario de casación, sin que la discusión sobre las cuestiones fácticas tenga encaje posible en ningún supuesto de interés casacional de los contemplados en el art- 88 LJCA. Ni tan siquiera, afirma de modo reiterado la doctrina jurisprudencial[319], resulta factible revisar la valoración de los hechos cuando se considera ilógica, irracional o arbitraria. Esto significa que el recurso de casación no puede ser utilizado como una vía para volver a valorar los hechos establecidos en la sentencia recurrida, posibilidad tampoco permitida vía integración de hechos. A estos efectos, cabe recordar que la solicitud de integración de hechos, requiere cumplir tres requisitos fundamentales:

1. Los hechos deben haber sido omitidos en la sentencia de instancia.
2. Es necesario que estos hechos se encuentren debidamente justificados en las actuaciones del caso.
3. La toma en consideración de estos hechos debe ser necesaria para fundamentar adecuada y razonablemente la infracción alegada de las normas jurídicas o de la jurisprudencia.

Es importante subrayar que la integración de hechos no puede utilizarse como excusa para contradecir o contrarrestar los hechos ya declarados probados en la sentencia que se recurre en casación. La intención no es desvirtuar o modificar los hechos probados en la instancia.

[319] ATS 09/02/2023, RQ 654/2022: "Hay que tener en cuenta, en este sentido, que como ha dicho esta Sección con reiteración, en la nueva regulación del recurso de casación, introducida por la L.O. 7/2015, no puede seguir esgrimiéndose la antigua doctrina jurisprudencial que había señalado que aun estando excluida del recurso de casación la valoración de la prueba, aun así, tal valoración podía ser cuestionada en casación en circunstancias que expresamente se calificaban de "excepcionales", entre las que destacaba la referida a los casos en que se denunciara que la valoración probatoria efectuada por el tribunal de instancia hubiera sido no ya equivocada, sino más aún, manifiestamente ilógica, irracional o arbitraria. Resultan, en efecto, ajenas a la finalidad del nuevo recurso de casación las controversias que se reducen a cuestiones puramente casuísticas y singularizadas, carentes como tales de una dimensión hermenéutica del Ordenamiento que permita apreciar su proyección o repercusión, al menos potencial, sobre otros posibles asuntos; como son, por principio, las impugnaciones circunscritas a la discusión sobre la apreciación por el órgano judicial de instancia de los hechos subyacentes en cada pleito".

La posibilidad de integración de hechos, como contempla el artículo 93.3 LJCA, está limitada a completar y no a contradecir los hechos declarados probados en la instancia, siempre que sea necesario para justificar adecuadamente y de manera razonable la infracción procesal o sustantiva que se alega en el escrito de preparación, aplicando el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia correspondiente al caso.

Como señala la jurisprudencia[320], la facultad de "integración de hechos" no puede ser empleada para intentar llevar a la casación la discusión sobre la supuesta valoración incorrecta de la prueba realizada por el Tribunal de instancia. La finalidad de esta herramienta es asegurar que todos los elementos relevantes y necesarios para fundamentar la infracción alegada estén debidamente expuestos y sustentados en la solicitud del recurso de casación.

En conclusión, la integración de hechos es una vía que permite completar y apoyar adecuadamente la infracción alegada en el recurso, siempre que estos hechos no contradigan los ya probados en la instancia y que sean indispensables para demostrar la existencia de la vulneración de las normas jurídicas o jurisprudencia aplicables al caso.

Dicho lo anterior, creo importante destacar que existe una distinción clara entre la apreciación de los hechos y la determinación de las consecuencias, implicaciones o valoraciones puramente jurídicas derivadas de esos hechos. El tribunal de instancia tiene la función exclusiva de apreciar los hechos en el caso, y esta apreciación no puede ser objeto de revisión en el recurso de casación. Sin embargo, lo que sí es susceptible de ser cuestionado en este recurso son las valoraciones jurídicas que se desprenden de esos hechos, ya que en este contexto estamos tratando con cuestiones de índole jurídica y no fáctica.

[320] STS, Sala Tercera de 29/1/2018, RC 27/2016: "En el nuevo modelo de recurso de casación, su objeto se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho, sin perjuicio de la facultad de «integrar los hechos» que se otorga al Tribunal de casación para el supuesto de que ello sea preciso para apreciar la 113 infracción alegada, como exige el art. 87 bis 1º, en relación con el art. 93.3 LJCA. En efecto, se admite la facultad de integración de hechos de este Tribunal, dado que en la resolución de la cuestión jurídica controvertida que constituya el objeto del proceso, podrá integrar en los hechos admitidos como probados por el juzgador de instancia aquellos otros que, habiendo sido omitidos por este, se encuentren suficientemente probados según las actuaciones, siempre y cuando tomarlos en consideración resulte estrictamente necesario para apreciar la infracción normativa o jurisprudencial alegada, incluida la desviación de poder. No obstante, lo anterior, conviene aclarar que, aunque el recurrente podrá solicitar la integración de los hechos admitidos como probados por el juzgador de instancia, no será posible que bajo tal amparo se pretenda denunciar en casación la errónea valoración de la prueba, esto es, aquellos supuestos en los que lo realmente pretendido sea modificar la valoración probatoria alcanzada por la sentencia de instancia".

En el ámbito de la casación, no se puede revisar la pura valoración de los hechos bajo el pretexto de que se está cuestionando un problema estrictamente jurídico. La valoración de los hechos, es decir, la forma en que el tribunal de instancia interpreta y aprecia las pruebas y los eventos acontecidos, está fuera del alcance del recurso de casación. No es posible revisar ni discutir las apreciaciones fácticas efectuadas por el tribunal de instancia en este tipo de recurso.

En cambio, lo que sí se puede someter a cuestionamiento y revisión en la casación son las calificaciones jurídicas, es decir, las interpretaciones y aplicaciones del derecho que el tribunal de instancia haya realizado con base en los hechos probados. Es en este terreno jurídico donde el recurso de casación puede ser efectivo para plantear discrepancias respecto a las conclusiones y consecuencias jurídicas que se derivan de los hechos establecidos. Y precisamente, resulta ser lo conveniente y preciso en este ámbito donde se precisa la introducción via jurisprudencial de criterios parcialmente novedosos y clarificadores en orden a determinar las consecuencias indemnizatorias de los errores de diagnósticos prenatales.

Via recurso de casación, no es posible alterar la valoración de los hechos acreditados en la sentencia de instancia con relación, por ejemplo, a las pruebas diagnósticas realizadas o no realizadas, como y por quien se realizaron, el nivel de precisión de las efectuadas, el cómo y de que manera se transmitió o no la debida información a los progenitores. Pero en cambio, si será posible considerar si con base en los hechos declarados probados efectivamente hubo o no un incumpliimiento de la *lex artis* al efectuar el diagnóstico o al trasladar de modo adecuado la información sobre el estado del feto, o, si por el contrario, nos encontramos verdadaremente ante un supuesto de hecho que permitía la interrupcion del embarazo por causas médicas.

Sumamente importante reulta tener en cuenta que, de conformidad con la doctrina[321] del Alto Tribunal, no será de aplicación la regla contenida en el art. 87 bis sobre la exclusión de las

[321] ATS 10/05/2019, RQ 116/2019: "Pues bien, si examinamos el escrito de preparación elaborado por la parte recurrente, observamos que esta, seguramente conocedora de lo que dispone el artículo 87 bis LJCA, se esforzó por argumentar que en realidad no pretendía discutir la apreciación de los hechos concurrentes efectuada por el Tribunal de instancia, o la valoración probatoria que ha llevado a cabo, sino que estaba suscitando una cuestión jurídica, referida a la carga de la prueba sobre el cumplimiento de los estándares de mantenimiento de las instalaciones públicas para evitar resultados dañosos como el planteado en el pelito de instancia. Desde esta perspectiva, es cierto que, como recuerda la propia recurrente, en auto de esta Sala y Sección de 10 de diciembre de 2018 (recurso nº 462/2018), hemos dicho que una cosa son los hechos, y otra las consecuencias jurídicas que de ellos dimanan. La apreciación del Tribunal de instancia sobre los hechos que constituyen la base del litigio no puede ser controvertida en casación, pero la pura valoración jurídica que esos hechos merecen, o lo que es lo mismo, la calificación jurídica de dichos hechos, o la determinación de las consecuencias jurídicas que de tales

cuestiones de hecho con limitación a las cuestiones de derecho, cuando, en puridad, vía recurso de casación, no se discuta la valoración de la prueba, sino una cuestión jurídica referida a la carga de la prueba, cuestión ésta tan relevante en estos procesos de responsablidad patrimonial sanitaria y de la que depende en muchas ocasiones la estimación o desestimación de las pretensiones.

En el ámbito de la jurisdicción civil, el tratamiento debe ser similar, aprovechando la profunda reforma del recurso de casación operada por el Real Decreto-Ley 5/2003, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

En virtud del citado RDL se ha atribuido al recurso de casación en la jurisdicción civil el tratamiento que reclama su naturaleza de recuso extraordinario dirigido a controlar la correcta interpretación y aplicación de las normas aplicables, en consonancia con la reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la propia Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo insistiendo en el especial rigor de los requisitos de admisión del recurso de casación. La reforma ha puesto fin a la duplicidad de recursos al desaparecer el recurso extraordinario por infracción procesal, convirtiéndose también el interés casacional, junto a la tutela judicial de los derechos fundamentales, en el elemento esencial de la nueva casación, tanto para las infracciones sustantivas como para las procesales. La reforma introduce el concepto de "*interés casacional notorio*", que podrá ser apreciado por la Sala Primera del Tribunal Supremo, o las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando a ellas corresponda la competencia, cuando la resolución impugnada se haya dictado respecto de una cuestión litigiosa de interés general para

hechos fluyen, son cuestiones que precisamente por residenciarse en el terreno de los juicios de carácter jurídico resultan susceptibles de problematizarse en casación siempre y cuando se desenvuelvan en este específico ámbito de la discusión jurídica y no pretendan encubrir bajo el mismo una discusión puramente fáctica. Esta doctrina resulta de aplicación al caso que nos ocupa, pues realmente la parte aquí recurrente no ha pretendido discutir la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, sino que ha suscitado su discrepancia en torno a una cuestión previa, de carácter no fáctico sino jurídico, como es la determinación de la carga de la prueba sobre las condiciones de mantenimiento y conservación de instalaciones públicas como la implicada en el pleito. Como decimos, con independencia del acierto o error del planteamiento de la recurrente sobre esa cuestión, se trata de un tema de naturaleza jurídica, al que no se puede proyectar la regla del artículo 87 bis LJCA, precisamente porque no refiere un problema de orden fáctico referido a la pura apreciación de los hechos concurrentes".

la interpretación uniforme de la ley estatal o autonómica. El propio apartado 4 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil define las cuestiones de interés general como aquellas que afecten potencial o efectivamente a un gran número de situaciones, bien en sí mismas o por trascender del caso objeto del proceso[322].

La invocación de este supuesto puede resultar idónea para que, al igual que en sede contencioso-administrativa, se delimite un cuerpo jurisprudencial que concrete y determine idénticos criterios a los indicados anteriormente. Recursos de casación que se centrarán igualmente en cuestiones estrictamente jurídicas, dado que la valoración de la prueba y la fijación de hechos tampoco puede ser objeto de recurso de casación en el ámbito civil, con la única excepción de los supuestos de error de hecho, patentes e inmediatamente verificables a partir de las propias actuaciones de instancia y apelación.

En definitiva, mediante el dictado de sentencias resolutorias de recursos de casación interpuestos ante el TS, Salas de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo, y la creación de un uniforme cuerpo jurisprudencial se pueden clarificar aquellas cuestiones confusas, innovando el ordenamiento jurídico y dando adecuada respuesta a las pretensiones ejercitadas que garanticen la seguridad jurídica y la adecuada protección de los legítimos intereses presentes.

Y todo ello, bajo una consideración final cuya lógica, a mi juicio, resulta irrefutable, de que no parece acorde con el sentido común que precisamente la persona que, de modo directo y efectivo, resulta ser la más perjudicada sea la única que no puede ser indemnizada.

De conformidad con la propuesta de reforma contemplada, el supuesto analizado de responsabilidad civil derivada de la no detección en estado gestacional del síndrome de Morris, explicitado en el apartado 2 del capítulo I, debiera resolverse de modo diferente.

El primer presupuesto para el ejercicio de las acciones por responsabilidad *wrongful life* o *wrongful birth*, consiste en la existencia de un error de diagnóstico que concluye en un falso negativo. No cabe duda de que, tal y como quedó suficientemente acreditado y probado, hubo un incumplimiento negligente de la *lex artis ad hoc*, como consecuencia de la no constatación en la

[322] Art. 477.4 LEC: "La Sala Primera o, en su caso, las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, podrán apreciar que existe interés casacional notorio cuando la resolución impugnada se haya dictado en un proceso en el que la cuestión litigiosa sea de interés general para la interpretación uniforme de la ley estatal o autonómica. Se entenderá que existe interés general cuando la cuestión afecte potencial o efectivamente a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso

ecografía de la semana veinte del sexo del feto existiendo obligación de determinarlo. El apartado específico del sexo quedó en blanco, debido a que la ecografista se confió del resultado de la amniocentesis practicada anteriormente que arrojaba un cariotipo XY, y no comprobó en la prueba ecográfica el sexo del nasciturus. La simple observancia del sexo hubiera permitido observar la disfunción existente entre el fenotipo (femenino) y el cariotipo (masculino), y, de este modo, efectuar el adecuado diagnóstico del síndrome padecido.

El segundo presupuesto insoslayable consiste en que, efectivamente, nos encontremos ante uno de los supuestos que permitían la interrupción voluntaria y legal del embarazo. No cabe duda alguna que no nos encontramos ante un supuesto que permite la interrupción al amparo de lo dispuesto en el art. 15 c) LO 2/2010, dado que, no se trata de una anomalía fetal incompatible con la vida, ni de una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico, tal y como se manifestó el comité clínico de modo unánime Respecto de la posibilidad de que el aborto encontrara amparo en virtud del supuesto contemplado en el art. 15 b) de no superación de la semana veintidós de gestación y existencia de riesgo de graves anomalías en el feto, he de indicar que en el momento de practicarse la ecografía de la semana veinte, si se hubiera producido el diagnóstico correcto se encontraría dentro del plazo legalmente establecido, por lo que, desde el punto de vista temporal, la posibilidad de interrumpir el embarazo existía. Ahora bien, la concurrencia del supuesto de hecho que legitima la práctica abortiva presenta serios interrogantes.

Recordemos que la sentencia de instancia, confirmada en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, aplicó la doctrina de la pérdida de oportunidad valorando la probabilidad de que el comité clínico hubiera estimado la petición de practicar el aborto de haberse solicitado la interrupción del embarazo por el supuesto del art. 15 b) dentro del plazo de las veintidós primeras semanas de gestación, y a la vista de las opiniones de los peritos al respecto, una a favor sobre la base de experiencias anteriores, otra desfavorable sin apoyo de experiencia previa y otra que no es capaz de pronunciarse al respecto, fijó un porcentaje del 60%, trasladable a la valoración de la cuantía indemnizatoria que efectúa con base en el informe de valoración del daño que aportó la parte actora, basada en el baremo de accidentes de tráfico. Ahora bien, la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad a la cuestión relativa a si nos encontrábamos o no ante un supuesto que permite la interrupción del embarazo no resulta adecuada. Como señalé al analizar los supuestos legales que permiten la interrupción por causas médicas, los mismos y concretamente el previsto en el apartado b) del art. 15 LO 2/2010 "riesgo de graves anomalías en el feto" está configurado

por conceptos jurídicos indeterminados que sólo admiten una solución justa. Es decir, o nos encontramos ante una grave anomalía fetal que posibilita la práctica abortiva o no nos encontramos ante una grave anomalía fetal y, por tanto, no sería factible llevar a cabo la interrupción del embarazo. Por este motivo, con referencia a esta posibilidad y la subsiguiente privación del derecho de elección, no es posible aplicar la teoría probabilística de la pérdida de oportunidad tal y como efectuó la sentencia del Juzgado de lo Contencioso. La teoría de la pérdida de oportunidad sería de aplicación sólo en el supuesto de que, una vez determinado y concluido que, efectivamente, el padecimiento del síndrome de Morris habilita la interrupción del embarazo al tratarse de una grave anomalía detectada antes de la semana veintidós de gestación, para determinar el grado porcentual de probabilidad de que la gestante hubiera decidió interrumpir el embarazo, pero no para discernir sobre si nos encontramos ante un supuesto de interrupción aplicando un grado porcentual de probabilidad.

Que nos encontremos ante un supuesto de hecho que permite la interrupción por casusa médicas es un presupuesto insoslayable para la viabilidad de la acción indemnizatoria, y esa cuestión debe quedar acreditada y resuelta de modo definitivo y concluyente, en un sentido favorable o desfavorable, sin que se puede dejar su apreciación a un margen probabilístico porcentual vinculándolo de este modo a la consecuente privación porcentual del derecho de elección.

Por ello, al contrario de lo que señaló la sentencia dictada en apelación de que no era necesario entrar a estudiar si era posible o no, en aquel momento, la interrupción voluntaria del embarazo, se debe analizar esa cuestión esencial "prima facie", ya que se trata de un requisito que debe concurrir de modo inexorable, tal y como la jurisprudencia[323] lo conceptúa.

Y a partir de esa consideración nos encontramos con dos posibilidades. La primera de ellas, concluir que el síndrome de Morris no habilita para practicar un aborto eugenésico, conclusión que imposibilitaría el ejercicio de una acción de responsabilidad ya que faltaría uno de los presupuestos esenciales para su recto ejercicio. Sobre los reclamantes pesa la carga de demostrar que efectivamente nos situamos ante un supuesto de interrupción del embarazo por causas médicas, teniendo en cuenta que el art. 15 comienza con el adverbio "excepcionalmente", lo que conduce a interpretar los supuestos de hecho de modo estricto y restrictivo. Si no se acredita fehacientemente, como no se acreditó de hecho, que nos encontramos ante un supuesto habilitador de interrupción del embarazo por causas médicas, las acciones por responsabilidad

[323] STS, Sala 3ª, 23-01-2012, Rec. 43/2010.

civil no pueden prosperar, al faltar el requisito de procedibilidad de estas, por lo que las pretensiones indemnizatorias debían desestimarse.

La segunda posibilidad, concluir que efectivamente el síndrome de Morris constituye una grave anomalía fetal que posibilita la interrupción del embarazo dentro de las primeras veintidós semanas de gestación. En este caso, y a partir de esa posibilidad y certeza, sería de aplicación la teoría de la pérdida de oportunidad, en su caso, para fijar el porcentaje probabilístico estimado de que, si la madre tras la ecografía de la semana veinte hubiera dispuesto de la información precisa hubiera optado por la interrupción del embarazo. La aplicación de la citada teoría probabilística sería, en su caso de aplicación, para fundamentar la relación de causalidad en el ejercicio de la acción por *wrongful life*.

En este segundo supuesto, se abre la posibilidad del ejercicio de dos tipos de acciones, una vez que se produzca el nacimiento de la niña y la confirmación del síndrome.

La primera de las acciones por nacimiento injusto (*wrongful birth*), en la que se reclamaría la correspondiente indemnización por los siguientes perjuicios:

-Por el daño moral derivado de la privación del derecho de elección entre la práctica del aborto o la continuidad de la gestación, reclamación que únicamente puede ejercitar la madre gestante en su propio nombre y derecho. Al respecto he de indicar que, con arreglo a la teoría propuesta, corresponde a la administración sanitaria, acreditar que la madre de haber dispuesto del diagnóstico acertado no hubiera optado por la interrupción voluntaria del embarazo, destruyendo la presunción iuris tantum favorable a la interrupción, tal y como de modo reiterado se manifiesta la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

-Por el daño moral derivado de la privación del derecho de información a conocer las patologías del feto, acción cuya legitimación corresponde a ambos progenitores.

-Por el daño moral consecuencia del impacto psicológico que supone para los padres el nacimiento de una hija que padece el síndrome de Morris sin tener previamente conocimiento de la situación a la que deben enfrentarse.

La segunda acción por vida injusta (wrongul life) únicamente la puede ejercitar la niña que actuará bajo la representación de sus padres. A través de esta acción se podrán reclamar los gastos derivados de la necesaria asistencia médica que precisará la mujer como extirpación de gónadas, vaginioplastia y tratamiento psicológico y por el daño moral padecido por la niña derivado de su angustia al ser conocedora de su realidad genotípica. Ahora bien, si las citadas

intervenciones y tratamientos pueden ser dispensados, como así parece, por el sistema sanitario público de modo gratuito, no serán susceptibles de indemnización sin perjuicio del daño moral. Por otra parte, no parece que, en este caso, concurran otro tipo de perjuicios de carácter patrimonial como adaptación de vivienda, necesidad de cuidados especiales que requieran la contratación de ayuda etc., por lo que no serían objeto de indemnización.

De este modo, la primera alternativa consistiría en la desestimación de la pretensión indemnizatoria ejercitada al no encontrarnos ante un supuesto de interrupción del embarazo por causas médicas, cuestión cuya carga probatoria incumbe al reclamante y que debe ser resuelta en sentencia en caso de controversia ya que opera como requisito esencial, sin que resulte de aplicación para fallar esta cuestión la doctrina probabilística de la pérdida de oportunidad.

La segunda alternativa, una vez acreditada, en su caso, la idoneidad legal de interrumpir el embarazo, se abre la posibilidad del ejercicio *wrongful life* por la hija, aunque con la seria dificultad de demostrar la efectividad de los perjuicios y, de manera compatible el ejercicio de la acción *wrongful birth* por los progenitores en reclamación del daño moral derivado de la falta de información y sólo por la madre en cuanto a la pérdida del derecho de elección entre la práctica del aborto o la continuidad de la gestación.

VII. CONCLUSIONES GENERALES

Para finalizar se pueden fijar, de modo sucinto, las siguientes conclusiones que resumen "grosso modo" la propuesta de reforma avalada por la presente memoria de tesis:

Primera. La institución de la responsabilidad civil resulta perfectamente compatible con el sistema de dependencia y de promoción de la autonomía personal. El sistema de responsabilidad civil se basa en la idea de reparación integral de los daños específicos surgidos como resultado de actos negligentes o culposos. Estos actos tienen lugar en supuestos en los que se haya producido un error no justificable en el diagnóstico por parte de los profesionales de la salud encargados del seguimiento adecuado del estado gestacional o de la correcta interpretación y evaluación de pruebas genéticas. Específicamente, estos errores de diagnóstico pueden dar lugar a lo que se denomina falsos negativos. Bajo determinadas circunstancias, estos falsos negativos pueden vulnerar derechos que amparan el ejercicio de acciones que pretenden el reconocimiento de la correspondiente indemnización de los perjuicios sufridos por los progenitores, los familiares más directos y el propio neonato.

El sistema de responsabilidad civil, al tener por finalidad la reparación integral de los daños, se acomoda a la idea de indemnizar, no solo perjuicios tangibles, como los gastos médicos y terapias, sino también los daños intangibles, como el sufrimiento emocional y la angustia que pueden derivarse de la discapacidad resultante de errores de diagnóstico. Esta aproximación holística es fundamental para brindar un remedio completo a las personas afectadas.

La noción de falsos negativos resulta esencial, y va referida a situaciones donde, a pesar de la aparente ausencia de una afección, posteriormente, se descubre que existen condiciones médicas relevantes y significativas. Errores de diagnóstico que los afectados no tienen el deber jurídico de soportar al no existir causa justificativa alguna. Esto puede tener implicaciones profundas en el bienestar y la calidad de vida de los afectados y sus familias.

En este contexto, los perjuicios sufridos no sólo afectan a los progenitores y familiares más cercanos sino también al neonato que nace con discapacidades o bajo el sufrimiento de determinadas patologías graves y severas. Todos ellos se ven inmersos en un contexto de cuidados intensivos y desafíos emocionales y económicos inesperados.

Segunda. La posibilidad legal de interrumpir voluntariamente el embarazo por razones médicas se erige como requisito esencial para la viabilidad de las acciones de responsabilidad en casos de

lo que se conoce como "vida o nacimiento injustos". Estas acciones legales por *wrongful life* o *wrongful birth*, dependen, en gran medida, de la existencia de este fundamento legal previo. En otras palabras, sin el marco legal que permite la interrupción del embarazo por razones médicas, no sería posible emprender este tipo de acciones.

A lo largo del tiempo, nuestro sistema jurídico ha experimentado una evolución significativa en relación con la regulación del aborto. Esta evolución ha pasado desde una prohibición absoluta del aborto, hacia un sistema en el que se establecieron indicaciones específicas y limitadas que excluían la penalización de ciertas prácticas abortivas. Finalmente, hemos llegado a un sistema en el que se reconoce el aborto como un derecho, aunque este derecho esté sujeto a condiciones específicas. Esta evolución ha sido respaldada y confirmada en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, principalmente en su STC 44/2023.

En resumen, el marco legal que permite la interrupción voluntaria del embarazo por razones médicas es un requisito esencial para la viabilidad de las acciones legales relacionadas con la "vida o nacimiento injustos". La transformación de la regulación legal del aborto a lo largo del tiempo ha influido en la posibilidad de emprender estas acciones legales y ha establecido un contexto jurídico en el que se deben considerar y evaluar las cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil en casos de este tipo.

Tercera. En nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en otros sistemas jurídicos que contemplan la posibilidad legal de interrumpir un embarazo por razones médicas, se reconoce, en términos generales, la capacidad de ejercer una acción de responsabilidad civil en casos de nacimiento injusto. Sin embargo, el ejercicio de una acción por *wrongful life* resulta más problemático y, en términos formales, se cuestiona su viabilidad, aunque desde una perspectiva sustantiva, no se puede ignorar la existencia de reclamaciones legítimas relacionadas con lo que se ha denominado "vida injusta". Esto se aplica especialmente a personas con discapacidades o a aquellos que padecen graves y severas patologías.

La acción de responsabilidad por nacimiento injusto se refiere a situaciones en las que los padres demandan indemnizaciones por el nacimiento de un hijo que, de haberse conocido las patologías existentes con base en una adecuada información médica, hubieran decidido interrumpir el embarazo. Estas circunstancias suelen incluir defectos congénitos graves o enfermedades genéticas ni diagnosticadas en periodo gestacional. En tales casos, se argumenta que, de no ser por el error de diagnóstico o el incumplimiento de los estándares médicos, los padres hubieran optado por no continuar con el embarazo.

Sin embargo, la acción de responsabilidad por *wrongful life* se refiere al derecho de la persona que nace con discapacidades graves o enfermedades severas a reclamar una indemnización por los sufrimientos y desafíos que enfrenta debido a su condición. Esta acción resulta más problemática desde un punto de vista legal, ya que cuestiona la noción tradicional de que el nacimiento es inherentemente beneficioso y que el daño derivado de estar vivo no puede ser objeto de compensación.

Aunque formalmente se plantean desafíos legales para las acciones de responsabilidad por *wrongful life*, es importante reconocer que existen argumentos sólidos para considerar viable la responsabilidad en casos de vida injusta y que, materialmente, ya existen precedentes de reconocimiento del ejercicio de este tipo de acciones.

Cuarta. La viabilidad de las acciones legales relacionadas con errores en el diagnóstico prenatal está supeditada a la satisfacción de todos los requisitos o presupuestos del instituto de la responsabilidad civil. Estos requisitos incluyen la existencia de un daño real y efectivo, que sea claramente identificable y que pueda evaluarse en términos económicos, así como que dicho daño sea antijurídico, es decir, contrario a la ley; también se requiere un título de imputación que conecte la acción u omisión del profesional de la salud con el daño sufrido por el paciente, y una relación causal clara entre el daño y la acción u omisión. Además, la inexistencia de concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito.

Dentro de este contexto, varios presupuestos presentan desafíos particulares en el ámbito de la responsabilidad por errores en el diagnóstico prenatal. De todos estos ellos, presentan especiales complejidades en este ámbito, tanto la delimitación del concepto de daño y su extensión, como la necesaria y precisa concurrencia de la relación de causalidad.

En última instancia, abordar cuestiones de responsabilidad en casos de errores de diagnóstico prenatal es un proceso altamente técnico y complejo, en el que la prueba cobra especial relevancia. Requiere una evaluación exhaustiva de los hechos y circunstancias específicos de cada caso. La protección de los derechos de los pacientes y la búsqueda de la justicia en estos casos requieren un enfoque cuidadoso y equilibrado que tenga en cuenta tanto las necesidades de las personas afectadas como las obligaciones profesionales del personal facultativo responsable del adecuado seguimiento de la gestación.

Quinta. Sin necesidad de aprobar una ley específica que regule el sistema de responsabilidad civil de los profesionales sanitarios, nuestro ordenamiento jurídico puede evolucionar de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en orden a garantizar los legítimos derechos e intereses de las personas afectadas, garantizando su indemnidad.

Para ello, dado el sistema de recurso de casación vigente, tanto en el orden civil como contencioso-administrativo, basado en el concepto de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, se debe configurar un cuerpo jurisprudencial que, cumpliendo la función nomofiláctica atribuida a la jurisprudencia, establezca una serie de criterios que garanticen un tratamiento igualitario de los supuestos indemnizatorios que se articulen, bajo el principio de seguridad jurídica. De este modo, para avanzar en la dirección de garantizar los legítimos derechos e intereses de las personas afectadas por posibles falsos negativos, así como para asegurar la indemnidad de los profesionales de la salud en situaciones concretas, resulta crucial que se desarrolle un cuerpo sólido y coherente de jurisprudencia en este campo.

Sexta. Los errores de diagnóstico que producen un falso negativo del que se derivan una serie de perjuicios, para que puedan ser objeto de indemnización requieren que se demuestre de manera fehaciente la falta de cumplimiento de las normas y estándares profesionales*, lex artis ad hoc*, por parte del personal sanitario encargado del adecuado seguimiento del estado de gestación o de la precisa interpretación y evaluación de las pruebas genéticas. Además, el error padecido debe carecer de cualquier justificación mínimamente razonable. No cualquier error de diagnóstico debe propiciar la exigencia de responsabilidad del facultativo responsable.

En este contexto, es crucial señalar que la responsabilidad de probar la mencionada falta de cumplimiento generalmente recae sobre aquellos directamente afectados por el error, a menos que se aplique la doctrina del daño desproporcionado o el principio de facilidad probatoria.

Por tanto, para que los errores de diagnóstico con consecuencias de falso negativo sirvan como base de pretensiones indemnizatorias, es esencial que los afectados puedan establecer, a través de pruebas sólidas, que los profesionales médicos no cumplieron con los estándares adecuados en la atención dispensada sin causa justificativa alguna, y todo ello con base en el estado de la ciencia médica, atendidas las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

Séptima. No cualquier error de diagnóstico prenatal puede justificar la exigencia de responsabilidad civil de los facultativos responsables del adecuado seguimiento del estado gestacional. La medicina no es una ciencia exacta y la obligación derivada de la prestación

sanitaria es una obligación de medios, tanto personales como materiales, pero no una obligación de resultado. Se deben poner al servicio de la mujer gestante, con la finalidad de propiciar un adecuado seguimiento del estado gestacional y de la situación del feto, todos los medios disponibles atendiendo el estado del conocimiento de la ciencia médica que, en este concreto ámbito del diagnóstico prenatal, ha evolucionado notablemente.

La aprobación de protocolos de actuación y guías de recomendaciones durante el estado gestacional por parte de las Administraciones sanitarias, contribuyen de modo notable a esclarecer cuales son los medios y técnicas disponibles en cada momento atendido el estado de la ciencia y de la técnica. Los citados modos de actuación pueden servir como elemento comparativo a la hora de fijar los estándares básicos y normales de funcionamiento de un servicio tan esencial como el sanitario, señalando reglas de conducta, muy útiles a la hora de analizar la atención dispensada.

Octava. Resulta preciso que, como consecuencia del error de diagnóstico debidamente acreditado, se haya privado a la madre gestante del derecho de elección entre la interrupción voluntaria del embarazo o la continuidad de la gestación, al encajar las patologías y enfermedades no diagnosticadas dentro de los supuestos de hecho contemplados en el art. 15 LO 2/2010, para poder haber procedido, dentro del plazo legalmente establecido, a la interrupción del embarazo por causas médicas de haber dispuesto de la información real, precisa y adecuada sobre el estado fetal.

Corresponde a los reclamantes acreditar que, efectivamente, concurría un supuesto de hecho habilitador de un aborto eugenésico y, a la parte demandada, que la mujer gestante, de haber dispuesto de la información precisa, hubiera decidido no interrumpir el embarazo, ya que de lo contrario será de aplicación la presunción iuris tantum favorable a la interrupción de la gestación.

Los supuestos de hecho que posibilitan la interrupción legal del embarazo por causas médicas, contemplados en el art. 15 LO 2/2010, están conformados por conceptos jurídicos indeterminados y, por esta razón, sólo admiten una solución justa en orden a contemplar si efectivamente nos encontramos o no ante la facultad de interrumpir el embarazo, cuestión ésta que actúa como presupuesto necesario para el ejercicio de la acción de responsabilidad.

Novena. Todas las cuestiones derivadas de los errores de diagnóstico prenatal y sus posibles consecuencias, en orden a la exigencia de responsabilidad, se encuentran indudablemente impregnadas de importantes condicionantes de tipo moral, ético y religioso, debiendo el

ordenamiento jurídico ofrecer una respuesta adecuada atendiendo los derechos e intereses presentes con relación a las personas afectadas. En este sentido, cobra especial importancia la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, derecho que les asiste y que debe ejercitarse en el modo y manera legalmente establecido con la finalidad de que los servicios sanitarios se puedan organizar adecuadamente con la finalidad de que se garantice la adecuada prestación de interrumpir el embarazo o poner fin a la vida de una persona en un contexto eutanásico.

Décima. La discapacidad o el grave sufrimiento que la persona padece a partir del nacimiento, debido al conjunto de patologías que la afectarán de manera constante y permanente a su vida, debe tener la consideración de daño, sobre la base de la relativización del valor vida y la reciente regulación, con plena validez constitucional, del derecho a una muerte digna en un contexto eutanásico. Salvo la privación del derecho de elección entre la continuidad de la gestación o la interrupción del embarazo y el incumplimiento de la obligación de información y correlativa privación del derecho de información, el resto de los perjuicios, tanto morales como patrimoniales, están indefectiblemente asociados al alumbramiento de la persona con discapacidad o que sufre determinadas patologías graves y severas. Por ello, resulta más adecuado aceptar las consecuencias derivadas directamente del nacimiento como daño, esencialmente la discapacidad o grave enfermedad, que aplicar la teoría de la separación junto a la aparición de los llamados daños por rebote.

Decimoprimera. El concepto de daño o perjuicio debe tener una amplia extensión, incluyendo tanto los perjuicios de carácter moral como estrictamente patrimoniales. Partiendo del tipo de acción que se ejercita, bien por vida o nacimiento injusto, o, ambas de modo paralelo, se debe determinar la naturaleza del perjuicio objeto de indemnización procediendo a su concreta valoración y cuantificación económica, rehuyendo de determinaciones de tipo genérico o globales. Lo anterior resulta sumamente importante a efectos de delimitar el ámbito material de cada acción y la legitimación para ejercitarla.

Asimismo, resulta necesaria neceria la individualización de cada uno de los perjuicios a la hora de establecer la valoración de la cuantía indemnizatoria, rehuyendo de determinaciones a tanto alzado, y teniendo en cuenta las especiales circunstancias concurrentes en cada supuesto, con relacion a la situación familiar. Con plena compatiblidad entre las indemnizaciones reconocidas a los progenitores y las contempladas a favor del hijo recién nacido, dada la diferencia entre los daños y perjuicios objeto de indemnización.

Decimosegunda. La jurisprudencia debe reconocer el ejercicio, tanto de acciones *wrongful life* por vida injusta como *wrongful birth* por nacimiento injusto. Más que su reconocimiento formal lo interesante y destacable consiste en su reconocimiento material.

Acciones *wrongful life* ejercitadas por los neonatos para ser reparados, tanto de los perjuicios morales derivados del sufrimiento que conlleva su vida como de los perjuicios materiales derivados del coste elevado que supone su existencia, con especiales necesidades de apoyo, y que se debe reflejar en la asignación de una pensión vitalicia de carácter periódico.

Acciones *wrongful birth* ejercitada por la madre para reparar el daño moral por la privación del derecho de elección entre la práctica de un aborto eugenésico o la continuidad de la gestación. Y por ambos progenitores, bien de forma conjunta o aislada, para resarcir los daños morales por la privación del derecho a ser informados convenientemente de la situación fetal y sus posibles consecuencias; por el impacto psicólogico que supone el nacimiento de un hijo con graves patologías o con discapacidad sin que previamente se haya advertido de esta situación; por los perjuicios derivados del hecho de convivir diariamente con la persona discapacitada o que sufre severas patologías observando su sufrimiento, pretensión indemnizatoria por la que también estan legitimados los familiares directos que convivan con la persona con discapacidad; y por los gastos patrimoniales que directamente deban soportar los progenitores como consecuencia de necesarias adaptaciones de sus bienes materiales que requiera la convivencia con la persona con discapacidad, aunque éstos limitados a los que deben enfrentar directamente en sus bienes patrimoniales, ya que el resto se indemnizarán directamente a la persona con discapacidad a través de la pensión vitalicia.

Decimotercera. El plazo para el ejercicio de las acciones de responsabilidad debe comenzar, con carácter general, en el momento del alumbramiento pese a que el diagnóstico de la anomalia acontezca en periodo gestacional, o, en su caso, en el momento de determinación de la enfermedad que padece la persona.

Decimocuarta. El reconocimiento del derecho a morir en un contexto eutanásico mediante la LO 3/2021, de 24 de marzo, reguladora de la eutanasia, y su plena constitucionalidad reconocida por las SSTC 9/2023, de 22 de marzo, y de 12 de septiembre de 2023, supone un argumento a favor de la prosperabilidad de las acciones por vida injusta o *wrongful life*, situando a la propia discapacidad o grave padecimiento de la persona como eje esencial justificativo del perjuicio irrogado. Sobre la base de la relativización del valor vida en determinadas situaciones de

sufrimiento debidamente acreditadas que posibilitan incluso el ejercicio del derecho a una muerte digna asistida.

Decimoquinta. La teoría de la causalidad probabilística de la pérdida de oportunidad resulta de aplicación en el ejercicio de las acciones por *wrongful life* al depender la decisión de nacer de un tercero (madre gestante) diferente de la persona que sufre directamente los perjuicios (neonato), y presunicón iuris tantum de que la madre hubiera decidido interrumpir la gestación de ser conocerdora de la situación real del feto en el ejercicio de las acciones por *wrongful birth*.

Decimosexta.. Una pensión vitalicia mensual a la persona con discapacidad o que sufre padecimientos severos debe reconocerese como modo de indemnización, sin perjuicio, de la necesidad de adoptar, en su caso, las medidas precisas de salvaguarda en orden al adecuado cumplimiento de la finalidad resarcitoria de la pensión indemnizatoria. La pensión vitalica se adapta mejor a la finalidad de reparación integral que persigue la institución de la responsabilidad evitando, de este modo, la posiblidad de enriquecimientos injustos o insuficiencia de la cuantía indemnizatoria sobre la base de la evoluión de la discapacidad o enfermedad.

BIBLIOGRAFÍA

Abogacía General del Estado, Dirección General del Servicio Jurídico: "*Manual sobre Responsabilidad Sanitaria"*, Aranzadi, 2009.

Alonso Cajigas, A.: "La doctrina constitucional sobre el derecho a la vida y la Ley Orgánica 2/2010, de 13 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Especial referencia al dictamen emitido por el Consejo de Estado", *Actualidad Administrativa,* n.º 11, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de junio, 2010.

Alonso Parreño, M.ª J.: "Demandas judiciales por nacimiento por discapacidad *(wrongful birth, wrongful life*): perspectiva jurídica", Fundación Iberoamericana Down 21, marzo, 2005.

Alegre Ávila, J.M.: "La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la jurisdicción contencioso-administrativa", *REDA*, n.º 126, 2005.

"El aseguramiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública: procedimiento y jurisdicción", Derecho y Salud vol. 13 n.º 1, enero-junio, 2005.

"¿La legislación preconstitucional, parámetro de integración de las prescripciones constitucionales?: Acerca del carácter «objetivo» de la responsabilidad patrimonial o civil extracontractual de las Administraciones Públicas en la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2018, de 17 de octubre de 2018", *Revista española de derecho administrativo*, n.º 196, 2019.

Aliste Santos, T. J.: "Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil", Atelier Libros, colección Processus Iudicii, Barcelona, 2011.

Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M.: ¿Existe un derecho a no nacer con limitaciones? Comentario el informe del Comité Consultivo Nacional de Ética de Francia, con motivo del caso ¨Perruche", *Actualidad Administrativa* n.º 1, Sección Doctrina, Semana del 31 dic. 2001 al 6 ene. 2002, La Ley.

Aramburu Royo, M.: "La objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo". Universidad Pública del País Vasco, 2021-2022.

Arranz Andrés, J. M.ª: "La calidad en los servicios sanitarios. Una propuesta general para los servicios clínicos", en línea http://www.united.edu/neurocon/congreso-1/conferencia.

Asensi Pallarés, E.: "La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica". *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 8, 2013.

Asúa González, C.I.: *"Responsabilidad Civil médica. Tratado Responsabilidad Civil*", coordinado por Reglero Campos LF, Aranzadi, 2002.

Ahumada Ramos, Francisco Javier*: "La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas"*, Aranzadi, 2004.

Barcelona Llop, J: "La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", *REDA*, n.º 105, 2000.

Bassols Muntada, N.: "Estudio del criterio culpabilístico en la responsabilidad civil médica y hospitalaria. Examen de la doctrina actual del TS español en la Jurisprudencia Civil (2005-2007) análisis crítico", *Estudios de Derecho Judicial* 133, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

Bello Janeiro, D.: *"Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria",* Reus, Madrid, 2009.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002", *en Cuadernos de Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 59,2002.

Berrocal Lanzarot, A. I.: "La responsabilidad por daños relacionados con la procreación", *Revista La Ley Derecho de Familia*, n.º 8, cuarto trimestre, 2015.

Calancha Marzana, F.: "La asistencia sanitaria pública: supuestos de responsabilidad de la Administración. Jornadas sobre la responsabilidad jurídica del profesional sanitario", *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2002.

Calvo Mejide, A.: "El nasciturus y su protección jurídica, parte II.". *Actualidad civil*, número 2, dialnet.unirioja.es, 1992.

Calvo Sánchez, M.D.: "Responsabilidad de la Administración sanitaria por la actuación de los profesionales de la medicina", en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, La Ley Temas, 2014.

Capodiferro Cubero, D.: "La evolución de la regulación del aborto en España: Perspectivas teóricas y proyección normativa", Anuario da Facultade de Dereito da Universidad de da Coruña, vol. 20, p. 87, 2016.

Caraza Cristina, M.: *"La responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos",* colección monografías INAP, 2016.

Casas Planes, M. D.: "Daños médicos causados por error de diagnóstico*", Práctica de Derecho de Daños*, núm. 21, Sección informe de Jurisprudencia, noviembre, http://www.revistas.laley.es, 2004.

Castells Arteche, J.M.: "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración en materia hospitalaria", *RAP*, núm. 79, enero-abril, 1976.

Cayón de las Cuevas, J: *"La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo"*, Civitas, 2017.

Conde, J.: "La responsabilidad de la Administración y de los profesionales en la práctica médica", en *La Responsabilidad de los Médicos y Centros Hospitalarios frente a los Usuarios de la Sanidad Pública y Privada*. Madrid, 1994.

Corchete Martín, M.ª.: "El consentimiento informado. Algunas apreciaciones conceptuales desde una perspectiva constitucional", en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar,* La Ley Temas, 2014.

Corral Talciani, H.: *"Lecciones de responsabilidad extracontractual*", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Cueto Pérez, M.: *"Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

"Notas sobre la responsabilidad de la Administración sanitaria en el Derecho comparado", *RAP*, núm. 146, mayo-agosto, 1998.

"Responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario", en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública: estudio general y ámbitos sectoriales* / coord. por Ana Belén Casares Marcos; Tomás Quintana López (Dir.), Vol. 2, 2009.

De Ángel Yágüez, R..: "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)", *Revista de derecho y genoma humano*, núm. 4, http://www.catedradederechoygenomahumano.es, 1996.

"La quinta sentencia del Tribunal Supremo español en un caso de *wrongful birth*: se puede decir ya que existe una jurisprudencia en la materia". La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI", *en Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego*. Tomo II, Idemsa, Lima, 2010.

De Ahumada Ramos, F.J.: *"La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos Estructurales: Lesión de Derechos y Nexo Causal entre la Lesión y el Funcionamiento de los Servicios Públicos*", Thomson-Aranzadi, 2004.

De Miguel Sesmero, J.R.: *"Principios de medicina materno filial",* Universidad de Cantabria, Santander, 2018.

Díaz Regañón García-Alcalá, C.*: "Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario",* Comares, Granada, 2006.

Díez-Picazo Giménez, G.: «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», *La Ley*, 3, D-168, 1998.

Diez Picazo, L.: "La culpa en la responsabilidad civil extracontractual", en *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al profesor Roberto López Cabana,* Dykinson, 2001.

Domínguez Luelmo, A.: *"Derecho sanitario y responsabilidad médica*", Lex Nova, Valladolid, 2007.

Emaldi-Cirión, A. "La responsabilidad de los profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento genético", *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2ª, Época n.º 11 ,2003.

Elizari Urtasun, L.: "El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life", DS: Derecho y salud*, ISSN 1133-7400 (Ejemplar dedicado a: XVIII Congreso "Derecho y Salud"), 2010.

Esteve Pardo, J, *"El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*", Marcial Pons, Madrid, 2009.

"La Administración garante. Una aproximación", *RAP*, n.º 197, Madrid, mayo-agosto 2015.

Fariña Guerrero, P. y otros: "Síndrome de Morris", anales de pediatría, vol. 59, n.º 4, octubre, 2003.

Fernández Costales, J.: *"La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)"*, Madrid, 1995.

Fernández Fernández, D, *"El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión práctica para la abogacía"*. Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

Fernández Pastrana, M.ª: *"El servicio público de la sanidad: el marco constitucional"*, Civitas, Madrid, 1984.

Fernández Rodríguez, T.R.: "El problema del nexo causal y la responsabilidad patrimonial de la Administración", *en Homenaje a Segismundo Royo-Villanova, Madrid, 1977*.

Galán Cortés, J.C.: "Responsabilidad civil médica. La responsabilidad civil profesional", *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII-2003, Consejo General del Poder Judicial.

Gallardo Castillo, Mª. J.: *"La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria"*, Bosch, 2009.

Gamero Casado, E.: "Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas", *REDA*, núm. 103, julio-septiembre, 1999.

García Álvarez, G.: "Crónica de las jornadas sobre responsabilidad patrimonial de la Administración y los seguros celebradas en Zaragoza entre los días 30 de septiembre y 2 de octubre de 1992", *RArAP*, n.º 1, diciembre,1992.

García de Enterría, E., Ramón Fernández, T.: *"Curso de Derecho Administrativo II"*, Aranzadi, 17ª ed., 2022.

Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, Civitas, Madrid, 2ª reimp. 2006.

García Huayama, J.C.: "Responsabilidad civil por nacimiento con discapacidad: las acciones por *wrongful birth* (nacimiento injusto) y *wrongful life* (vida injusta)", *Revista de Derecho y Cambio Social*, número 29, 2012.

Garrido Falla, F: "La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado", *RAP*, n. º119, 1989.

Gascón Abellán, M.: *"Objeción de conciencia sanitaria. Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas",* Madrid, Aranzadi, 1997.

Gómez Puente, M.: "Responsabilidad por inactividad de la Administración", *DA* n.º 237-238, enero-junio 1994, pp. 139-204.

González Morán, L.: *"La responsabilidad civil del médico",* J.M.Bosch, Barcelona, 1990.

Guerrero Zaplana, J.: "Las peculiaridades de la responsabilidad de la administración sanitaria: el criterio de la *lex artis*", *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 1, 2002.

"Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios", Lex Nova, 2006.

Hernández Herrero, M.: *"Medicina defensiva y judicialización. Radiografía del litigio en la sanidad pública",* Dykinson, 2023.

Hernández Villalón, Y.: *"Recurso ante el TEDH. Requisitos de admisibilidad y prosperabilidad. Grado de vinculación de sus sentencias en el ámbito nacional*", monografía administrativa, SEPIN, 2023.

Higuera Guimera, J.F.: "Una nueva regulación restrictiva de la despenalización del aborto en el Código penal español", *Revista General de Derecho Penal*, n.º 21, 2014.

Irurzun Montoro, F.: "La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En especial, el caso de los servicios públicos sanitarios", *REDA* n.º 87, 1995.

Jiménez López, M. N.: *"Los procesos por responsabilidad civil médico sanitaria".* Tecnos-práctica jurídica, Madrid, 2011.

Jorge Barreiro, A.: "El aborto en la reforma penal española (1980-1992)". Estudios penales y criminológicos, n.º 17.

Jordano Fraga, F.: "Obligaciones de medio y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *ADC*, 1991-I.

Lucas Murillo de la Cueva, P.: "La protección de la información genética", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º extraordinario, 2014.

Linde Paniagua, E: "La responsabilidad de la Administración sanitaria", en *La responsabilidad de los Médicos y Centros Hospitalarios frente a los Usuarios de la Sanidad Pública y Privada*, Madrid, 1994.

Lobato Gómez, J.M.: "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado", *ADC,* 1992-1.

López Menudo, R.: "Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema", *Rev. DS: Derecho y Salud*, Vol.8, 2000.

Lora-Tamayo Rodríguez, I.: "Concebidos con discapacidad en la Ley reguladora del aborto", *Revista Notario del Siglo XXI* n.º 110, julio-agosto, 2023.

Llamas Pombo, E.: "Doctrina general de la culpa médica", en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria.* Un análisis interdisciplinar, La Ley Temas, 2014.

Maciá Gómez R.: "Historia legislativa del aborto en España", *Revista de Derecho Vlex,* núm. 138, noviembre, 2015.

Macía Morillo, A.: *"La responsabilidad civil médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)",* Tirant Lo Blanch, Valencia 2005.

"Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongul birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico", en *AFDUAM* 10,2006.

"Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life", Revista chilena de Derecho Privado*, n.° 12, pp. 167-206, julio de 2009.

"El tratamiento de las acciones por *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,* n.º 23, 2011.

Martín Casals, y M. y Solé Feliú, J.: "Responsabilidad Civil por anticoncepción fallida (*wrongful conception*)", *La Ley*, n.º 2, 2001.

"Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2006", *In Dret: Revista para el Análisis del Derecho* 2/2004.

Martín Rebollo, L: "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones", *RAP*, núm. 150, septiembre-diciembre, 1999.

"Fundamento y función de la responsabilidad patrimonial del Estado: situación actual y perspectivas en el derecho español", en *Estudios de derecho administrativo*, n.º 4, 2011.

"La acción de regreso contra los profesionales sanitarios: (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad pública y la responsabilidad personal de los empleados públicos)", *DS: Derecho y salud,* Vol. 9, n.º 1, 2001.

"Nuevas perspectivas de la Responsabilidad Patrimonial de la administración en el ámbito sanitario", *La Revista de Responsabilidad Médica*, enero 2015.

"Manual de Derecho Administrativo. Y guía para el estudio de las leyes administrativas", 7ª edición, Aranzadi, 2023.

"Leyes administrativas (anotadas, concordadas y comentadas)", 29ª edición, Aranzadi, 2023.

Martínez Gallego, E.M.: "Análisis jurídico del consentimiento informado", en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, La Ley Temas, 2014.

Martínez Rodríguez, N.: "La dotrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria", en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar,* La Ley Temas, 2014.

Mazzilli Elisabetta: "La acción de *wrongful life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas", *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 10/2012.

Medina Alcoz, L.: *"La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado"*. Editorial Thomson Civitas 2007.

Memento práctico Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública 2014-2015, Editorial Francis Lefebvre.

Milione Fugali, C.: "Algunas reflexiones en torno a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo", Fundación Centro de Estudios Andaluces, Consejería de la Presidencia, 2011.

Mir Puigpelat, O.*: "La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad"*, Civitas, Madrid, 2000.

"La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración", *RAP*, n.º 213, 2020.

Mondaca Miranda, Alexis, "Panorama comparado del *wrongful life, wrongful birth wrongful conception*. Su posible aplicación en el Derecho chileno", *Revista Ius et Praxis*, n.º 1, 2021.

Montañés Castillo, L.: "Requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria", en *La responsabilidad jurídico sanitaria*, La Ley, 2011.

Muga Muñoz, J.L.: "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por el contagio del SIDA", *RAP*, núm. 136, enero-abril 1995.

Muñoz Machado, S.: "Responsabilidad de los Médicos y Responsabilidad de la Administración Sanitaria (Con algunas reflexiones sobre las funciones actuales de la responsabilidad civil)", *DA*, N.º 237 y 238, 1994.

Namén Baquero, J. P.: "La obligación de información del médico en el derecho francés*", Revista de Derecho Privado*, n.º 15, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Navarro Casado, S.: *"La objeción de conciencia en sanidad: contraprestación y registro de objetores",* Barcelona, Universitat de Barcelona, 2021.

Navarro-Valls, R.: "La mala conciencia del poder*". En La eutanasia en España: Perspectivas desde la vulnerabilidad,* Madrid, RIALP,2021.

Nogueira Alcalá, H.: *"La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno*", Ius et Praxis, 2006.

Núñez Lozano, Mª.C.: "*Las aseguradoras de asistencia sanitaria. Intervención y liberalización"*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999.

Ocantos, J.: "¿Responsabilidad civil por existir?", Periódico La Ley, Argentina 21-02-2017.

Ortega Benito, Victoria: "Ciencia y Derecho, igualdad y democracia", Encuentros multidisciplinares, vol. 22, n.º 64 (enero-abril), 2020, *en* Ejemplar dedicado a*: Homenaje a Margarita Salas*.

Pacheco Jiménez, M.N." Responsabilidad médica derivada de negligencia en el diagnóstico prenatal: acciones *wrongful birth* y w*rongful life*. Repercusión de la proyectada Ley de protección de la vida del concebido", *Anuario Parlamento y Constitución*, n.º 15, 2012-2013.

Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez J. directores: *"Tratado de Derecho Sanitario"*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

Pantaleón Prieto, F: "Procreación artificial y responsabilidad civil" en La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987.

*"*Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación" en *Centenario del Código* Civil, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990

"Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración (Hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)", Civitas, Madrid, 1995.

"Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas*)", en Estudios de Responsabilidad Civil*, Dykinson, 2001.

Peces-Barba Martínez, G.: "Desobediencia civil y objeción de conciencia", *Anuario de Derechos Humanos*, 5, 1988-1989.

Peces Morate, J.E: "La responsabilidad patrimonial del a Administración sanitaria", en Nuevas líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad patrimonial de la

Administración", *Cuadernos de Derecho Judicial,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

"Criterios jurisprudenciales actuales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

Pelayo Pardos, S.: "El procedimiento administrativo de reclamación. La intervención de la inspección médica", en *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, *Cuadernos de Derecho Judicial, I-2002,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2022.

Pemán Gavín, J.: "La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público", *DA* n.º 237 y 238, 1994.

Pérez Gálvez, J.F.: "Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la ciencia o de la técnica (Comentario a las STS de 31 de mayo de 1999, Sala 3ª, Sección Sexta)", *REDA*, núm. 104, octubre-diciembre, 1999.

Pérez Piñas, M.: "El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. La acción directa", en *Derecho y Salud*, vol. 13, n.º 1 enero-junio 2005.

Pérez-Tenessa, A.: "Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad", *RAP* n.º 154, enero-abril, 2001.

Pueyo Calleja, F.J.: "Criterios jurisprudenciales actuales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria", XVII Congreso Derecho y Salud. Pamplona, 2008.

Plaza Penadés, J.: "El Nuevo Marco de la Responsabilidad Médica y Hospitalaria", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* n.º 7, Aranzadi, Pamplona, 2002.

Quintana López, T. (director): *"La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública estudio general y ámbitos sectoriales*", Editorial Tirant Lo Blanch, 2013.

Ramírez Izaguirre, L. C.: "Entre el Derecho a la vida y las acciones por *wrongful birth y wrongful life", Gaceta Civil & Procesal Civil* n.º 61, Perú, julio 2018.

Ramos González, S.: "30 casos de Derecho de daños (2004-2006)". *In Dret Revista para el análisis del Derecho* n.º 3, 2007.

Requero Ibáñez, J.L.: "El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones", en La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria", Cuadernos de Derecho Judicial I-2002, Consejo General del Poder Judicial I-2002, Madrid, 2002.

Rey Martínez, F.: "*Eutanasia y derechos fundamentales*", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Rodríguez López, P.: *"Responsabilidad médica y hospitalaria"*. Bosch, Barcelona, 2004.

Rivera Fernández, M.: *"La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública"*. Valencia, 1997.

"El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Un debate doctrinal no del todo solucionado en la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria", *Revista del Poder Judicial*, n.º 63, 2001.

Rivero Ysern, J.L.:" La responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria", *RAP*, núm. 8, octubre-diciembre, 1991.

Rodríguez Díaz, R.N,: "Aborto eugenésico: actitud ante el diagnóstico de un feto malformado", *Revista Internacional de Éticas Aplicadas* n.º 17, 2015.

Romero Coloma, A. Mª.: "En torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000)", *REDA*, núm. 112, octubre-diciembre 2001.

"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*, n.º 722, noviembre-diciembre, 2010.

Salas i Darrocha, J. T.: "Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", *Actualidad Administrativa*, n.º. 22, http://www.revistas.laley.es, 2005.

Sánchez González, M.: "El tratamiento jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por *wrongful birth*", *RJUAM*, n.º 37, 2018-I, pp. 465-486.

Sánchez Lamelas, A.: "El daño moral en la responsabilidad derivada de actuaciones sanitarias: unas reflexiones a propósito de la jurisprudencia reciente", en "*La protección jurídica*

del paciente como consumidor: selección de intervenciones en el I y II Encuentro Interautonómico sobre protección jurídica del paciente como consumidor", coord. Jorge Luis Tomillo Ubierna, Joaquín Cayón de las Cuevas, 2010.

Santamaría Dacal, A.I.: "La indemnización. El principio de indemnidad, en la responsabilidad patrimonial del Estado", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 23, 3ª época, noviembre, 2002.

Sarrato Martínez, L.: "La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria". *Diario La Ley*, núm. 6968, Sección Tribuna, 16 de junio, Ref. D-189, http://www.diariolaley.com, 2008.

Seijas Quintana, J. A.; "Responsabilidad sanitaria: identificación y cuantificación del daño, con especial referencia a la pérdida de oportunidad", en "Ponencias del XIII Congreso Nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro", (Dir) López y García de la Serrana, J., Elum Macías, D., Editorial Sepin, Madrid, 2013.

Serra Domínguez, M.: "Jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones frente a la administración sanitaria por las lesiones producidas en el transcurso de una asistencia hospitalaria", *Derecho y Salud*, enero-junio 1994.

Siso Martín, J.: "El enjuiciamiento de la responsabilidad patrimonial. Nueva regulación. Especial mención de la responsabilidad sanitaria", *Revista del Poder Judicial*, n.º 54, 1999.

Souvirón Morenilla, J.M.ª: "Reformas en la asistencia sanitaria pública: ¿racionalización del servicio o cambio de modelo?", *RAP* n.º 83, 2013.

Tapia Rodríguez, Mauricio: "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", *Revista de Derecho* (Valdivia), Volumen XV, n.º 2, 2003.

Tocornal Cooper, M. J.: *"La responsabilidad sanitaria institucional: una propuesta de armonización entre los establecimientos de salud públicos y privados"*, Repositorio de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013.

Tomillo Ubierna, Jorge, "Veinte años de *wrongful birth* en España (1997-2017): inicio, desarrollo y consolidación jurisprudencial", en *Culpa y responsabilidad*, Aranzadi, 2017.

Tolosa Tribiño, C.: "La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria tras la reforma de la Ley 4/1999", *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, n.º 10, 2001.

Toral Lara, E. "Las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento español", en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, La Ley Temas, 2014.

Torre de Silva, V.: "Responsabilidad por *wrongful birth* y discapacidad", *RAP*, n.º 203, mayo-agosto, 2017.

Trayter Jiménez, Juan Manuel: "La responsabilidad administrativa y penal de los empleados públicos: una visión actual", *RAP*, n.º 213, 2020.

Vaquer Caballería, M.: *"Fundaciones Públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios",* Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999.

Vara González, J. M.: "Roe v. Wade y la jurisprudencia de arte menor", *Revista Notario del Siglo XXI* n.º 53, enero-febrero, 2014.

Verspieren, P: "Diagnóstico prenatal y aborto selectivo. Reflexión ética", en *AAVV: La vida humana: origen y desarrollo. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontifica de Comillas, Instituto de Bioética de Barcelona,1989.

Vicandi Martínez, Arantzazu: "El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente", *REDS*, n.º 3, septiembre-diciembre, 2013.

Villar Rojas, F. J.: *"La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: Fundamento y límites",* Praxis, Barcelona, 1996.

Vivas Tesón, I.: "La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 11, http://www.aranzadi.es, 2003.

La presente memoria de tesis doctoral tiene como objetivo principal exponer y analizar los argumentos que respaldan la viabilidad de la acción de responsabilidad civil ejercida por personas que nacen con graves patologías no identificadas durante el período gestacional. Esta perspectiva plantea la posibilidad de que dichas personas puedan emprender una reclamación por errores en el diagnóstico prenatal. En esencia, se trata de establecer una forma de "responsabilidad por vida injusta", un concepto que actualmente no está formalmente reconocido en nuestro sistema jurídico. Este enfoque innovador busca complementar la ya existente "responsabilidad por nacimiento injusto", la cual, permite a los progenitores, demandar por los perjuicios sufridos debido a la negligencia médica durante el estado de gestación.

The main objective of this doctoral thesis is to expose and analyze the arguments that support the feasibility of civil liability action brought by people born with serious unidentified pathologies during the gestational period. This perspective raises the possibility that these people may file a claim for errors in prenatal diagnosis. In essence, it is about establishing a form of "wrongful life liability," a concept that is currently not formally recognized in our legal system. This innovative approach seeks to complement the already existing "wrongful birth liability", which allows parents

UC UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
Escuela de Doctorado