

RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA POR DAÑOS  
VINCULADOS A LA CONCEPCIÓN, GESTACIÓN Y NACIMIENTO DE  
LA PERSONA

*MEDICAL-SANITARY RESPONSIBILITY FOR DAMAGES RELATED TO  
CONCEPTION, GESTATION AND BIRTH OF THE PERSON*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 18-57*

Pilar  
GUTIÉRREZ  
SANTIAGO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 30 de abril de 2018

**ARTÍCULO APROBADO:** 20 de mayo de 2018

**RESUMEN:** Este trabajo aborda, desde un prisma teórico-práctico, la heterogénea problemática jurídica de los daños prenatales en el marco de la responsabilidad médica (ya en la sanidad privada, ya en la pública). Además de la causación de lesiones por una mala praxis médica en el momento del parto o en el curso del embarazo, y sin obviar las acciones «*wrongful death*» (por fallecimiento prenatal) y «*wrongful conception*» (por nacimiento indeseado de un hijo sano), una atención particular merecen las dos principales categorías de reclamaciones por diagnósticos prenatales erróneos o inexistentes: las acciones «*wrongful birth*», donde la indemnizabilidad del daño moral de los progenitores por la pérdida de oportunidad de optar por el aborto cuenta con un notable respaldo doctrinal y jurisprudencial; y las acciones «*wrongful life*» que, formuladas en nombre del propio hijo nacido con graves anomalías no detectadas, son denostadas desde el plano dogmático y habitualmente desestimadas en el foro judicial.

**PALABRAS CLAVE:** *Nasciturus*; daños prenatales; responsabilidad médico-sanitaria; lesiones o taras causadas por la atención médico-sanitaria previa al nacimiento; procreación irresponsable; acciones «*wrongful birth*» y daño moral de los padres por pérdida de oportunidad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo; acciones «*wrongful life*»; acciones «*wrongful death*» o por muerte prenatal; acciones «*wrongful conception*» o por indeseada concepción y nacimiento de un hijo sano.

**ABSTRACT:** This paper addresses, from a theoretical-practical perspective, the heterogeneous legal problems of prenatal damage in the context of medical responsibility (private or public). In addition to the cause of injuries by medical malpractice at the time of childbirth or in the course of pregnancy, and without obviating the actions “*wrongful death*” (by prenatal death) and “*wrongful conception*” (by unwanted birth of a healthy son), a particular attention deserves the two main categories of claims by erroneous or non-existent prenatal diagnoses: the “*wrongful birth*” actions, where the compensation of the moral damage of the parents for the loss of opportunity to opt for the voluntary interruption of pregnancy has a notable support of the doctrine and the jurisprudence; and the “*wrongful life*” actions that, formulated in the name of the son born with the serious anomalies not detected, are generally rejected from the dogmatic level and usually dismissed by the judges.

**KEY WORDS:** *Nasciturus*; prenatal damage; medical-sanitary responsibility; injuries or defects caused by medical-health care prior to birth; irresponsible procreation; “*wrongful birth*” actions and moral damage to parents for loss of opportunity to opt for voluntary termination of pregnancy; actions “*wrongful life*”; actions “*wronged death*” or by prenatal death; actions “*wrong conception*” or by unwanted conception and birth of a healthy son.

**SUMARIO.-** PLANTEAMIENTO DEL TEMA: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL *NASCITURUS* COMO BENEFICIARIO DE INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.- II. *EXCURSUS* PREVIO SOBRE LA LLAMADA «PROCREACIÓN IRRESPONSABLE» E HIPÓTESIS AFINES.- III. LOS DAÑOS PRENATALES EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: PRETENSIONES RESARCITORIAS DE PADRES E HIJOS.- 1. Causación de lesiones o taras en el nacido por la atención médico-sanitaria previa a su nacimiento.- 2. Daños personales asociados a diagnósticos prenatales y demandas indemnizatorias de los progenitores, en su propio nombre o en el de su hijo.- A) Acciones «*wrongful birth*»: referencia particular al daño moral de los padres por pérdida de oportunidad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo.- B) Acciones «*wrongful life*»: reticencias doctrinales y desestimación generalizada de dichas acciones en la praxis judicial.- 3. Breve alusión a las acciones «*wrongful death*» y a las acciones «*wrongful conception*» (o por indeseada concepción y nacimiento de un hijo sano).

## I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL *NASCITURUS* COMO BENEFICIARIO DE INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Ya en 1952 afirmaba DE CASTRO que “el nacido tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos durante el periodo de gestación, en los bienes que le correspondan, en su situación familiar (muerte del padre, o de la madre al dar a luz) y respecto a su misma persona (defectos físicos o lesiones orgánicas que le fueran ocasionadas)”<sup>1</sup>. Y es que, ciertamente, *prima facie* no parece plantear mayores dificultades la posibilidad de incluir, dentro de los efectos favorables para el concebido no nacido a que irradia su retroacción el art. 29.2 del Código Civil<sup>2</sup>,

1 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, II, Civitas, Madrid, 1984 (repr. facs. 1952, Instituto de Estudios Jurídicos), p. 131.

2 Tras afirmar que “*El nacimiento determina la personalidad*”, dispone el art. 29 CC en su segundo inciso que “*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*”; esto es, siempre que nazca con vida, pues el vigente art. 30 -tras su reforma por la Ley 20/2011, de 21 julio, del Registro Civil (Disp. Finales 3ª y 10ª)- establece que “*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”.

### • Pilar Gutiérrez Santiago

Catedrática de Derecho Civil. Secretaria General de la Universidad de León. Autora de 7 monografías, 6 libros en coautoría y numerosos artículos y capítulos de libro. Galardonada con 11 Premios de investigación jurídica (Premio La Ley, Premio de Derecho Privado “Castán Tobeñas”, 2º Premio Consejo General del Notariado, dos Premios del Consejo Andaluz de la Abogacía, 1º Accésit del Premio “García Goyena” y del Premio CEF, etc.). Participación en 12 Proyectos de investigación I+D y en una Red europea de Excelencia (“Responsabilidad jurídica”). Diversas estancias becadas de investigación en centros extranjeros (Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato de Florencia, Istituto di Diritto Privato de Roma, etc.). Más de una centena de ponencias y conferencias en Congresos, tanto en universidades españolas como extranjeras (Universidad de Trento, Externado de Colombia, UNAM, Buenos Aires, Río de Janeiro, Santiago de Chile, etc.). [mpguts@unileon.es](mailto:mpguts@unileon.es).

las indemnizaciones<sup>3</sup> por la responsabilidad derivada de los perjuicios (materiales, familiares o personales) sufridos por aquel desde el momento de su concepción<sup>4</sup>.

Ni que decir tiene que, a esos efectos, en principio es irrelevante que tal responsabilidad por daños se haya dirimido y determinado en el orden jurisdiccional civil, contencioso-administrativo, penal o laboral; y correlativamente, cuál haya sido el concreto hecho dañoso del que aquella traiga causa (por ejemplo, desde los daños causados al *nasciturus* por una deficiente asistencia médica, ya en la sanidad privada ya en la pública, hasta los derivados del asesinato de su padre<sup>5</sup> o de la muerte de este en un siniestro laboral<sup>6</sup> o en un accidente de tráfico<sup>7</sup>). Es obvio, pues, que pretender, no ya abordar con el mínimo rigor, sino dar cuenta siquiera de la infinidad de hipótesis posibles obligaría a embarcarnos no solo en el campo de la responsabilidad civil *stricto sensu* (eminentemente extracontractual conforme

- 3 Si bien estas indemnizaciones se encuadran dentro de la proyección *patrimonial* del art. 29.2 CC -como igualmente, por ejemplo, la pensión alimenticia fijada en favor del hijo en procesos de separación y divorcio donde la esposa está aún embarazada, o los clásicos derechos sucesorios del *nasciturus* (arts. 959 a 967 CC) y las donaciones a su favor (art. 627 CC)-, ello no obsta a que, conforme a la propia dicción de dicho art. 29 -que habla de «*todos los efectos que le sean favorables*» [al concebido]-, quepa entender que esta formulación legal, de carácter omnicompreensivo, no se limita a la vertiente exclusivamente patrimonial sino que abarca también los efectos favorables de índole *extrapatrimonial* (RR. DGRN 31 marzo 1992 [RJ 1992/3474], 12 julio 1993 [RJ 1993/6357], 7 septiembre 2001 [JUR 2001/8437], 26 diciembre 2002 [JUR 2003/57531] y 23 mayo 2007 [JUR 2008/256348]). Sobre el tema me permito remitir a lo que he escrito al respecto en GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *La protección jurídico-civil del nasciturus y del recién nacido*, Aranzadi-Lex Nova, Valladolid, 2015, pp. 48 y ss.
- 4 Vid. expresamente en este sentido, p.ej. GONZÁLEZ GOZALO, A.: «Com. art. 29 CC», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 161; ALISTE SANTOS, T. J.: *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 168-170; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Com. arts. 29-30 CC», en *Código Civil Comentado*, I (dir. por CAÑIZARES LASO, A./DE PABLO CONTRERAS, P./ORDUÑA MORENO, J./VALPUESTA, R.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 276-277.
- 5 Vid. el rocambolesco asunto resuelto por la SAP Burgos 30 septiembre 2002 (JUR 2002/256200) que, en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, concedió «en favor de la hija del fallecido, nacida siete meses después del asesinato de su padre», una indemnización de 120.202,42 euros, comprensiva de daños morales y materiales. Al hilo de este asunto en el que se indemniza al *nasciturus* por *daño moral* como consecuencia del fallecimiento de su padre -como igualmente hacen, p.ej., la SAP Castellón 3 septiembre 2002 (ARP 2002/642) o la STSJ Castilla-La Mancha 11 febrero 2015 (JUR 2015/58919)-, interesa destacar la opinión discrepante que al respecto mantiene en nuestra doctrina ALISTE, T. J.: *Tutela judicial efectiva del nasciturus...*, cit., 2011, pp. 168-169. En contra de dicho criterio jurisprudencial, señala el autor que en estos casos «el resarcimiento del daño sufrido por el concebido se ciñe exclusivamente a reparar la disminución de expectativas patrimoniales por pérdida del padre. La posibilidad de *daño moral* difícilmente puede entenderse comprendida en este supuesto porque no se puede argumentar que el concebido haya experimentado aflicción alguna por la muerte de su progenitor».
- 6 Además de las clásicas SSTs 5 junio 1926 (*Jurisprudencia Civil*, T.171, 1928, pp. 362 y ss.) y 15 marzo 1927 (*Jurisprudencia Civil*, T.174, 1929, pp. 234 y ss.) -comentadas, al hilo del art. 29.2 CC, por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Com. arts. 29-30 CC», en *Código Civil...*, I, cit., 2011, p. 275-, ya en fechas más próximas a nuestros días cabe recordar la SAP Castellón 3 septiembre 2002 (ARP 2002/642) -que en relación al accidente laboral sufrido por un albañil encofrador que falleció al caer al vacío desde la décima planta del edificio en construcción, acordó indemnizar al hijo que esperaba, nacido después de la muerte del trabajador-, o la SAP A Coruña 31 julio 2009 (JUR 2009/399606) que, en un pleito de responsabilidad civil extracontractual por la muerte de una funcionaria de Correos durante el reparto de correspondencia en la cantera de una explotación minera, estimó que debía también indemnizarse a la nieta, nacida un mes después del fallecimiento de su abuela.
- 7 Pese a que el concebido no aparece contemplado, *expressis verbis*, en la lista de «perjudicados» por muerte de la víctima que recoge el sistema legal de valoración de daños causados a las personas en la circulación de vehículos a motor (Ley 35/2015, de 22 septiembre), son no pocas las sentencias que le reconocen el derecho a ser indemnizado por la muerte de su padre en un accidente de tráfico acaecido antes de que aquel hubiera nacido (SS.AAPP Córdoba 25 septiembre 1997 [AC 1997/1793] y Burgos 17 octubre 2013 [ARP 2013/1160]) o por el fallecimiento de un hermano del entonces *nasciturus* (SS.AAPP Barcelona 20 septiembre 2000 [ARP 2000/3289] y Badajoz 11 noviembre 2002 [JUR 2003/13358]).

a los arts. 1902 y ss. CC<sup>8</sup>), sino también en el respectivo régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas<sup>9</sup>, la responsabilidad civil derivada del delito (arts. 109 a 122 CP) o la responsabilidad por accidentes de trabajo (arts. 156, 164.3 y concordantes del TR de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

Ante lo absolutamente inabarcable de tal enfoque, más propio de un auténtico tratado de responsabilidad civil, dejaremos aquí fuera de nuestro estudio el derecho del concebido a ser indemnizado por los daños sufridos en su esfera *familiar* antes de haber nacido (y, por ende, la responsabilidad por muerte de familiares del *nasciturus*, fundamentalmente en accidentes de circulación y accidentes laborales)<sup>10</sup> y nos limitaremos a esbozar una tipología de los principales daños asociados a la procreación<sup>11</sup>, la gestación y el nacimiento del ser humano en el campo de la

8 Sin perjuicio del palpable predominio de los supuestos de responsabilidad extracontractual, A. MACÍ MORILLO (*La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales: Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005), en su estudio de las acciones *wrongful life* -de las que más adelante aquí trataremos- analiza también la posible virtualidad que, sin dejar de ser muy excepcional (pp. 183 y 580), podrían tener en ciertas hipótesis las reglas generales de la *responsabilidad contractual* de los arts. 1101 y ss. CC (pp. 184-207); y asimismo se ocupa de examinar (pp. 149 y 309-315) la eventual incardinación de dichas acciones en el campo de aplicación de la normativa sobre responsabilidad por servicios defectuosos conforme a la *legislación de defensa de los consumidores y usuarios* en su proyección al ámbito sanitario (hoy, arts. 128 a 134 y 147-148 del TR 1/2007 de la LGDCU y otras leyes complementarias).

9 Los artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común quedaron sin vigencia tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que tuvo lugar, conforme a su Disp. Final 7ª, al año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE 2.10.2015). Así, pues, desde el 2 de octubre de 2016 la responsabilidad patrimonial de la Administración ha pasado a regirse por lo dispuesto, a efectos procedimentales, en la citada Ley 39/2015 (arts. 61.4, 65, 67, 81, 86.5, 91, 92 y 96.4); y muy en especial, por la regulación sustantiva contenida en la Ley 40/2015, de 1 octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -que entró en vigor en esa misma fecha-, concretamente en los arts. 32 a 37, constitutivos del Capítulo IV («De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas») de su Título Preliminar.

10 De ello me he ocupado en otros lugares (vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: "Derechos, expectativas e intereses en la situación jurídico-civil del *nasciturus*", en *Razonar sobre derechos*, coord. por J.A. GARCÍA AMADO, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 530-535; y *La protección...*, cit., 2015, pp. 85-94), donde he examinado las posiciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de la aplicabilidad del art. 29.2 CC a efectos de otorgar indemnizaciones a favor del concebido por la pérdida de familiares en *accidentes de trabajo y de tráfico* y en sede de *responsabilidad civil ex delicto*. Vid. igualmente GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: "Daños por procreación y durante la gestación: responsabilidad civil y pretensiones resarcitorias de padres e hijos", en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, dir. por J.A. GARCÍA AMADO, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 205-213.

11 Conviene advertir que nos referiremos exclusivamente a los daños producidos en el ámbito de lo que cabría denominar la procreación "natural", ya que en el campo de las técnicas de reproducción asistida humana (reguladas por la Ley 14/2006, de 26 mayo) se abre todo un mundo de complejos interrogantes en materia de responsabilidad civil, que serían merecedores de un estudio autónomo. En ese ámbito es de cita inexcusable el agudo y ya clásico trabajo de 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*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 245-317.

También resultan de interés sobre el tema las reflexiones de DE LA MAZA GAZMURI, I.: "Plegarias atendidas: procreación asistida y *wrongful life actions*", en *Daños en el Derecho de Familia* (coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE), Cizur Menor/Aranzadi, 2006, pp. 76-78, quien da cuenta de la vastísima y complicada problemática de responsabilidad civil relacionada con las técnicas de reproducción asistida (entre otras hipótesis, las de responsabilidad por manipulación de embriones, por mala praxis médica, por alteraciones del genotipo, por utilización de gametos de un tercero donante y un largo etcétera). Concretamente, el autor (pp. 76-77) ilustra el panorama con dos casos, uno de ellos acontecido en Estados Unidos y el otro en Inglaterra: "En el caso estadounidense dos parejas infértiles acudieron el mismo día al *In Vitro Fertility Center of New York* para seguir su tratamiento. Ambas parejas estaban involucradas en procedimientos de fertilización *in vitro* con el objetivo de conseguir preembriones y tener sus propios hijos. Debido a un error de la clínica los preembriones se confundieron ese día, de manera que a una de las mujeres se le implantaron embriones de la otra. Unas semanas

responsabilidad médica y hospitalaria (ya civil, penal o de la Administración), así como a plantear la problemática que suscita el conglomerado de acciones indemnizatorias que ante tales daños cabe entablar (con frecuencia por los padres contra terceros, y de modo excepcional por los hijos frente a sus propios progenitores), sin dejar de prestar atención a algunos de los supuestos en que, al hilo de la praxis judicial, se ha estimado al mismo concebido beneficiario directo del resarcimiento –en el que, a menudo, concurren partidas en concepto de daño material y de daño moral- de los perjuicios que le hayan sido causados por el personal sanitario con anterioridad al nacimiento.

---

más tarde esta mujer se enteró de que estaba embarazada y se trataba de gemelos. Al corto tiempo la clínica avisó a las dos parejas del error que había cometido. Algunos meses más tarde, la mujer a quien se implantaron los preembriones por error dio luz a dos niños: uno caucásico como ella y su marido y el otro de raza negra, como los integrantes de la otra pareja. En el caso inglés hubo una confusión de gametos que concluyó en que una madre caucásica diera a luz a dos niños de raza negra. Los test genéticos revelaron esta vez que la mujer que dio a luz a los niños era su madre biológica, pero que había sido inseminada por error con esperma de un hombre de raza negra que había visitado la clínica junto a su mujer”.

Asimismo recuerda DE LA MAZA (pp. 90-91) otro caso norteamericano, muy diferente de los anteriores -el caso *Johnson v. Superior Court of Los Angeles County*, de la primera década de los 2000-, donde una menor nacida mediante técnicas de reproducción asistida demandó por los daños sufridos al banco de esperma Cryobank que en 1986 había aprobado el material reproductivo de un sujeto, pero cometió un fallo al analizarlo pues el donante era portador de una enfermedad de carácter hereditario (poliquitosis renal). Puesto que los Johnson utilizaron ese esperma para concebir a su hija, esta nació con la referida enfermedad.

En la praxis judicial española más reciente, interesa traer a colación la SAP Las Palmas 16 mayo 2016 (JUR 2016/159212) -declarada firme por el Auto del TS 11 enero 2017 (JUR 2017/15077)- que estimó la acción interpuesta por la madre, en su propio nombre y en el de sus dos hijos menores de edad, contra el Instituto Canario de Infertilidad por su actuación negligente en el control de identificación y trazabilidad del material reproductivo, pues el embarazo gemelar de la demandante a través de la técnica de reproducción asistida contratada con la entidad demandada se produjo *con material reproductivo de un varón desconocido, distinto al de su pareja*; razón por la cual la AP acordó indemnizar a la madre con 75.000 euros por daño moral y con 120.000 euros a cada uno de los gemelos por daños morales y materiales.

Asimismo en relación con otro tipo de daños en el campo de la reproducción asistida, la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 6 febrero 2017 (JUR 2017/76019) ha estimado parcialmente la responsabilidad patrimonial de la Administración -aunque con el voto particular discrepante de dos Magistrados- condenando a la Comunidad de Madrid (y a su compañía aseguradora) a indemnizar con 2.000 euros el daño moral consistente en “la aflicción, zozobra y sufrimiento psíquico infligidos a los sentimientos” de una mujer por la *pérdida injustificada de los embriones criopreservados que habían sido obtenidos con material reproductor de su esposo fallecido*. Habiendo este prestado en documento notarial su consentimiento para la utilización *postmortem* de su material biológico en el plazo de doce meses (ex art. 9 de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida), y producida la pérdida de los embriones por funcionamiento anormal del Servicio de Reproducción Humana del Hospital de La Paz (fallos técnicos del laboratorio en el mantenimiento del contenedor criogénico, sin que concurriera causa de fuerza mayor), dicha “pérdida de embriones y la imposibilidad de reiniciar de nuevo el ciclo han causado a la paciente un daño moral irreparable, si tenemos en cuenta que deseaba la gestación de un hijo con material reproductor de su esposo fallecido y ya no queda muestra criopreservada de ese material”.

Vid. el comentario a dicha resolución judicial por DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup>. I.: “Pérdida irreparable de preembriones criopreservados y daño moral de la viuda”, *RCDI*, núm. 762, 2017, pp. 1943-1963. En cambio, el mismo TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sentencia de 28 junio 2017 (JUR 2017/227448), ha desestimado la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en un caso de pérdida de seis preembriones que debieron estar debidamente crionizados, pues los actores –que rechazaron el ofrecimiento de iniciar un ciclo de fecundación por hiperestimulación ovárica cubierto por el propio hospital público- no lograron acreditar los daños morales alegados.

Vid. también sobre el tema, en la doctrina italiana, p.ej. FERRANDO, G.: “Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l’impianto di embrioni malati?”, *Famiglia e Diritto*, 2004; y DOGLIOTTI, M.: “Ancora sulla responsabilità del genitore per il fatto di procreazione e sull’inseminazione artificiale”, *Giurisprudenza di merito*, 1991.

## II. EXCURSUS PREVIO SOBRE LA LLAMADA «PROCREACIÓN IRRESPONSABLE» E HIPÓTESIS AFINES.

Es común en nuestra doctrina entender -como hiciera LACRUZ<sup>12</sup>- que “la retroacción de la «personalidad» [ex art. 29.2 CC] puede ayudar al nacido en la reclamación, por derecho propio, del resarcimiento por lesiones que se le causaron estando en el claustro materno y cuyos efectos persistan luego”, ya que, al margen de su eventual valoración penal, “se puede reputar cometido contra él un acto ilícito civil, y... debe ser él el acreedor de la indemnización por los daños sufridos por él mismo”<sup>13</sup>.

Aun refiriéndose al Derecho y la jurisprudencia italianos, resulta ilustrativa la formulación ejemplificativa que apunta UBERTAZZI<sup>14</sup> de daños que puede haber padecido el nacido en su propio ser durante el periodo de gestación. En primer lugar -afirma-, “el *nasciturus* es titular de un derecho de resarcimiento del «*danno di procreazione*» que ha sufrido por la transmisión de una enfermedad grave por parte de los padres en el momento de la concepción”<sup>15</sup>. Asimismo, es también titular de “un derecho de resarcimiento de los daños morales y patrimoniales que haya sufrido por un hecho ilícito del progenitor; por ejemplo, el derecho a ser resarcido por el padre en caso de daños sufridos por un golpe que este haya dado al vientre de la

- 12 LACRUZ BERDEJO, J. L. (et al.), *Elementos de Derecho Civil*, I-2º, 6ª ed. revisada y puesta al día por J. DELGADO ECHEVARRÍA, Dykinson, Madrid, 2010, p. 18.
- 13 Vid. en la misma línea AUSTE, T.J.: *Tutela judicial efectiva del nasciturus...*, cit., 2011, pp. 120-121; y MORENO MARTÍNEZ, J.A.: *Daños indirectos en familiares y terceros por causa de lesiones*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 41.  
Sobre el tema y su evolución jurisprudencial en Estados Unidos, vid. DE LA MAZA GAZMURI, I.: “Antes de que nazcas: daños prenatales en el ámbito estadounidense, una visión muy panorámica”, en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE), Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 83-101.  
En relación con el Derecho italiano, vid. p.ej. PUCELLA, R.: “Responsabilità medica per lesione del diritto a nascere sani”, *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, pp. 357 y ss., quien comenta la sentencia del Tribunal de Verona de 15 octubre 1990 (*Foro It.*, 1991, I, p. 261) conforme a la cual el *nasciturus* es titular de un derecho al resarcimiento por los daños causados durante su gestación. Asimismo se han interesado por estas cuestiones en la doctrina italiana, entre otros muchos ZATTI, P.: “La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, II; CASSANO, G.: “Rapporti tra genitori e figli, illecito civile e responsabilità. La rivoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni alla luce del danno esistenziale”, *Persona e Danno*, 5-7-2006; *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale. Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padua, Cedam, 2006; MOSCARINI, L.V.: “Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere”, *Famiglia*, 2005, I; QUERCI, A.: “Vita indesiderata, ingiusta, non sana: profili di responsabilità civile”, *Famiglia*, 2005, II; ROSSETTI, M.: “Danno da nascita indesiderata: la Suprema Corte mette i paletti”, *Diritto e giustizia*, núm. 33, 2004.
- 14 UBERTAZZI, B.: “La ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*”, *ADC*, núm. 3, 2008, p. 1376.
- 15 Aunque este tipo de acciones de los hijos frente a sus padres han sido generalmente desestimadas en la inmensa mayoría de los países donde se han planteado, por ser la excepción a la regla merece una mención aparte el famoso caso italiano resuelto por la Sentencia del Tribunal de Piacenza de 31 julio 1950 (*Foro It.*, 1951, I, pp. 987-991), en relación con el nacimiento de una hija con malformaciones causadas por la sífilis que el padre, conocedor de su enfermedad, contagió a la madre en las relaciones sexuales mantenidas para la concepción. En este asunto, que despertó un gran clamor social, se declaró a los dos progenitores responsables solidarios frente a la hija a la que se transmitió la mentada enfermedad de la sífilis. La citada sentencia suscitó un intento de debate jurídico y, aunque minoritariamente algunos autores se manifestaron a favor de la misma (MUSATTI, A.: “Ancora sulla responsabilità della procreazione”, *Foro It.*, IV, 1952, pp. 15 y ss. y RESCIGNO, P.: “Il danno di procreazione”, *Riv. Dir. Civ.*, I, 1956, pp. 614 y ss.), la opinión generalizada fue predominantemente crítica (vid. entre otros, ELIA, M.: “Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario?”, *Foro It.*, 1951-I, pp. 987 y ss.; CARNELUTTI, F.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Piacenza de 31 julio 1950”, *Foro It.*, 1951-I, pp. 990 y ss.; LENER, S.: “Mero delitto civile la paternità?”, *Foro It.*, 1952, IV-2, pp. 18 y ss.).

madre<sup>16</sup>, o por la madre en caso de daños derivados de las sustancias que malforman el feto y que esta había consumido con dolo o culpa<sup>17</sup> -caso este que fue objeto de la Sentencia de la Corte de Casación italiana de 22 de noviembre de 1993<sup>18</sup>-. Finalmente, recuerda dicho autor que el *nasciturus* "tiene derecho al resarcimiento de los daños morales y patrimoniales que ha sufrido por hecho ilícito de terceros; así, por ejemplo, a causa del incumplimiento del centro hospitalario o de la impericia del médico o del equipo de obstetras"<sup>19</sup>.

Pues bien, aunque será en estos últimos daños -los enmarcados en sede de responsabilidad en el ámbito sanitario- en los que nos vayamos principalmente a detener, previamente a ello conviene efectuar una somera reflexión acerca de las restantes categorías de hipótesis susceptibles de causar perjuicios a que con

- 16 Al margen de la eventual dimensión penal de esta conducta, en los casos en que la tara o lesión del *nasciturus* haya sido ocasionada por la violencia y malos tratos del padre a la madre embarazada es común entender que -no habiendo aquí mayores problemas de causalidad, pues el daño se habría evitado si el progenitor hubiese adoptado una conducta distinta (no agredir físicamente a la gestante)- tanto la madre como el hijo podrían interponer una acción de responsabilidad civil extracontractual contra el padre agresor. Vid. en este sentido RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M<sup>o</sup>.: "Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales", en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (dirs): *Tratado de Derecho de la Familia*, VI, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 871 y 880; MACÍ, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos...*, 2005, cit., p. 66; y ATIENZA NAVARRO, M<sup>o</sup>. L.: "La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural", en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE), Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 58-60, 72-73.
- 17 En estos casos en que los daños al concebido derivan de ciertos comportamientos o hábitos de vida de la madre embarazada (consumo de alcohol, tabaco o drogas, o de medicamentos contraindicados, seguimiento de una dieta alimenticia muy estricta que no aporte al feto los nutrientes necesarios para su desarrollo, etc.), cabe apreciar la concurrencia de relación causal, pues la lesión o enfermedad (por ejemplo, el nacimiento del hijo con el síndrome de abstinencia o con el síndrome alcohólico fetal) no se habría producido de no mediar la conducta materna en cuestión (por ejemplo, si no hubiera fumado, bebido en exceso o consumido estupefacientes durante el embarazo). En esas hipótesis, sostiene M. SEDA ["Infracción de los deberes familiares y responsabilidad: la experiencia italiana", en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J.A. MORENO MARTÍNEZ), Madrid, Dykinson, 2012, p. 429] que "cuando el daño derive de una conducta absolutamente imprudente o temeraria de los progenitores (drogodependencia de la madre, ausencia de exámenes prenatales idóneos para diagnosticar una enfermedad que hubiera podido ser tratada, etc.), no existen obstáculos para reconocer al hijo el derecho de resarcimiento del daño sufrido" (vid. en la misma línea, ANGELOZZI, D.: "Vita indesiderata e pretese risarcitorie del figlio", en SEDA, M.: *La responsabilità nelle relazioni familiari*, UTET, Turín, 2008, pp. 531 y ss.; FACCI, G.: *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Ipsoa, Milán, 2004, pp. 263 y ss.). Con todo, como la cuestión es delicada, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M<sup>o</sup>.: "Tipología de los daños...", en *Tratado...*, VI, 2011, cit., pp. 871-872 y 880 considera que la solución podría venir dada por la restricción de la responsabilidad de la madre a las (excepcionales) hipótesis de actuación *dolosa* de la misma, esto es, a los comportamientos que tuvieran la intención de causar un daño al concebido; mientras que, en cambio, los realizados de forma negligente o descuidada por la madre no deberían dar lugar a responsabilidad civil. Otra pauta a tener en cuenta -agrega dicha autora- sería entender que, ante el conflicto de intereses que en estos casos se plantea entre la autonomía y libertad personal de la gestante, por un lado, y el derecho a la salud del futuro hijo, de otro lado, debe prevalecer el primero ya que, siempre y cuando nos encontramos ante conductas no doloosas, se trataría de comportamientos subsumibles dentro del ámbito del riesgo permitido (vid. en contra, ATIENZA NAVARRO, M<sup>o</sup>. L.: "Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural", *Revista Española de Drogodependencias*, núm. 33, I, 2008, p. 98; COBAS COBIELLA, M<sup>o</sup>. E.: "¿Embarazo y daños en la procreación?", *Revista Española de Drogodependencias*, núm. 36, 2011, pp. 486-489). Sobre la visión en el ámbito estadounidense del tema de los daños prenatales ocasionados por la ingesta de sustancias tóxicas por la embarazada, vid. DE LA MAZA, I.: "Antes de que nazcas...", en *Responsabilidad civil...*, 2012, cit., pp. 98-101.
- 18 En *Foro It.*, 1994, I, p. 2479. Vid. el comentario a esta Sentencia por BUSNELLI, F. D.: "L'inizio della vita umana", *Riv. Dir. Civ.*, 2004, I, p. 568.
- 19 Cfr. la S. de la Corte de Casación italiana de 9 mayo 2000 (*Danno e Resp.*, 2001, p. 169), la S. del Tribunal de Milán 13 mayo 1982 (*Resp. Civ.*, 1983, p. 156) y la S. del Tribunal de Nocera Inferiore 7 marzo 1996 (*Giur. Merito*, 1997, p. 521).

anterioridad se ha hecho alusión. Se trata, simplemente, de dejar constancia de la harto discutible y discutida aseveración de que el concebido tenga derecho a ser indemnizado por la llamada “procreación irresponsable”; esto es, por el nacimiento del hijo con taras, malformaciones o enfermedades transmitidas por sus padres<sup>20</sup> o incluso las derivadas de ciertas conductas o actividades de éstos<sup>21</sup>.

20 Respecto al nacimiento de un hijo con una anomalía o enfermedad genética o hereditaria o de carácter infecto-contagioso, afirma A. EMALDI CIRIÓN (*El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Granada, Comares, 2001, pp. 243-245) que, sin perjuicio de que la libertad de procrear no pueda ser constreñida por normas que colisionarían con la esfera íntima de la vida privada y familiar de las personas, una vez nacido el hijo con la malformación transmitida por sus padres y que era altamente previsible *ex ante* a la concepción, ese hijo podría en teoría, al amparo del art. 1902 CC, demandar civilmente a sus progenitores; si bien no deja la autora de reconocer el muy dudoso éxito de una reclamación de esa índole.

En efecto, puesto que nos situamos en un terreno sumamente resbaladizo -pues bajo el mismo está latente el problema de los límites a la libertad de reproducción de los discapacitados psíquicos o físicos-, no es de extrañar que existan al respecto posiciones encontradas. No faltan en nuestra doctrina algunos partidarios de la responsabilidad civil de los padres por las enfermedades graves transmitidas a sus hijos, siendo posiblemente N. RUIZ LARREA (“El daño de procreación: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?”, *La Ley*, T. I, 1998, pp. 2040-2042) quien aboga de forma más decidida por la posibilidad de declarar responsables a los progenitores cuando aquellos, antes de la concepción, hubiesen sido conocedores tanto de la enfermedad como de la posibilidad de su transmisión a la descendencia. Con mayor aparato argumentativo y manejando sutiles distinciones entre las diferentes hipótesis posibles, M<sup>a</sup>. L. ATIENZA NAVARRO (“La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural”, en *Daños en el Derecho de Familia*, coord. por J. R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 41-74) se decanta indubitablemente a favor de la responsabilidad de los padres en los casos en que, tras la concepción y ya iniciada la gestación, estos contagien *negligentemente* durante la misma alguna enfermedad al *nasciturus*; por ejemplo, el padre que transmite el sida a la madre gestante y al feto al no tomar precauciones en sus relaciones sexuales, conociendo aquel que padece esa enfermedad: aquí -argumenta con buen criterio la autora-, la *causa* de la enfermedad del hijo se debe al comportamiento negligente del padre/s que, al no observar el cuidado que les es exigible, contagian al hijo, una vez ya concebido. Diverso es el supuesto en que los padres deciden *concebir* un hijo aun conscientes de que, *mediante la propia concepción*, es altamente probable o seguro que herede o resulte contagiado de la enfermedad con la que efectivamente después nace. En este caso, el razonamiento en pro de la responsabilidad de los progenitores que esgrime ATIENZA estriba en que “una cosa es poder decidir libremente acerca de la reproducción y otra distinta que, si se deriva un daño de dicha decisión, quepa exigir responsabilidad”, a lo que añade que “el ejercicio de la libertad de procreación encontraría como límite el derecho e interés del niño a nacer sano”. Pero, con todo, termina la autora reconociendo las reservas y serias dudas que puede plantear a nivel práctico la responsabilidad civil de los padres en tal supuesto.

Pues bien, en relación con esos últimos asuntos de enfermedades transmitidas con la propia concepción, y teniendo bien presente que en ellos el niño no podía haber nacido sano -o nacía enfermo o no nacía-, la opinión mayoritaria se muestra contraria a admitir la responsabilidad civil de los progenitores en este tipo de casos de daños prenatales transmitidos a los hijos por herencia genética o por contagio de enfermedad. Su rechazo se ha sustentado en argumentos tales como el desequilibrio que su estimación ocasionaría en el entorno familiar (*vid.* NOVELLINO, N. J.: “Responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos”, en *Derecho de Daños. Daños en el Derecho de Familia*, Cuarta Parte-A, La Rocca, Buenos Aires, 2000, pp. 246-248) o la ausencia de antijuridicidad del comportamiento de los padres (MACÍ MORILLO, A.: *La responsabilidad médica...*, 2005, cit., p. 65). Más en concreto, y tal como atinadamente desarrolla RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M<sup>a</sup>: “Tipología de los daños...”, en *Tratado...*, VI, 2011, cit., pp. 879-885, en algunos de tales casos faltaría la imputación subjetiva, la conducta reprochable del progenitor; asimismo se plantearían muchas veces importantes dificultades en cuanto a la prueba de la relación de causalidad entre el comportamiento de los padres y la enfermedad hereditaria transmitida por creación natural; y tampoco cabe desdeñar lo sutil y complicado que puede en sí resultar la determinación de cuándo la tara o discapacidad con que el hijo nace reviste o no “gravedad” suficiente (*vid.* SAMBRIZZI, E. A.: *Daños en el Derecho de familia*, La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 57-58).

21 Dentro de los supuestos de daños prenatales que obedecen a la realización por la gestante de determinadas actividades “de riesgo” (ya laborales, ya de ocio o deportivas), cabe hacer una mención particular de los derivados de su conducción de vehículos. En concreto, se trata del caso de que, *a resultas de un accidente de tráfico de la mujer encinta, el entonces concebido nazca con ciertas lesiones*; hipótesis en la que se ha llegado a sostener que es perfectamente posible que un hijo, al llegar a la mayoría de edad, pudiera demandar a su madre porque cuando esta estaba embarazada tuvo un accidente por conducir imprudentemente, resultando de ello que el hijo nació con parálisis (*vid.* RIBÓ DURÁN, L.: *Derecho de Daños*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 152 y ss.). Al hilo de ese supuesto, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M<sup>a</sup>: “Tipología...”, en *Tratado...*, VI, 2011, cit., p. 872 deja constancia de que la regla, expresamente consagrada en el ámbito anglosajón, de exonerar de responsabilidad a la madre por los daños prenatales causados de forma negligente tiene precisamente como excepción el caso de los daños sufridos por el concebido en accidentes de tráfico en los que es la madre la conductora, sabiendo o debiendo

Dicho contexto, amén de ser muy poco propenso a reclamaciones, se enfrenta a grandes dificultades de orden práctico para que pueda llegar a cobrar fuerza la demanda que el hijo dirige precisamente contra sus propios progenitores<sup>22</sup> (y no contra un profesional sanitario). No es de extrañar, pues, la gran división de opiniones que sobre el tema existe en la doctrina; polémica que se refleja -por mostrarla con un ejemplo que, siquiera tangencialmente, guarda cierta relación con el ámbito médico al que vamos a ceñir nuestro estudio- en los supuestos en que *la gestante, tras conocer la existencia de algún problema de salud del feto, rehúsa tomar la medicación prescrita o se niega a someterse al tratamiento médico* (p.ej. una transfusión sanguínea) o, en particular, *a la intervención quirúrgica que serían necesarios para evitar los daños al concebido*. Nacido este con esos daños, ha de repararse en que la enfermedad o lesión en cuestión, aun no causada directamente por la madre embarazada, podría haberse evitado con un comportamiento distinto de la misma, por lo que se plantea la duda de si podría el hijo exigir responsabilidad civil a su progenitora. Ante tal interrogante, RODRÍGUEZ GUITIÁN<sup>23</sup> se decanta por la negativa y entiende que, salvo que la madre se negara a recibir el tratamiento médico con clara intención *dolosa* de dañar al *nasciturus* (por ejemplo, con el fin de lograr un aborto), es difícil sostener la responsabilidad de la misma frente a su hijo. Por el contrario, otros estudiosos del tema se declaran partidarios de que prevalezca el derecho a la salud del hijo y a favor de la viabilidad de que este reclamara una indemnización a su madre; corriente en la que se inscribe ATIENZA NAVARRO<sup>24</sup> cuando defiende que la madre sería civilmente responsable del daño sufrido por el nacido si tal daño puede imputarse objetivamente al comportamiento de aquella de acuerdo con el criterio del «incremento del riesgo», esto es, si se constatase con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza que el hijo habría nacido sin la enfermedad si la embarazada hubiera llevado a cabo la conducta omitida (el tratamiento médico o intervención quirúrgica en cuestión)<sup>25</sup>.

Dejando de lado los diferentes y heterogéneos casos apuntados -que son espejo de la más amplia y ardua discusión acerca del papel del Derecho de daños y de las

---

saber que está embarazada (vid. Section 2 de la *Congenital Disabilities -Civil Liability- Act* de 1976). Con todo, subraya la civilista que la explicación a esta excepción -y la consiguiente responsabilidad *por culpa* en ese ámbito concreto- podría hallarse, entre otras razones, en la inexistencia de mayores inconvenientes en estimar ese tipo de demandas entre familiares cuando hay un seguro que cubre la responsabilidad civil por tales daños, pues no se produciría aquí perjuicio para la familia -bien al contrario, habría un incremento de su patrimonio- y el conflicto de intereses se situaría propiamente, no entre madre e hijo, sino entre el hijo y un extraño no familiar (vid. en contra de ese argumento, ATIENZA, M<sup>o</sup>. L.: "La responsabilidad civil...", en *Responsabilidad...*, 2012, cit., p. 61, n.73). Por extenso sobre el tema, vid. HOOFT, I.: "Responsabilidad de los progenitores por daños prenatales causados por accidentes", *Revista de Derecho de daños*, núm. 2, 2001, pp. 231-236.

22 Sobre esos y otros obstáculos, vid. MANNSDORFER, T. M.: "Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, *wrongful life* y tendencias", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 15, 2001, pp. 93-94; MACÍ, A.: *La responsabilidad médica...*, 2005, cit., pp. 65-69; y MARTÍN CASALS, M./RIBOT IGUALADA, J.: "Daños en el Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *ADC*, 2001, II, p. 548.

23 RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M<sup>o</sup>.: "Tipología de los daños...", en *Tratado...*, VI, 2011, cit., pp. 873-874.

24 ATIENZA NAVARRO, M<sup>o</sup>. L.: "La responsabilidad civil de los padres...", en *Responsabilidad...*, 2012, cit., pp. 62-63.

25 En esta misma dirección se orienta, en la doctrina italiana, PALMERINI, E.: "Autonomia v. responsabilità nella procreazione: a proposito di *Caesarian Sections* e giudici inglesi", *Riv.Dir.Civ.*, núm. 4, 2000, pp. 605-606.

reglas generales de la responsabilidad civil en el plano de las relaciones familiares en general<sup>26</sup> y de las relaciones paterno-filiales<sup>27</sup>, en particular, huelga advertir que asimismo hemos aquí de orillar otros supuestos aún más extremos, que claramente se sitúan extramuros del campo médico en que nos vamos a centrar, cual sucede con los llamados «*dissatisfied life*» o casos de vida insatisfactoria, en los que el hijo -que nace sano- demanda la responsabilidad de sus progenitores (de uno o de ambos) por el “daño” que le ha supuesto nacer en el seno de unas circunstancias familiares o sociales desventajosas<sup>28</sup>.

### III. LOS DAÑOS PRENATALES EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: PRETENSIONES RESARCITORIAS DE PADRES E HIJOS.

#### I. Causación de lesiones o taras en el nacido por la atención médico-sanitaria previa a su nacimiento.

Frente a las vivas polémicas que suscitan las diversas hipótesis que en las precedentes líneas nos hemos limitado a enunciar, parece estar bien asentada la opinión de que, entre los posibles efectos favorables para el concebido a que se refiere el art. 29.2 CC, se incluye su derecho a ser indemnizado por los daños que se le hayan ocasionado como consecuencia de las actuaciones médicas o sanitarias anteriores a su nacimiento<sup>29</sup>.

Importa destacar que, en estos supuestos a que seguidamente se aludirá, el niño habría nacido sano de no haber sido por el evento dañoso en cuestión, de modo que

- 26 Vid. por todos, FERRER RIBA, J.: “Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños”, *InDret*, 2001-4, pp. 3 y ss.; DE VERDA BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales”, en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, coord. por J.R. DE VERDA, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 107; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L./ZARRALUQUI NAVARRO, E.: *Las reclamaciones de daños entre familiares*, Barcelona, Bosch, 2015; GARCÍA AMADO, J.A. (Dir.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Bosch, Barcelona, 2017.
- 27 En particular para las relaciones paterno-filiales, vid. p.ej. LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: “Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores”, en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, coord. por J.A. MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 263 y ss.; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M<sup>o</sup>: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2009; y “La responsabilidad civil en las relaciones familiares”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (dirs): *Tratado de Derecho de la Familia*, VI, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 680 y ss.; MEDINA, G./HOOF, I.: “Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en procreación natural”, en *Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, pp. 232 y ss.
- 28 Tal como recuerda A. MACÍ MORILLO (*La responsabilidad médica...*, 2005, cit., pp. 44-45 y 70), este tipo de acciones de responsabilidad de hijos frente a sus padres –que llegaron a interponerse en Estados Unidos a partir de los años sesenta- han decrecido en importancia en la actualidad y prácticamente han dejado de plantearse ante los tribunales. Además, tales acciones fueron generalmente rechazadas desde un principio -al cobijo de argumentos tales como la ausencia de daño, el riesgo de un boom de reclamaciones de ese estilo o su carácter contrario al orden público-, siendo paradigmático el célebre caso norteamericano *Zepeda v. Zepeda* de 1963 en el que se trataba de la demanda que un hijo interpuso frente a su padre –casado con mujer distinta de su madre, con la que nunca llegó a contraer matrimonio pese a la promesa de hacerlo- por el hecho de haber nacido “ilegítimo” y tener que vivir con tal estigma; demanda de resarcimiento de daños que, cabalmente, fue desestimada. Vid. recientemente en la misma línea, la SAP Navarra 12 febrero 2016 (JUR 2017/147918).
- 29 Vid. expresamente en este sentido, MORENO MARTÍNEZ, J.A.: *Daños indirectos...*, 2012, cit., p. 41; y MARÍN LÓPEZ, J.J.: “La persona”, en *Derecho Civil (Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo)*, dir. por Á. CARRASCO PERERA, Madrid, Tecnos, 2012, p. 72.

la enfermedad, lesión o anomalía de que se ve aquejado obedece precisamente a la actuación del profesional sanitario. A veces, a una *defectuosa asistencia en el momento del parto*, tal como reflejan, entre otras<sup>30</sup>, la STS 23 febrero 1999<sup>31</sup> -que indemnizó con 5.000.000 y 70.000.000 de pesetas, respectivamente, a los padres y *al recién nacido* en un supuesto de invalidez plena del neonato- o la STS 10 diciembre 1997<sup>32</sup>, que concedió *a una recién nacida* con retraso psicomotor causado por hipoxia neonatal (en la que fue determinante la negligente atención por parte del facultativo) la suma de 15.000.000 de ptas., indemnizando también a sus padres con 5.000.000 ptas. por los daños y perjuicios derivados de las graves secuelas de su hija<sup>33</sup>. Otras veces, los daños son causados por las *actuaciones médicas* practicadas en general *en el curso del embarazo* -como muestra, por ejemplo, la S.TSJ Castilla y León 5 abril 2013<sup>34</sup>- o, más en concreto, por las actuaciones *inmediatamente anteriores al alumbramiento*<sup>35</sup>, según estimara, en sede de responsabilidad civil derivada de un delito de lesiones al propio *nasciturus*, la conocida STS 5 abril 1995<sup>36</sup>: en ella, como consecuencia de la imprudencia temeraria que en el ámbito sanitario cometió en los momentos previos al parto la comadrona condenada, la niña nacida sufrió graves lesiones que se tradujeron «en parálisis cerebral que imposibilitaba a la menor para su propio desenvolvimiento con necesidad de asistencia continuada de otras personas». Sobre esta base, y además de la indemnización asignada a los padres por el “*pretium doloris*”, la Sentencia acordó conceder quince millones de pesetas *a la propia agraviada* en concepto de *daños morales* y de *perjuicios materiales* y *gastos* ocasionados o que se pudieran derivar de las secuelas de la menor por razón de las lesiones que le fueron causadas antes de haber nacido.

30 Vid. también, p.ej. la STS Sala 1ª 13 octubre 1992 (RJ 1992/7547), la STS Sala 3ª 7 noviembre 2011 (RJ 2012/1947) o las SS.TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia 11 diciembre 2009 (JUR 2010/60845), de las Islas Baleares 27 enero 2014 (JUR 2014/48537) y 2 marzo 2016 (JUR 2016/77344), del País Vasco 18 enero 2017 (JUR 2017/67270) y de Castilla y León 17 marzo 2017 (JUR 2017/97450).

Desestimatorias de la acción son, en cambio, la STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Murcia 1 septiembre 2016 (JUR 2016/218842) o las SSTS, Sala 3ª, 22 febrero 2017 (JUR 2017/47282) y 23 mayo 2017 (JUR 2017/123931).

31 STS Sala 1ª 23 febrero 1999 (RJ 1999/1059).

32 STS Sala 1ª 10 diciembre 1997 (RJ 1997/8775).

33 También la STS Sala 3ª 15 marzo 2007 (RJ 2007/2286) estimó el recurso interpuesto por los padres como consecuencia de las graves lesiones y secuelas causadas a su hija por el *deficiente control del parto*, al no detectarse el sufrimiento fetal hasta un momento excesivamente tardío, dilatando con ello la práctica de la cesárea. Ante dicha negligencia médica, el Alto Tribunal optó en este caso por fijar globalmente la indemnización concedida, pero precisando que la misma abarcaba, además del “daño moral causado a los padres”, “la extrema gravedad de las secuelas de todo tipo, físicas, psíquicas y neurológicas con las que resultó la menor, todas ellas de carácter irreversible, que le impiden durante toda su vida el más mínimo desarrollo de su personalidad, de su autocuidado y de relación con el mundo exterior, generándole una limitación muy profunda de todo género”.

34 STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 5 abril 2013 (JUR 2013/190675).

Vid. también las SS.TSJ de Valencia 11 noviembre 2005 (JUR 2006/107281) y de Andalucía 31 octubre 2006 (JUR 2007/165827), comentadas por MORENO MARTÍNEZ, J. A.: “Resarcimiento de los perjuicios de los familiares del lesionado y su consideración por las distintas jurisdicciones”, en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares* (coord. por J.A. MORENO), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 313 y ss.

35 Vid. p.ej. las SS.TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia 11 octubre 2012 (JUR 2012/361227) y de Galicia 10 febrero 2016 (JUR 2016/43908) y la SAP Granada 15 noviembre 2013 (AC 2013/2361).

36 STS Sala 2ª 5 abril 1995 (RJ 1995/2882).

Según cabe apreciar en el precedente elenco de casos de responsabilidad derivada de la *causación directa o indirecta de lesiones o taras en el nacido por la actuación médico-sanitaria previa a su nacimiento*, y tal como señala MACÍA MORILLO<sup>37</sup>, aparte de la reclamación por los padres –que se identificaría con una demanda de responsabilidad por daños indirectos, reflejos o por rebote (como igualmente apunta MORENO MARTÍNEZ<sup>38</sup>, o ZENO-ZENCOVICH<sup>39</sup> en la doctrina italiana)-, también cabe que sea el propio hijo quien ejercite la pretensión resarcitoria del daño en su salud e integridad física que le fue irrogado cuando aún era *nasciturus*.

## 2. Daños personales asociados a diagnósticos prenatales y demandas indemnizatorias de los progenitores, en su propio nombre o en el de su hijo.

Amén de los referidos supuestos de responsabilidad médica por daños causados durante la gestación, no puede obviarse, de otra parte, que los daños personales sufridos por el concebido y los perjuicios ocasionados a sus padres pueden ir “aparejados” a diagnósticos prenatales<sup>40</sup> erróneos, insuficientes o inexistentes (principalmente, a “falsos negativos”<sup>41</sup>).

En tal sentido es preciso recordar que, con terminología anglosajona, se halla consolidada doctrinalmente<sup>42</sup> y a nivel jurisprudencial -en especial por obra de la

37 MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos...*, 2005, cit., p. 63.

38 Vid. MORENO MARTÍNEZ, J.A.: “Resarcimiento de los perjuicios...”, en *La responsabilidad...*, 2012, cit., pp. 295 y ss.

39 Vid. ZENO-ZENCOVICH, V.: “La responsabilità per procreazione”, *Giurispr.It.*, 1986, IV, p. 115.

40 Vid. al respecto, PÉREZ-TENESSA, A.: “Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad”, *Revista de Administraciones Públicas*, núm. 154, 2001, pp. 47–61; y EMALDI CIRIÓN, A.: Voz “Diagnóstico prenatal (jurídico)”, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, I, dir. por C. ROMEO CASABONA, Granada, Comares, 2011, pp. 648-650. Vid. también SIANO, C.: “Diagnosi prenatale e responsabilità del medico. L’esperienza italiana e francese”, *Familia e Diritto*, 2006.

41 A fin de explicar sucintamente el supuesto básico de partida, señala A. MACÍA MORILLO (“La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, *Revista de Derecho*, Barranquilla, núm.27, 2007, p. 5) que nos encontramos ante “una gestante que durante el embarazo se somete a un proceso de diagnóstico prenatal mediante el cual se trata de controlar el estado de salud de la criatura que porta en su seno. Durante dicho proceso de diagnóstico se produce un error por parte de alguno de los profesionales sanitarios intervinientes en el mismo, error del que resulta que la información que se proporciona a la gestante no responde, en realidad, a la situación real del embrión o del feto; concretamente, se le informa de que no existe problema ni riesgo alguno respecto del *nasciturus*, cuando la realidad es que este se encuentra afectado por un grave defecto o malformación o por una enfermedad incurable; se emite lo que se denomina técnicamente un «falso negativo» -en terminología de EMALDI CIRIÓN, A.: *El consejo genético...*, 2001, cit., pp. 230 a 233-. En tal situación, la gestante no recibe la información necesaria para decidir si acudir o no a un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo. En tales circunstancias, el resultado es que el niño nace y nace enfermo, momento en el cual surge la pretensión, tanto de los progenitores como del propio niño nacido, de reclamar responsabilidad de los profesionales sanitarios que produjeron el defecto en la información recibida y, con ello, la privación de la facultad de la gestante de optar por la interrupción del embarazo”.

42 Vid. p.ej. ROMERO COLOMA, A. M<sup>o</sup>.: “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento jurídico español”, *RCDI*, núm. 722, 2010, pp. 2559-2608; GALÁN CORTÉS, J. C.: “Comentario a la STS de 6 julio 2007: Acciones *wrongful birth* y *wrongful life*”, *CCJC*, núm. 76, 2008, pp. 279-290; SUÁREZ ESPINO, M<sup>o</sup>. L.: “Las denominadas demandas de *wrongful life* y de *wrongful birth*. El posible derecho a nacer sano”, *Otrosí*, núm.75, 2006, pp. 56-58; VIVAS TESÓN, I.: “La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial”, *RDPatr.*, núm. 11, 2003, pp. 403-416; MACÍA MORILLO, A.: “El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”, *Revista Jurídica UAM*, núm. 23, 2011, pp. 83-98; LÓPEZ BARRA DE QUIROGA, J.: *Los límites de la vida y la libertad de la persona*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 159-162; y PACHECO JIMÉNEZ, M<sup>o</sup>. N.: “El abogado y las reclamaciones de responsabilidad

STS I I mayo 2001<sup>43</sup>. la distinción entre las acciones «*wrongful birth*» y «*wrongful life*»; todas ellas formuladas en demanda de resarcimiento “de los daños producidos por el nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades congénitas que se asocian, por lo general, a la *negligencia* omisiva del facultativo por no haber realizado las pruebas que habrían podido detectar en fase prenatal las malformaciones y/o por una incorrecta valoración de los resultados de esas pruebas si llegaron a practicarse y/o por la omisión del deber de información sobre la anomalía o malformación, todo lo cual conlleva la privación de la facultad u opción de decidir (o no) abortar en plazo legal”<sup>44</sup>.

A fin de diferenciar entre una y otra categoría<sup>45</sup>, interesa destacar que, frente a las «*wrongful birth actions*» –que aluden a la *pretensión propia de los progenitores* del hijo nacido enfermo (ya de ambos conjuntamente o de uno de ellos en solitario, generalmente la madre) y donde son aquellos (los padres) los beneficiarios directos de la correspondiente indemnización<sup>46</sup>-, en las acciones «*wrongful life*», en cambio, “los padres formulan la reclamación en nombre de su hijo, en cuanto representantes legales del mismo, por el daño moral y patrimonial que este sufrirá durante su vida por causa de haber nacido con esas malformaciones”<sup>47</sup>, por el hecho mismo de vivir con esas taras que no fueron detectadas con anterioridad a su nacimiento<sup>48</sup>.

---

por diagnóstico prenatal: acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, en *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2012, pp. 1801-1812.

Vid. igualmente, en la doctrina extranjera, p.ej. FACCI, G.: “*Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno?*”, *Familia e Diritto*, 2004; “*Il danno da nascita indesiderata e la legittimazione al risarcimento del padre*”, *Familia e Diritto*, 2006; GIACOBBE, G.: “*Wrongful life e problematiche connesse*”, *Giustizia civile*, 2005, I; JOURDAIN, P.: “*Nota a Cass. Civ. 17 novembre 2000, ass. Plé*”, *Le Dalloz*, núm. 4, 2001; BATA, A.: “*Responsabilità del medico, omissione di informazioni e danno risarcibile per mancata interruzione di gravidanza*”, *Corriere giuridico*, 1995; BELLUSARIO, E.: “*Nascita indesiderata e vita non voluta: esperienze europee a confronto*”, *Familia*, 2001, II; BILOTTA, F.: “*Profili del danno esistenziale nella procreazione*”, *Responsabilità civile e prevenzione*, 1999; DE MATTEIS, R.: “*Il danno risarcibile per nascita indesiderata*”, *Danno e responsabilità*, 1999; DI MARZIO, M.: “*Il danno esistenziale? Ormai sdoganato*”, *Diritto e giustizia*, 2006; FUSCO, M.: “*No al diritto a non nascere se non sani. Ma gli ermellini invocano nuove norme*”, *Diritto e giustizia*, núm. 33, 2006.

43 STS Sala Iª I I mayo 2001 (RJ 2001/6197).

44 Así lo declaran expresamente las SS. AAPP Salamanca 29 noviembre 2006 (JUR 2007/194526), Barcelona 30 diciembre 2011 (JUR 2012/93726), Baleares 15 febrero 2013 (AC 2013/2036) y Girona 6 mayo 2013 (AC 2013/1460).

45 En particular sobre la repercusión en las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* del (fracasado) Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada -Anteproyecto al que dio luz verde el Consejo de Ministros el 20 de diciembre de 2013, pero que finalmente quedó reducido a “papel mojado” tras su retirada el 23 de septiembre de 2014-, vid. PANOS PÉREZ, A.: “*Responsabilidad civil médica por wrongful birth y wrongful life*”, *La Ley*, núm.8396, 2014.

46 Precisamente por esa razón -por ser los progenitores los beneficiarios de la indemnización- las *wrongful birth actions* se alejan de los confines del art. 29.2 CC, ya que el campo de aplicación de esta norma se ciñe en rigor a los efectos que sean favorables para el concebido (y no para un tercero). Ampliamente sobre esa limitación subjetiva del precepto al *nasciturus* –no extensiva a terceros (aunque sean sus padres)-, vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “*Derechos, expectativas e intereses en la situación jurídico-civil del nasciturus*”, en *Razonar sobre derechos*, cit., 2016, pp. 502 y ss.

47 Vid. en el sentido expuesto, las citadas SS. AAPP Salamanca 29 noviembre 2006 (JUR 2007/194526), Barcelona 30 diciembre 2011 (JUR 2012/93726), Baleares 15 febrero 2013 (AC 2013/2036) y Girona 6 mayo 2013 (AC 2013/1460), así como la SAP Madrid 10 octubre 2013 (AC 2013/2119) o la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 27 enero 2012 (JUR 2012/196949).

48 Como bien advierte MACÍA MORILLO, A.: “*La responsabilidad...*”, *Revista de Derecho*, núm. 27, 2007, cit., p. 20, en estas reclamaciones no se alega que el profesional sanitario “causara” la discapacidad que sufre el niño, pues la hipótesis de partida es que su enfermedad o malformación era congénita e incurable, de modo que *no podía nacer sano* -o nació enfermo o no nació-, sino que el fundamento de tales acciones reside en que el profesional

### A) Acciones «*wrongful birth*»: referencia particular al daño moral de los padres por pérdida de oportunidad de optar por la interrupción voluntaria del embarazo.

En contraste con lo que luego se dirá respecto a las «*wrongful life actions*», es preciso comenzar advirtiendo que las acciones «*wrongful birth*» cuentan con un amplio y mayoritario respaldo a nivel doctrinal<sup>49</sup> -aunque la admisibilidad de las mismas no esté exenta de algún acérrimo detractor<sup>50</sup>.

También ha de dejarse constancia de la relativa frecuencia con que se interponen este tipo de demandas por parte de los progenitores del hijo nacido enfermo por negligencia en el diagnóstico prenatal<sup>51</sup>. Así, la primera aparición en España de un caso de *wrongful birth* tuvo lugar con la STS 6 junio 1997<sup>52</sup> –pese a que en ella se hable erróneamente de una acción *wrongful life*, como han advertido los muchos comentaristas de dicha resolución judicial<sup>53</sup>. A esa sentencia pronto le siguió, entre

---

no detectó esa enfermedad (siendo científicamente detectable) y no advirtió de la misma a los progenitores, quienes, por tanto, no pudieron abortar e impedir así el nacimiento del hijo enfermo.

- 49 Dada la copiosísima literatura española (y también extranjera) sobre las “*wrongful birth actions*”, de la que es imposible dar cuenta en un trabajo de las dimensiones del presente, nos remitimos a la bibliografía especializada en la materia que figura en la obra de MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica...*, 2005, cit., pp. 595-630 y a la que cita DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 387-388, n. 653.
- 50 Vid. en especial ALISTE, T.J.: *Tutela judicial efectiva del nasciturus...*, cit., 2011, pp. 175-187.
- 51 Aunque venimos hablando de “diagnóstico prenatal” (diagnóstico anterior al nacimiento, pero posterior a la concepción), conviene advertir -como atinadamente hace MACÍA, A.: “La responsabilidad civil...”, *Revista de Derecho*, núm.27, 2007, cit., p. 15- que similar problemática se plantea cuando el error se produce en un diagnóstico *preconceptivo* (o preimplantatorio). Por ejemplo, si una pareja, antes de concebir, se somete a consejo genético porque sospechan que uno o ambos son portadores de una determinada enfermedad que podría afectar gravemente a su descendencia (v.gr. fibrosis quística, hemofilia, etc.), y si tal diagnóstico preconceptivo se realiza de forma defectuosa y los pacientes reciben una información incorrecta -se les informa de que no existe riesgo que amenace a su futura descendencia, cuando sí lo hay-, no cabe duda de que su decisión respecto de la concepción se habrá visto afectada por ello.
- 52 STS Sala 1ª 6 junio 1997 (RJ 1997/4610). En ella se contempló un caso de un niño nacido con síndrome de Down tras la inadecuada actuación sanitaria de los profesionales: diagnosticada la situación de alto riesgo tanto para la gestante como para el feto, y practicada la prueba de amniocentesis, esta fracasó, lo que no fue comunicado a la embarazada hasta varios meses después, cuando la madre no podía ya optar por el aborto eugenésico. La Sentencia estimó la demanda frente a la Administración sanitaria y acordó indemnizar a los progenitores, pero en este caso lo hizo, no por el daño moral derivado de la privación de la facultad de interrumpir el embarazo, sino por “el impacto psíquico de crear un ser discapacitado” y también por los perjuicios materiales que el cuidado de ese hijo conllevaría (la necesidad de “una atención fija permanente hacia el hijo, por lo común asalariada”); conceptos indemnizatorios éstos que han recibido las fundadas críticas de DE VERDA BEAMONTE, J. R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”, en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pp. 31-32.
- 53 Vid. p.ej. UREÑA MARTÍNEZ, M.: “Responsabilidad civil extracontractual. Reclamación de daños por el nacimiento de un niño con síndrome de Down”, *CCJC*, núm.45, 1997, pp. 1105-1116; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, *La Ley*, 1998-3, pp. 1700-1710, en especial p. 1708; MARTÍN CASALS, M./SOLÉ I FELIU, J.: “Responsabilidad por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*)”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm.16, 2004, p. 8; BUSTOS PUECHE, J.E.: “Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997”, *La Ley*, 1997-5, pp. 1699-1701.

las más conocidas, la de 4 febrero 1999<sup>54</sup>, posteriormente la STS 7 junio 2002<sup>55</sup>, las de 21 diciembre 2005<sup>56</sup>, 19 junio 2007<sup>57</sup> y 19 julio 2007<sup>58</sup> y, ya en fechas cercanas a nuestros días, la STS 15 septiembre 2015<sup>59</sup>, entre otras.

Más en concreto, interesa dar cuenta del cierto grado de acogida por nuestra jurisprudencia de acciones «*wrongful birth*», en ejercicio de las cuales se ha estimado en no pocas ocasiones indemnizar a los padres (y en especial a la madre<sup>60</sup>) por el *daño moral* padecido al haberseles *privado de la trascendente información sobre la existencia de graves deficiencias en el feto y haber así perdido la oportunidad de optar por una interrupción voluntaria del embarazo* (ya con arreglo al vigente sistema de plazos de la LO 2/2010<sup>61</sup>, ya acogiéndose al aborto eugenésico conforme al hoy derogado art. 417.bis.1.3<sup>a</sup> introducido en el anterior CP de 1973 por la LO 9/1985, de 5 de julio<sup>62</sup>). En algún caso, ello fue consecuencia de la falta de recepción de la prueba de “*triple screening*”<sup>63</sup> privándose así a la embarazada de la *información*<sup>64</sup> de que el hijo que

- 54 STS 4 febrero 1999 (RJ 1999/748). Vid. su comentario por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones”, *CCJC*, núm.50, 1999, pp. 841-860; y por DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de «*wrongful birth*» (4 de febrero de 1999). ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm.10, 1999, pp. 117 y ss.
- 55 STS 7 junio 2002 (RJ 2002/5216). Sentencia comentada, entre otros, por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Responsabilidad médica: nacimiento de niño afectado de síndrome de Down; derecho de información”, *CCJC*, núm. 59, 2002, pp. 857-868; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: “La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de «*wrongful birth*». Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 17, 2002, pp. 179-202; MARTÍN CASALS, M./SOLE I FELIU, J.: “Comentario a la STS de 7 junio 2002 (Responsabilidad de profesionales sanitarios. Nacimiento de un hijo con síndrome de Down sin que el ginecólogo informara de la anomalía a la paciente. *Wrongful birth*)”, *CCJC*, núm.60, 2002, pp. 1097-1121; CECCHINI ROSELL, X.: “El deber de información del médico. Nacimiento de niño con síndrome de Down”, *RDPatr.*, núm. 10, 2003, pp. 181-192; y por GARRIGA GORINA, M.: “Negligencia en el diagnóstico prenatal”, *InDret*, 2003/3, pp. 1-14.
- 56 STS 21 diciembre 2005 (RJ 2005/10149). Vid. su comentario por NAVARRO MICHEL, M.: “Responsabilidad civil médica. Supuesto de nacimiento de niño afectado de síndrome de Down. *Wrongful birth*”, *CCJC*, núm.72, 2006, pp. 1637-1658.
- 57 STS 19 junio 2007 (RJ 2007/5572).
- 58 STS 19 julio 2007 (RJ 2007/4692). Vid. los comentarios que sobre estas y algunas otras sentencias en la materia realizan DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G./ ARANA DE LA FUENTE, I.: “La imposibilidad de abortar dentro del plazo legal”, en *El desbordamiento del Derecho de Daños*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 56-76; y ARCOS VIEIRA, M<sup>a</sup>.L.: *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 75-79.
- 59 STS Sala 1<sup>a</sup> 15 septiembre 2015 (RJ 2015\3720).
- 60 La STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 9 diciembre 2016 (JUR 2017\21198) destaca que es *exclusivamente a la gestante -y no a su pareja-* a quien corresponde la indemnización por *daño moral* por la frustración del derecho de optar a la interrupción del embarazo. En cambio, la STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 8 junio 2017 (JUR 2017\201661) realza que ostentan legitimación activa en tal supuesto tanto la madre como el padre.
- 61 Esto es, dentro de las veintidós primeras semanas de gestación, conforme a lo dispuesto por el art. 15.b) de la LO 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.
- 62 Recuérdese, respecto del citado art. 417.bis, que su vigencia fue mantenida por el CP de 1995 y no sería abrogado hasta la LO 2/2010, de 3 de marzo.
- 63 Practicada a la gestante esta prueba en un laboratorio de Zaragoza, sus resultados no llegaron a la Unidad de Diagnóstico Prenatal, razón por la cual no se llegaron a valorar ni a comunicar a la embarazada.
- 64 Entre otras sentencias que estiman la pretensión resarcitoria de los padres al amparo de la “ausencia de información sobre la evolución del feto, lo que impidió a aquellos poder optar por una interrupción del embarazo”, vid. la STS Sala 3<sup>a</sup> 16 mayo 2012 (RJ 2012\6781) y las SS.TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Asturias 7 octubre 2013 (JUR 2013\325263), Castilla-La Mancha 3 marzo 2014 (JUR 2014\109858), Galicia 21 octubre 2015 (JUR 2015\266937) y Canarias 3 junio 2016 (JUR 2016\267158).

gestaba nacería con síndrome de Down (S. de la Audiencia Nacional 6 junio 2001<sup>65</sup>, confirmada por la STS 4 noviembre 2005<sup>66</sup>). Otras veces, por no haberse practicado a tiempo a la madre la prueba de amniocentesis –reiteradamente solicitada por aquella al haber ingerido previamente fármacos antidepresivos que podían afectar al feto- y no detectarse en consecuencia que su hija estaba afectada de síndrome de Down (STS 16 octubre 2007<sup>67</sup>, donde el Tribunal Supremo casó la Sentencia dictada el 5 noviembre 2003 por la Audiencia Nacional<sup>68</sup>). En otras ocasiones, por errores diversos en el diagnóstico prenatal se informó a la gestante de que el feto era normal, cuando, en verdad, nació con artrogriposis (S.TSJ Valencia 26 septiembre 2008<sup>69</sup>) o con graves malformaciones (STS 10 mayo 2007<sup>70</sup>, que anuló la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 abril 2003<sup>71</sup>).

Con todo, fue la STS 30 junio 2006<sup>72</sup> la que dio respuesta al recurso de casación para unificación de doctrina 217/2005, en relación a la deficiente detección de malformaciones en un *nasciturus*, apreciando la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y la procedencia de la correspondiente indemnización a los padres por el daño moral derivado de la ausencia de información a la madre embarazada de la existencia de taras en el feto, impidiéndole así poder optar por la realización de un aborto dentro del plazo que la norma facultaba al efecto.

De esa histórica Sentencia se hizo eco el Tribunal Supremo en la STS 14 marzo 2007<sup>73</sup>; decisión que, a su vez, es archiconocida porque a sus pronunciamientos se remiten explícitamente la práctica totalidad de las resoluciones posteriores que han versado sobre los denominados asuntos «*wrongful birth*» -entre otras muchas, las citadas SSTS 16 octubre 2007 y 10 mayo 2007<sup>74</sup>, o las SS.TSJ de Valencia 26 septiembre 2008<sup>75</sup> y de Castilla y León 21 julio 2017 y 8 junio 2017<sup>76</sup>-. De una parte, insiste esta jurisprudencia en la posibilidad de apreciar daño moral por lesión del derecho de autodeterminación de la persona (en cuanto a la privación de la facultad de optar por el aborto), afirmando en tal sentido, como también hiciera

65 SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 6 junio 2001 (RJCA 2001\1280).

66 STS Sala 3ª 4 noviembre 2005 (RJ 2006/1544).

67 STS Sala 3ª 16 octubre 2007 (RJ 2007\7620).

68 SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 5 noviembre 2003 (JUR 2004\49942).

69 STSJ Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 26 septiembre 2008 (JUR 2009\28001).

70 STS Sala 3ª 10 mayo 2007 (RJ 2007\3403).

71 SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 14 abril 2003 (JUR 2003\281967).

Vid. además, las SSTS 23 noviembre 2007 (RJ 2008/24) y 15 septiembre 2015 (RJ 2015\3720).

72 STS Sala 3ª 30 junio 2006 (RJ 2006/6580).

73 STS Sala 3ª 14 marzo 2007 (RJ 2007\1750).

74 SSTS Sala 3ª 16 octubre 2007 (RJ 2007\7620) y 10 mayo 2007 (RJ 2007\3403).

75 STSJ Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 26 septiembre 2008 (JUR 2009\28001).

76 SS.TSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 21 julio 2017 (JUR 2017\221021) y 8 junio 2017 (JUR 2017\201661).

la ya mencionada SAN 6 junio 2001<sup>77</sup>, que el *daño resarcible* “no se identifica ni se advierte en el hecho del nacimiento del hijo, pues su existencia no es un daño -tal y como declaró la STS 5 junio 1998<sup>78</sup>-, ni tampoco en sus consecuencias patrimoniales<sup>79</sup>, sino en la valoración autónoma de la lesión de la facultad de autodeterminación que no pudo ejercer la madre al verse privada de la debida información... Lo lesionado fue una manifestación de la facultad de autodeterminación de la persona, ligada al principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), como es la información para ejercer sus libres determinaciones”.

Por otra parte, también recuerda el Alto Tribunal en esa Sentencia de 14 marzo 2007 que “la teoría de los *cursos causales no verificables*, usada por la jurisprudencia norteamericana en casos de errores en el diagnóstico prenatal, 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. Esta teoría ha tenido distinta acogida en nuestra jurisprudencia, de manera que mientras fue seguida por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 junio 1997<sup>80</sup>, fue abandonada en las dictadas con fechas de 4 febrero 1999 y 7 junio 2002<sup>81</sup>, en las que no se consideró probado que la madre, de conocer las malformaciones del feto, habría abortado. En la primera [la de 1997] se estimó la acción de responsabilidad derivada de una falta de información sobre una prueba practicada, lo que impidió a la madre haber interrumpido legalmente su embarazo,

77 SAN 6 junio 2001 (RJCA 2001\1280).

78 STS Sala Iª 5 junio 1998 (RJ 1998/5169).

79 También a nivel doctrinal MACÍA MORILLO, A.: “La responsabilidad...”, *Revista de Derecho*, núm. 27, 2007, cit., pp. 23-24 pone en evidencia las serias dificultades para establecer una relación de causalidad entre el comportamiento del profesional sanitario y los *perjuicios económicos* que sufran los progenitores por los gastos añadidos que les suponga la enfermedad de su hijo, así como con el *daño moral* de esos padres por la contemplación de la condición enferma del mismo. Igualmente DE VERDA Y BEAMONTE, J. R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil médica...”, en *Responsabilidad...*, 2012, cit., pp. 30, 31, 33-34, 43-45 y 47-48 destacan que en estos supuestos el único *daño resarcible* es el *daño moral* por la privación a los padres de la oportunidad de tomar una decisión informada acerca de abortar o no, acerca de si dar lugar o no al nacimiento (pérdida de dicha opción que es, en sí misma, un *daño moral*, con independencia de que su titular tuviera o no voluntad de ejercitarla y con independencia de cuál hubiera sido su decisión); pero, de ello no se sigue que sea indemnizable el nacimiento mismo del hijo enfermo: *ni sus consecuencias patrimoniales* para los padres -los gastos materiales adicionales que supone haber traído al mundo un niño deficiente, en comparación con los que generan los que no lo son- *ni tampoco los morales derivados del impacto emocional, el sufrimiento y dolor* ocasionados a los progenitores por el nacimiento y ulterior crecimiento de un hijo discapacitado.

De ahí que estos autores consideren erróneo y criticable que una línea jurisprudencial en materia de acciones «*wrongful birth*» -representada, entre otras, por las SSTS 21 diciembre 2005 (RJ 2005/10149), 4 noviembre 2008 (RJ 2008/5860), 16 junio 2010 (JUR 2010/5716), 4 noviembre 2010 (RJ 2010/7988), 31 mayo 2011 (RJ 2011/400) y 20 mayo 2012 (RJ 2012/4676), por la STSJ Castilla y León 21 julio 2017 (JUR 2017\221021) y, en sede de Audiencias, por las SS.AAPP Málaga 31 marzo 2000 (AC 2000/915) y Barcelona 10 octubre 2001 (JUR 2002/6033)- contemple, además del *daño* por la privación de la posibilidad de abortar, *también el resarcimiento de los daños de naturaleza económica* por razón de los mayores gastos y desembolsos extraordinarios que a los progenitores les va a suponer la crianza del menor por las deficiencias que padece (cuidados médicos especiales, asistencia de otras personas, habilitación especial de la vivienda o vehículo, educación especial, etc.), así como *la indemnización del daño moral por los padecimientos y perjuicios psíquicos* causados por haber dado vida a un hijo discapacitado.

80 STS 6 junio 1997 (RJ 1997/4610).

81 SSTS 4 febrero 1999 (RJ 1999/748) y 7 junio 2002 (RJ 2002/5216).

mientras que en la segunda [la de 1999], por el contrario, se denegó la indemnización reclamada por el padre de una niña que nació con graves malformaciones congénitas que no fueron detectadas con los estudios ecográficos, declarándose que la genética está fuera de las posibilidades de evitar el resultado y, además, es una simple hipótesis decir que, en caso de ser informada, la madre gestante habría tomado la decisión de interrumpir el embarazo. Finalmente, la Sentencia de 7 junio 2002 consideró que no había prueba de que la embarazada, de haber conocido la existencia de malformaciones en el feto, hubiese abortado, lo que llevó al TS a la absolución del médico demandado<sup>82</sup>. Esta Sala y Sección, en reiteradas sentencias -por todas citaremos las de 14 julio 2001 y 18 mayo 2002<sup>83</sup>-, ha tenido en cuenta, a efectos de fijar el nexo causal entre la actuación del servicio público y el perjuicio sufrido, la conducta del personal médico. Partiendo de la base establecida en estas sentencias, resulta evidente 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 según los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar, de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por el aborto, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la prosperabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial<sup>84</sup>.

A la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta, y por no concurrir los presupuestos y requisitos exigibles, cabe encontrar otros muchos casos en que se ha desestimado la pretensión indemnizatoria de los padres<sup>85</sup>. Así, por ejemplo, en

82 Por su parte, en el asunto objeto de la STSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 29 septiembre 2004 (JUR 2005\189938), los padres de una niña que nació con Espina Bífida -cuyos efectos fueron posteriormente corregidos a través de exitosas cirugías y tratamientos- demandaron a la Administración por un error de diagnóstico acerca de las malformaciones del feto, esgrimiendo que ese defecto de información privó a la madre del derecho a decidir si deseaba la interrupción del embarazo acogiéndose a la indicación eugenésica dentro de los plazos legalmente establecidos, de modo que había sufrido un daño moral por el atentado a su derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE. En este supuesto, el TSJ desestimó el recurso al no apreciar que "la falta de detección en periodo prenatal de la espina bífida cerrada respondiera a una actuación torpe de la Administración"; pero además -y esta es la afirmación que queremos resaltar-, declaró que "esta Sala no considera que el no ejercicio de la facultad de interrupción del embarazo constituya un daño indemnizable y ello por carecer de la cualidad de efectivo, pues es una mera hipótesis que, conocida la malformación del feto, los recurrentes hubieran decidido interrumpir la gestación...; es moverse en el terreno de las especulaciones afirmar que la actora hubiera hecho uso de la indicación eugenésica una vez conocida la malformación, explicado por los facultativos su naturaleza, afecciones físicas del feto, posibilidades de corrección por vía de intervenciones, como de hecho ha sucedido, y afecciones reales y definitivas de la niña una vez realizadas estas".

83 SSTS 14 julio 2001 (RJ 2001/6693) y 18 mayo 2002 (RJ 2002/5740).

84 Vid. en la misma línea la STS, Sala 1ª, 15 septiembre 2015 (RJ 2015\3720).

85 A fin de resaltar que la responsabilidad médica en estos casos quedará limitada a aquellas enfermedades o malformaciones del concebido que *hubieran podido ser detectadas* (ya con arreglo a los protocolos ordinarios, ya con medios extraordinarios o pruebas clínicas específicas de tratarse de embarazos de riesgo), y siempre que su detección hubiese sido posible dentro del plazo legal para abortar, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Responsabilidad civil médica...", en *Responsabilidad...*, 2012, cit., pp. 45-47 comentan un nutrido grupo de sentencias de la jurisprudencia menor que desestiman la acción ejercitada por los progenitores por no concurrir tales requisitos: entre ellas, las SS.AAPP León 8 marzo 2001 (AC 2001/2293), Baleares 6 junio 2001 (AC 2001/2143), Cádiz 17 septiembre 2002 (AC 2002/1929) y Barcelona 5 abril 2001 (JUR 2001/209546) y 9 marzo 2005 (AC 2005/485). Vid. igualmente, en fechas posteriores, por ejemplo, la SAP Barcelona 17 enero 2017 (JUR 2017\122465) y la STSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 17 marzo 2017 (JUR 2017\103918).

el asunto resuelto por la S.TSJ del País Vasco 7 febrero 2005<sup>86</sup> la madre recurrente basaba su reclamación en la deficiente atención de los servicios médicos durante el embarazo, ya que los facultativos no le informaron, pese a los antecedentes familiares, de que el bebé podía padecer la "distrofia muscular duchenne" con la que nació, lo que había privado a la demandante y su esposo de la posibilidad de haber interrumpido el embarazo. El TSJ no apreció, sin embargo, que hubiera habido *infracción del derecho a la información* de la gestante en relación a la concurrencia de dicha enfermedad hereditaria<sup>87</sup>.

Igualmente la S. TSJ de Cataluña 28 febrero 2007<sup>88</sup> declaró improcedente la indemnización solicitada por los padres de un niño nacido con síndrome de Down en concepto de daño moral por la vulneración de su derecho a la decisión de la interrupción voluntaria del embarazo, que los actores atribuían a una incorrecta prestación del servicio sanitario y, en particular, a la ausencia de información acerca de la fiabilidad de las pruebas practicadas y la posibilidad de someterse a otros exámenes. El TSJ entendió, en cambio, que "el protocolo de actuación en las gestaciones fue escrupulosamente cumplido en el embarazo" de la reclamante y que "el estado de la ciencia médica actual no puede prever ni anticipar con total seguridad la existencia de anomalías cromosómicas en el feto", por lo que "al no haber existido vulneración de la *lex artis*, ni tampoco, por consiguiente, nexo causal entre la asistencia médica y el resultado dañoso, procedía desestimar el recurso contencioso-administrativo"<sup>89</sup>.

Asimismo la S.TSJ de Aragón 26 febrero 2009<sup>90</sup> desestimó el recurso interpuesto por los padres de una niña que nació con graves malformaciones y lesiones congénitas (onfalocele, ceguera, retraso mental, epilepsia) al concluir que, amén de la adecuada atención del embarazo por los servicios sanitarios de la Administración demandada, también había sido correcta y suficiente la información que se les suministró, no pudiendo pues alegar *a posteriori* un daño moral por una inexistente privación de la opción de abortar: "los recurrentes –concluyó el TSJ– recibieron la información que el caso requería, ante las graves malformaciones congénitas que pudieron ser detectadas a través de los controles ecográficos, y que conocieron desde el primer

---

Por su parte, destaca con acierto la STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 21 junio 2017 (JUR 2017\199448) que no procede estimar la acción de indemnización de daño moral ejercitada por los padres cuando la tara del feto, aun en la hipótesis de que hubiera sido detectada por los médicos, no habría permitido interrumpir voluntariamente el embarazo por no tratarse de una grave anomalía –como aconteció en el caso de autos donde el menor nació con una malformación facial (una fisura del labio palatino bilateral completa)-.

86 STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 7 febrero 2005 (JUR 2005\204987).

87 Igualmente, la STSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 11 junio 2010 (JUR 2010\267342) consideró que la imposibilidad de la madre de optar por el aborto eugenésico (y el consiguiente daño moral alegado) no fue imputable a una falta de información durante la gestación de las anomalías que presentaba el feto, derivada de actuaciones médicas negligentes o contrarias a la *lex artis*.

88 STSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 28 febrero 2007 (JUR 2007\150946).

89 Vid. igualmente las SS.TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Castilla y León 20 septiembre 2016 (JUR 2016\239606) y Murcia 2 junio 2017 (JUR 2017\170111).

90 STSJ Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 26 febrero 2009 (JUR 2009\275668).

momento, sin que, por tanto, pueda estimarse que se les privara de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, en el plazo legal para hacerlo, la que decidieron libremente no adoptar después de pensarlo unos días, tras los que comunicaron -como así quedó reflejado en la historia clínica- su decisión de seguir la gestación<sup>91</sup>.

## B) Acciones «*wrongful life*»: reticencias doctrinales y desestimación generalizada de dichas acciones en la praxis judicial.

A diferencia de lo que con anterioridad se ha dicho sobre las «*wrongful birth actions*», las acciones «*wrongful life*» o reclamaciones interpuestas en nombre del propio hijo<sup>92</sup> son rechazadas por la generalidad de nuestra doctrina<sup>93</sup> sobre la base de dos grandes tipos de argumentos: de un lado, por razón de las dificultades para identificar el *daño* en sí y para determinar su valoración, pues la disyuntiva a nacer con malformaciones habría sido no nacer y se cuestiona la consideración del hecho de la vida como *daño* y que este pueda consistir en la lesión de un supuesto “derecho

91 Por su parte, la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 13 abril 2007 (RJCA 2007\540) -en la que luego abundaremos, pues en ella se interpuso conjuntamente una reclamación de los daños sufridos por el propio hijo- fundó la desestimación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ante la alegada imposibilidad de los padres de acogerse a la interrupción del embarazo por malformaciones en el feto *al superar el periodo de gestación permitido*, en la falta de prueba de que ese retraso hubiese sido imputable a la Administración. Concluyó así el Tribunal que la pretendida “pérdida de oportunidad” (*vid.* al respecto, por todos, MEDINA ALCOZ, L.: *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, en especial pp. 202-203; y ASUA GONZÁLEZ, C. I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pp. 110-119) no fue imputable al funcionamiento del servicio público, pues no hubo retraso alguno en la atención sanitaria prestada, distinto del provocado por la propia actora, la cual acudió a la asistencia sanitaria pública cuando las malformaciones fetales ya se habían generado -varias semanas de gestación antes- y ya no se podía actuar respecto a ellas al haberse cumplido con creces ya entonces el límite del plazo legal para poder abortar.

92 Acerca de la posibilidad –remota- de que el propio hijo (al llegar a la mayoría de edad) ejercite la acción *wrongful life* por sí mismo, y sobre las muchas trabas para ello, *vid.* MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos...*, 2005, cit., p. 81, en especial n. 118. De ahí que dicha autora considere preferible limitar como regla general el supuesto de dicha acción al ejercicio de la misma en nombre del niño por parte de sus progenitores o por quien corresponda (*v.gr.* un defensor judicial), con arreglo al art. 7.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) y los arts. 163 y 299 CC.

La misma opinión refrendan también, entre otros, MARTÍNEZ-PEREDA, J. M.: “La responsabilidad en el diagnóstico prenatal”, *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 79, 2002, p. 16; y MARTÍN CASALS, M./SOLÉ, J.: “Comentario a la STS de 29 mayo 2003 (Responsabilidad sanitaria. Ligadura de trompas fallida que no impide un posterior embarazo)”, *CCJC*, núm. 64, 2004, p. 199; y “Responsabilidad por la privación...”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 16, 2004, cit., p. 19.

93 Contrarios a acoger las reclamaciones *wrongful life* son entre nuestros autores, p.ej. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a la STS de 4 febrero 1999”, *CCJC*, núm. 50, 1999, cit., pp. 841-860; PANTALEÓN, F.: “Procreación artificial...”, en *La filiación...*, 1988, cit., pp. 271-276; ATAZ LÓPEZ, J.: “Las *wrongful actions* en materia de responsabilidad médica”, en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, dir. por A. ORTI VALLEJO y coord. por M<sup>o</sup>. C. GARCÍA GARNICA, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, p. 352; MARTÍN CASALS, M./SOLÉ, J.: “Comentario a la STS de 18 de mayo de 2006. *Wrongful birth* y *wrongful life*”, en *Responsabilidad extracontractual. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, dir. por R. BERCOVITZ, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 710-716; ALISTE SANTOS, T.J.: “El favor *nascituri* y su aplicación por el juez ante las demandas de *wrongful life* y *wrongful birth*”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 49, 2007, pp. 5-17; MORENO, J.A.: *Daños indirectos en familiares...*, 2012, cit., pp. 45-46; VICANDI MARTÍNEZ, A.: “El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 3, 2013, p. 42, n.5 y p. 43; DE VERDA, J.R./CHAPARRO, P.: “Responsabilidad civil médica...”, en *Responsabilidad...*, 2012, cit., p. 28. *Vid.* igualmente en sentido crítico, entre las voces foráneas, TRABUCCHI, A.: “Il figlio, nato o *nascituro*, *inaestimabilis res*, e non soltanto *res extra commercium*”, *Riv.Dir.Civ.*, 1991-I, pp. 211-221; y CAPOBIANCO, E.: “*Nascituro* e responsabilità civile”, *Rass.Dir.Civ.*, 1997, pp. 64-65.

a no nacer” o de un “derecho a nacer sano”<sup>94</sup>. De otra parte, tampoco pueden soslayarse los problemas atinentes a la *relación de causalidad* y a la *imputación objetiva* del daño al profesional sanitario demandado<sup>95</sup>.

Esos mismos obstáculos conducen a que en aquellas ocasiones –escasas, pero no inexistentes- en que tales acciones «*wrongful life*» han sido efectivamente planteadas, no hayan llegado a prosperar en nuestro país (STS 7 junio 2002<sup>96</sup> y 18 diciembre 2003<sup>97</sup>)<sup>98</sup>, sin que tampoco otros tribunales europeos<sup>99</sup> -ni estadounidenses<sup>100</sup>- suelen estimarlas, salvo contadas excepciones como el conocido caso *Perruche* de la jurisprudencia francesa, donde la Sentencia de la Corte de Casación civil de 17 noviembre 2000<sup>101</sup> concedió indemnización a un niño en un supuesto de *wrongful life*. De forma muy sintética, los hechos que dieron origen a esta litis fueron los siguientes: Nicolás Perruche nació el 13 de enero de 1983, con profundas taras neurológicas, cardiopatías, sordo y casi ciego. Su madre había contraído la rubéola estando encinta y había manifestado su voluntad de abortar si el feto estaba

94 Tras exponer las opiniones doctrinales más difundidas en ese sentido (pp. 403-438), A. MACÍA (*La responsabilidad médica por los diagnósticos...*, 2005, cit., pp. 81, 443 y ss. y 581) sostiene que en las acciones *wrongful life* la admisión de la existencia de un daño “no erosiona el bien vida”, pues “el niño discapacitado no reclama realmente por vivir, sino por vivir discapacitado; el daño no es la vida, sino el hecho de vivir con las malformaciones, defectos o enfermedades”. “Con ello, no se trata de reclamar como daño las lesiones en sí... sino, aunque suponga hilar muy fino –reconoce la autora-, el sufrimiento, dolor y angustia que ocasionan” (a veces dolor físico y, en todo caso, moral). Vid. igualmente DE LA MAZA, I.: “Plegarias atendidas: procreación asistida y *wrongful life*...”, en *Daños...*, 2006, cit., pp. 92-98.

Vid. también al respecto, p.ej. D'ANGELO, A.: *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milán, 1999; PICKER, E.: *Il danno della vita. Risarcimento per una vita non desiderata*, Giuffrè, Milán, 2004; y AMATO, S.: “Il diritto alla vita e il potere sulla vita”, *Persona y Derecho*, núm. 60, 2009, pp. 177-185.

95 Tras un amplio análisis del tema, afirma A. MACÍA MORILLO (*La responsabilidad médica por los diagnósticos...*, 2005, cit., pp. 463 y ss. y 581-583) que en las acciones *wrongful life*, además de las dificultades para establecer un enlace causal, los daños reclamados “no son imputables al profesional sanitario demandado, pues no se integran dentro del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad que se reclama. En concreto -entiende dicha autora (aunque esta afirmación suya daría para mayores reflexiones)-, la normativa sobre la interrupción voluntaria del embarazo no contempla la protección de los intereses del niño, sino que, en las situaciones de conflicto, priman sobre ellos los de la gestante, que son los que resultan efectivamente protegidos”. Vid. también a ese respecto, MACÍA MORILLO, A.: “Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006, pp. 85-90.

96 STS Sala 1ª 7 junio 2002 (RJ 2002/5216).

97 STS Sala 1ª 18 diciembre 2003 (RJ 2003/9302). Esta Sentencia ha sido comentada críticamente por A. MACÍA MORILLO (“Comportamiento negligente en el diagnóstico prenatal”, en *Responsabilidad extracontractual. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, dir. por R. BERCOVITZ, Cizur Menor; Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 205-212), quien explica las razones por las que en verdad se trataba de un “falso supuesto de *wrongful life*”.

98 Desestimatorias de las demandas *wrongful life* planteadas por los padres en nombre de su hijo han sido también, p.ej., la SAP Barcelona 10 octubre 2001 (JUR 2002/6033) o la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 27 enero 2012 (JUR 2012/196949). Un examen de la jurisprudencia española sobre este tipo de acciones puede verse en MAZZILLI, E.: “La acción de *wrongful life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2012, pp. 79-111.

99 Un amplio estudio de Derecho comparado de las acciones *wrongful life* (tanto en Gran Bretaña, Francia y Alemania, como también en Estados Unidos) lleva a cabo MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica...*, 2005, cit., pp. 120-140.

100 Tras poner de relieve que las acciones *wrongful birth* mantienen en Estados Unidos saludables tasas de aceptación, I. DE LA MAZA (“Plegarias atendidas...”, en *Daños...*, 2006, cit., pp. 81-91) destaca que, por el contrario, las *wrongful life* son rechazadas por regla general, examinando minuciosamente los casos norteamericanos más emblemáticos.

101 En *Dalloz*, 2001, núm. 4, pp. 332-339.

afectado por la infección. No obstante, los médicos diagnosticaron erróneamente la ausencia de contagio y el laboratorio que había realizado los análisis no detectó que la rubéola se hubiera transmitido *in utero*. Tras el nacimiento del niño con las referidas deficiencias derivadas de la rubéola no detectada, los profesionales sanitarios fueron demandados por los padres de Nicolás, en nombre de su hijo, para que se reconociera a este el perjuicio sufrido. La Corte de apelación de Orleans rechazó la posibilidad de una indemnización al hijo con el argumento de que un ser humano no es titular del derecho a nacer o no nacer; a vivir o no vivir. Sin embargo, el asunto llegó a la Corte de Casación que, tras un arduo debate, se pronunció a favor del demandante, razonando que, puesto que las negligencias médicas habían privado a la madre de la facultad legal de abortar, con cuyo ejercicio se habría evitado el nacimiento de un niño afectado por tan graves anomalías, ese hijo *podía reclamar la reparación del perjuicio resultante de haber nacido con tales deficiencias*.

Precisamente en respuesta a la polémica levantada por esta Sentencia y como reacción a las muchas críticas doctrinales de que fue objeto<sup>102</sup>, el legislador francés dictó la *Loi n°.2002-2003, du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*<sup>103</sup>, en cuyo art. 1.1 -precepto que ulteriormente, por Ley de 11 febrero 2005, fue incorporado, como art. 114.5, en el *Code de l'action sociale et des familles*- se viene a establecer que «*nadie puede invocar un perjuicio por el simple hecho de su nacimiento*»<sup>104</sup>. El mismo precepto se ocupa de matizar en los párrafos siguientes, por un lado, que «*La persona nacida con una anomalía debida a una negligencia médica puede obtener la indemnización de su perjuicio cuando el acto negligente ha provocado directamente la anomalía o ha contribuido*

102 Vid. entre otras críticas a dicho fallo, las de VINEY, G.: “*Brèves remarques à propos d’un arrêt qui affecte l’image de la justice dans l’opinion*”, *La Semaine Juridique*, núm. 2, 2001, pp. 65-66; MURAT, P.: “*L’affaire Perruche: où l’humanisme cède à l’utilitarisme*”, *Droit Famille*, enero 2001, pp. 28-29; MAZEAUD, D.: “*Nota a Cass. Civ. 17 noviembre 2000, ass. Plé.*”, *Le Dalloz*, 2001, núm. 4, pp. 332-336; PICCIOCHI, C.: “*L’arrêt Perruche della Cassazione francese: wrongful life actions e tutela costituzionale dell’esistenza. Un dissidio ‘insanabile’?*”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, II, pp. 677-685; DE VERDA BEAMONTE, J.R.: “*Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano*”, en *Daños en el Derecho de Familia* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 19 y ss.; y DE VERDA Y BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “*Responsabilidad civil médica...*”, en *Responsabilidad...*, 2012, cit., pp. 25-30, quienes desarrollan, como principales aspectos que conducen a que esta sentencia francesa no resista el menor análisis crítico, la falta de relación de causalidad entre el comportamiento negligente de los profesionales médicos y la deficiencia con la que nace el niño; la imposibilidad de considerar daño resarcible el nacimiento de una persona con deficiencias no imputables a negligencia médica; y el riesgo de proliferación de demandas de responsabilidad civil. De forma monográfica sobre el caso *Perruche*, vid. CAYLA, O./THOMAS, Y.: *Il diritto di nascere*, Giuffrè, Milán, 2004.

103 Vid. al respecto, p.ej. DE MONTECLER, M.-C.: “*Les premiers effets de la loi anti-Perruche*”, *Le Dalloz*, 2002; y FEUILLET, B.: “*The Perruche case and french medical liability*”, *Drexel Law Review*, Vol. 4, núm. 139, 2011.

104 Este principio, que viene a rectificar la tesis jurisprudencial contraria del caso *Perruche*, implica que la existencia en el recién nacido de deficiencias no detectadas en el diagnóstico prenatal, pero no causadas o agravadas por el comportamiento culpable de los profesionales sanitarios, no sujeta a estos a responsabilidad civil frente a aquel; pero además -tal como acertadamente advierten DE VERDA Y BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “*Responsabilidad civil médica...*”, en *Responsabilidad civil...*, 2012, cit., p. 30, n.20- también consagra, como luego se verá, la exclusión de una eventual acción de responsabilidad civil del hijo nacido con deficiencias contra su madre por no haber abortado. Vid. igualmente en la doctrina francesa, LAMBERT-FAIVRE, Y.: “*La Loi n°2002-2003, du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*”, I, “*La solidarité envers les personnes handicapées*”, *Le Dalloz*, 2002, núm. 15, p. 1218.

a agravarla, o no ha permitido adoptar las medidas susceptibles de atenuarla»; y también aclara, por otro lado -refiriéndose este tercer párrafo a las acciones ejercitadas por los progenitores-, que «Cuando la responsabilidad de un profesional o un establecimiento sanitario se produce respecto a los padres de un hijo nacido con una anomalía no detectada durante la gestación como consecuencia de una actuación culposa, los padres pueden reclamar una indemnización tan solo por su propio perjuicio. Este perjuicio no deberá incluir las cargas particulares que deriven de la anomalía del hijo a lo largo de toda su vida. La compensación de este perjuicio corresponde a la solidaridad nacional»<sup>105</sup>.

Volviendo al Derecho español, resulta obligado advertir finalmente que, aunque lo más común es que la acción *wrongful life* sea ejercitada conjuntamente con la *wrongful birth* –de forma que los padres, al tiempo que reclaman en su propio nombre, lo hacen también en el de su hijo demandando el resarcimiento de los daños que a este se “ocasionaron” siendo *nasciturus*-, se trata de acciones independientes<sup>106</sup> y que, en consecuencia, pueden correr la misma o distinta suerte. Basten como ejemplo de ello tres sentencias, todas ellas en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración, en las que además se refleja la referida tónica comúnmente desestimatoria de la pretensión indemnizatoria ejercitada en nombre del hijo.

Así, en el caso resuelto por la S.TSJ de Madrid 15 julio 2008<sup>107</sup> los padres de una niña que nació con síndrome de Down –habiéndose omitido la práctica a la madre de la prueba del *triple screening*- reclamaban, además de la indemnización de su propio daño moral por haberseles privado de la posibilidad de decidir someterse a un aborto eugenésico, una pensión vitalicia de carácter mensual a favor de su hija por importe de 700 euros, actualizada anualmente conforme al IPC, desde la fecha de nacimiento de la niña. La Sentencia, sin embargo, ni siquiera llegó a entrar en el examen particular de esta última pretensión pues, al rechazar la existencia de toda responsabilidad de la Administración sanitaria<sup>108</sup>, desestimó *in totum* el recurso interpuesto.

105 En favor de esta legislación francesa que excluye la reclamación por *wrongful life*, que asimismo sitúa fuera de las pretensiones *wrongful birth* las particulares cargas que para los padres suponga la enfermedad o anomalía del hijo y que expresamente impone al Estado (en cuanto Estado Social) el deber de asumir los costes que derivan de la asistencia a las personas con discapacidad, *vid.* entre otros ALISTE, T.J.: *Tutela...*, cit., 2011, p. 188; MARTÍN CASALS, M./SOLE, J.: “Responsabilidad por la privación...”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 16, 2004, cit., pp. 18 y 21; y DE VERDA Y BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil médica...”, en *Responsabilidad...*, 2012, cit., pp. 28-30, 44-45, 48-49.

106 *Vid.* expresamente en este sentido, MORENO MARTÍNEZ, J.A.: “Resarcimiento...”, en *La responsabilidad...*, 2012, cit., p. 312; y MACÍA MORILLO, A.: “La responsabilidad...”, *Revista de Derecho*, núm. 27, 2007, cit., p. 20.

107 STSJ Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 15 julio 2008 (JUR 2008\300283).

108 Argumentó a tal fin el TSJ que la falta de detección de la alteración cromosómica en la entonces *nasciturus* no fue debida a ninguna infracción de la *lex artis* médica en el seguimiento del embarazo, pues a la vista del conjunto probatorio obrante en autos, se aplicaron a la gestante “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 [la entonces vigente Ley 30/1992], el daño por el que por esta razón se reclama no puede calificarse de antijurídico”.

Igualmente en el asunto de que se ocupa la S.TSJ de Castilla-La Mancha 13 abril 2007<sup>109</sup>, los padres de un niño que nació con graves taras y anomalías (determinantes de una incapacidad permanente superior al 80%) *solicitaron en nombre de aquel una indemnización de algo más de seiscientos mil euros*. Aunque también aquí la Sentencia rechazó por completo la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, interesa poner de relieve que en el voto particular formulado por uno de los magistrados de la Sala, si bien este se decantó por considerar indemnizables, en contra del criterio de la mayoría, los daños morales y materiales que la incapacidad de su hijo menor y la pérdida de la oportunidad de interrumpir legalmente el embarazo habían infligido a los padres, no dejó de puntualizar que, en cambio, *“la incapacidad del menor no trae su causa de la frustración de aquel derecho a abortar de la madre”*, por lo que ciertamente *debe desestimarse “el pedimento relativo a la incapacidad del menor, al no ser achacable a funcionamiento anormal o normal de la Administración”*.

Por su parte, la ya antes citada STS 14 marzo 2007<sup>110</sup> —en la que sí se aprecia responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y se concede la correspondiente indemnización a los padres de una niña nacida sin las dos piernas y el brazo izquierdo— hace notar que, tal como ya señalaba la resolución de la Audiencia Nacional que se impugnaba, el efectivo daño a cuyo resarcimiento debe procederse es únicamente el derivado del “mal funcionamiento del servicio por ausencia de información sobre la evolución del feto, lo que impidió a los padres poder optar por una interrupción voluntaria del embarazo”, pero *“en ningún momento se entiende que las consecuencias de la mala praxis médica fueran las malformaciones congénitas de la menor”*<sup>111</sup>.

109 STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 13 abril 2007 (RJCA 2007/540).

110 STS Sala 3ª 14 marzo 2007 (RJ 2007/1750).

111 A modo de paréntesis, conviene hacer mención de los casos —completamente diferentes de los apuntados en su momento, en que ya *antes de la concepción* los padres eran conscientes del riesgo de transmisión de enfermedades a la descendencia— en los que, detectada una enfermedad o malformación del feto mediante un diagnóstico prenatal practicado *en el curso del embarazo* e informados correctamente los progenitores de la tara con que su hijo nacerá, aquellos *deciden llevar a término la gestación* y, en concreto, *la madre opta por no abortar* (pudiendo hacerlo y estando en plazo para ello). También aquí se discute si el nacido puede o no reclamar responsabilidades a sus padres por tal decisión y por el hecho mismo de su propia existencia (necesariamente enferma y donde la única alternativa a la misma habría sido no nacer). Pues bien, por razones parcialmente similares a las que hemos visto que conducen al rechazo generalizado de las acciones «*wrongful life*» —si bien en estas la pretensión resarcitoria del nacido se dirige frente al profesional sanitario que llevó a cabo un diagnóstico prenatal erróneo—, igualmente en las que ahora nos interesan impera la opinión de que no existe responsabilidad civil de los progenitores por no haber abortado. Y ello, fundamentalmente, por las dificultades tanto para apreciar la relación de causalidad con el comportamiento de los padres, como para admitir la existencia misma de un daño indemnizable y reputar como tal el nacimiento de un niño con deficiencias; objeciones a las que se sumaría la ausencia de un comportamiento antijurídico en la madre que, amparada por su libertad de procreación, tiene derecho a decidir si aborta o no, pero en ningún caso la obligación de abortar. Vid. el examen detenido de tales argumentos que en apoyo de esa postura realiza RODRIGUEZ GUITIÁN, A. M<sup>ª</sup>: “Tipología...”, en *Tratado...*, VI, 2011, cit., pp. 875-878. En esa misma dirección contraría a la responsabilidad de los padres frente al hijo en dicho supuesto, vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”, en *Responsabilidad...*, 2012, cit., pp. 28 y 30, n.20; y en la doctrina francesa, NEYRET, L.: “Handicaps congénitaux: tout risque d’action en responsabilité civile d’un enfant contre sa mère n’est pas écarté”, *Le Dalloz*, núm. 26, 2003, p. 111.

### 3. Breve alusión a las acciones «*wrongful death*» y a las acciones «*wrongful conception*» (o por indeseada concepción y nacimiento de un hijo sano).

Como complemento de las precedentes reflexiones acerca de las acciones «*wrongful birth*» y «*wrongful life*», procede realizar ahora una somera referencia a otras dos categorías bien diversas de reclamaciones que, siquiera colateralmente, guardan alguna conexión con el tema que nos ocupa.

De una parte, las acciones «*wrongful conception*» o «*wrongful pregnancy*», que son las concernientes a las demandas resarcitorias interpuestas contra los profesionales sanitarios por los progenitores (uno o ambos) con motivo de los daños irrogados por la concepción y nacimiento *no deseados* de un hijo sano; por ejemplo, al fracasar el procedimiento de esterilización o fallar las medidas anticonceptivas adoptadas por el médico demandado<sup>112</sup> (v.gr. vasectomías y ligaduras de trompas fallidas, colocación de dispositivos intrauterinos defectuosos o ineficaces, etc.)<sup>113</sup>.

De otra parte, las llamadas acciones «*wrongful death*», las entabladas por los padres por razón de *la muerte prenatal de su hijo* como consecuencia de la actuación médico-sanitaria. A título de ejemplo, y al hilo de la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración, viene a estimar una acción de este tipo la S. de la Audiencia Nacional 11 mayo 2015<sup>114</sup>, mientras que, en cambio, acordó su desestimación la S.TSJ Murcia 20 julio 2007<sup>115</sup> en un asunto de *muerte fetal en asistencia al parto*, relacionada en concreto con el traslado de la parturienta al hospital en un autobús urbano (y no en ambulancia). Si bien los padres achacaron a esa causa la pérdida del *nasciturus* alegando que «el fallecimiento se produjo durante el traslado en autobús desde un centro al otro» no siendo el transporte público el medio más adecuado en tales circunstancias, el TSJ concluyó que, tras un completo examen del material probatorio, “la pérdida del hijo no derivó de la atención prestada por los Servicios de Salud y, concretamente, no ha quedado probado que el hecho dañoso derivase del aludido traslado en autobús al Hospital; mientras que, sin embargo, sí está suficientemente probado que en todo momento se tomaron las medidas adecuadas para la atención

112 Junto a esos casos más comunes, también las hipótesis de *abortos fallidos* encajarían dentro del supuesto de hecho básico de las acciones indemnizatorias que los padres podrían interponer por nacer un hijo no deseado pero sano. Vid. por todos, ATIENZA NAVARRO, M<sup>a</sup>. L.: “La responsabilidad civil de los padres...”, en *Responsabilidad...*, 2012, cit., p. 52, n. 44; y MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica...*, 2005, cit., p. 55-56. En la praxis judicial, cfr. la STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 15 noviembre 2017 (JUR 2018\66506).

113 Vid. con detalle sobre este tipo de acciones, p.ej. MARTÍN CASALS, M./SOLE I FELIU, J.: “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, *InDret*, 2001-3, pp. 1-16; y MACÍA MORILLO, A.: “Voz “Responsabilidad perinatal””, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, II, dir. por C. M<sup>a</sup>. ROMEO CASABONA, Comares, Granada, 2011, pp. 1455-1459. Recientemente a nivel jurisprudencial, vid. p.ej. las SS.TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia 30 junio 2016 (JUR 2016\180785) y de Castilla y León 14 octubre 2016 (JUR 2016\256817).

114 SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 11 mayo 2015 (JUR 2015\135485).

Vid. asimismo, en el ámbito de la sanidad privada, la SAP Madrid 4 septiembre 2017 (JUR 2017\243629).

115 STSJ Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 20 julio 2007 (JUR 2008\169072).

de la paciente, sin que la pérdida del *nasciturus* tenga relación de causalidad con el funcionamiento, normal o no, del servicio público”<sup>116</sup>.

Adviértase para concluir que, según apunta MACÍA MORILLO<sup>117</sup> en su estudio de la problemática aparejada a las acciones «*wrongful death*», a veces esta clase de acciones han llegado a ser interpuestas por los padres, no en su propio nombre, sino en el del *propio hijo fallecido* frente al causante de la muerte prenatal del mismo; supuestos en que tales demandas de resarcimiento han sido rechazadas en Inglaterra, pero no siempre en Estados Unidos<sup>118</sup>.

---

116 Tampoco la STSJ Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 20 octubre 2004 (JUR 2005\198591) apreció responsabilidad patrimonial de la Administración pública en un asunto donde el padre reclamó una indemnización por la muerte de su hija (en el presente caso a las 30 horas desde el corte del cordón umbilical); responsabilidad que el demandante fundaba en la deficiente asistencia sanitaria derivada del *retraso del médico de guardia en atender a su mujer en los momentos previos al parto*. Sin embargo, el TSJ entendió que “la atención prestada en conjunto (ambulatoria y hospitalaria) alcanzó un nivel de garantía suficiente” y, desde luego, no fueron los tres o cuatro minutos que dicho médico se demoró en atender a la parturienta los que dieron lugar al desgraciado desenlace en el parto; “parto que se produjo de modo natural, con asistencia en el hospital, pero que se originaba prematuramente y, por tanto, con las deficiencias consiguientes en el organismo del *nasciturus*”, en concreto la dificultad respiratoria que, en este caso, produjo el encharcamiento de los pulmones y la muerte por asfixia del recién nacido. Vid. en la misma línea, las SS. TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Valencia 14 junio 2016 (JUR 2016\214681) y de Galicia 7 marzo 2017 (JUR 2017\97806) y STS Sala 3ª 20 febrero 2018 (RJ 2018\694).

117 Vid. MACÍA MORILLO, A.: Voz “Responsabilidad perinatal”, en *Enciclopedia de Bioderecho...*, II, 2011, cit., p. 1460.

118 Así lo indica también EMALDI CIRIÓN, A.: “La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos”, *La Ley*, 2001-5, pp. 1608-1609, quien precisa que, frente a la negativa generalizada en otros ordenamientos jurídicos a admitir la legitimación activa del hijo -fallecido antes de haber nacido-, el tratamiento de esas hipótesis en Estados Unidos suele hacerse depender del grado de viabilidad que tuviera el feto en el momento de la muerte.  
Un ilustrativo repertorio de casos de *wrongful death* resueltos por los tribunales estadounidenses ofrece DE LA MAZA, I.: “Antes de que nazcas...”, en *Responsabilidad civil...*, 2012, cit., pp. 90-94.

## BIBLIOGRAFÍA

ALISTE SANTOS, T. J.:

- «El favor nascituri y su aplicación por el juez ante las demandas de *wrongful life* y *wrongful birth*», *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 49, 2007.

- *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2011.

AMATO, S.: «Il diritto alla vita e il potere sulla vita», *Persona y Derecho*, núm. 60, 2009.

ANGELOZZI, D.: «Vita indesiderata e pretese risarcitorie del figlio», en SESTA, M. (ed.), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, UTET, Turín, 2008.

ARCOS VIEIRA, M<sup>a</sup>. L.: *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008.

ATAZ LÓPEZ, J.: «Las *wrongful actions* en materia de responsabilidad médica», en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos (Daños a la salud y seguridad de las personas)*, dir. por A. ORTÍVALLEJO y coord. por M<sup>a</sup>.C. GARCÍA GARNICA, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006.

ATIENZA NAVARRO, M<sup>a</sup>. L.:

- "La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural", en *Daños en el Derecho de Familia*, coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006.

- "La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural", en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

- "Las enfermedades con que nacen los hijos y la posible responsabilidad civil de los padres en el ámbito de la procreación natural", *Revista Española de Drogodependencias*, núm. 33, I, 2008.

BATA, A.: «Responsabilità del medico, omissione di informazioni e danno risarcibile per mancata interruzione di gravidanza (nota a Cass., Sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464)», *Corriere giuridico*, 1995.

BELLISARIO, E.: «Nascita indesiderata e vita non voluta: esperienze europee a confronto (nota a App. Perugia, 24 maggio 2000)», *Famiglia*, 2001, II.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:

- "Comentario a la STS 4 febrero 1999 (Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, 1999.

- "Comentario a la STS 7 junio 2002 (Responsabilidad médica: nacimiento de niño afectado de síndrome de Down; derecho de información; relación de causalidad)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm.59, 2002.

BILOTTA, F.: «Profili del danno esistenziale nella procreazione», *Responsabilità civile e prevenzione*, 1999.

BUSNELLI, F. D.: "L'inizio della vita umana", *Rivista di Diritto Civile*, 2004, I.

BUSTOS PUECHE, J. E.: «Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 junio de 1997», *La Ley*, 1997-5.

CAPOBIANCO, E.: "Nascituro e responsabilità civile", *Rassegna di Diritto Civile*, 1997.

CARNELUTTI, F.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Piacenza de 31 julio 1950», *Foro Italiano*, 1951-I.

CASSANO, G.:

- «Rapporti tra genitori e figli, illecito civile e responsabilità. La rivoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni alla luce del danno esistenziale», *Persona e Danno*, 5-7-2006 (<https://www.personaedanno.it/generalita-varie/rapporti-tra-genitori-e-figli-illecito-civile-e-responsabilita-giuseppe-cassano>) (y en *Rivista di Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2006, II).

- *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale. Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padua, Cedam, 2006.

CAYLA, O./THOMAS, Y.: *Il diritto di non nascere: a proposito del caso Perruche*, traducción de L. COLOMBO, Giuffré, Milán, 2004.

CECCHINI ROSELL, X.: "El deber de información del médico. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad (Comentario a la STS núm.581/2002, de 7 de junio. Recurso de casación núm. 3384/1996)", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 10, 2003.

COBAS COBIELLA, M<sup>a</sup>. E.: «¿Embarazo y daños en la procreación? Algunas notas en relación a la cuestión», *Revista Española de Drogodependencias*, núm. 36 (4), 2011.

D'ANGELO, A.: *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè, Milan, 1999.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.:

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

- "La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de «*wrongful birth*». Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 17, 2002.

- "Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia de *wrongful birth*: ¿es posible hablar ya de una jurisprudencia?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 22, 2005.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, T.II, Civitas, Madrid, 1984 (reproducción facsimilar de la edición del volumen editado por el Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1952).

DE LA IGLESIA MONJE, M<sup>a</sup>. I.: "Pérdida irreparable de preembriones crioconservados y daño moral de la viuda", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 2017.

DE LA MAZA GAZMURI, I.:

- "Antes de que nazcas: daños prenatales en el ámbito estadounidense, una visión muy panorámica", en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

- "Plegarias atendidas: procreación asistida y *wrongful life actions*", en *Daños en el Derecho de Familia*, coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006.

DE MATTEIS, R.: «Il danno risarcibile per nascita indesiderata (nota a App. Cagliari, 12 novembre 1998)», *Danno e responsabilità*, 1999.

DE MONTECLER, M-C.: «Les premiers effets de la loi anti-Perruche», *Le Dalloz*, 2002.

DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”, en *Daños en el Derecho de Familia*, coord. por J.R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006.

DE VERDA BEAMONTE, J.R./CHAPARRO MATAMOROS, P.:

- “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”, en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, coord. por J. R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

- “Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales», en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, coord. por J. R. DE VERDA BEAMONTE, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

DI MARZIO, M.: «Il danno esistenziale? Ormai sdoganato (nota a Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546), *Diritto e giustizia*, 2006.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», *La Ley*, 1998-3.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G./ARANA DE LA FUENTE, I.: «La imposibilidad de abortar dentro del plazo legal» (Capítulo 1: Daños y «derechos de la personalidad»), en *El desbordamiento del Derecho de Daños*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

DOGLIOTTI, M.: «Ancora sulla responsabilità del genitore per il fatto di procreazione e sull'inseminazione artificiale», *Giurisprudenza di merito*, 1991.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, Valladolid, 2ª ed., 2007.

ELIA, M.: «Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario?», *Il Foro Italiano*, 1951-I.

ELIZARI URTASUN, L.: «El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*», *Derecho y Salud*, nº.19, 2010.

EMALDI CIRIÓN, A.:

- *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Bilbao-Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, 2001.
- "La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos", *La Ley*, 2001-5.
- Voz "Diagnóstico prenatal (jurídico)", en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, dir. por C.Mª. ROMEO CASABONA, T.I, Comares, Granada, 2011.

FACCI, G.:

- *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Ipsoa, Milán, 2004.
- «Il danno da nascita indesiderata e la legittimazione al risarcimento del padre (nota a Cass., Sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20320), *Famiglia e Diritto*, 2006.
- «*Wrongful life*: a chi spetta il risarcimento del danno? (nota a Cass., Sez.I, 29 luglio 2004, n. 14488), *Famiglia e Diritto*, 2004.

FERRANDO, G.: «Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni malati? (nota a Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004), *Famiglia e Diritto*, 2004.

FERRER RIBA, J.: «Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños», *InDret*, núm.4, octubre 2001 (y en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T.II, coord. por A. CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson-Civitas, Madrid, 2003).

FEUILLET, B.: "The *Perruche* case and french medical liability", *Drexel Law Review*, Vol.4, núm. 139, 2011.

FUSCO, M.: "No al diritto a "non nascere se non sani". Ma gli ermellini invocano nuove norme (nota a Cass., Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123), *Diritto e giustizia*, núm. 33, 2006.

GALÁN CORTÉS, J. C.: "Comentario a la STS de 6 de julio de 2007: Responsabilidad médica. Acciones *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", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 76, 2008.

GARCÍA AMADO, J. A. (dir): *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Bosch, Barcelona, 2017.

GARRIGA GORINA, M.: "Negligencia en el diagnóstico prenatal (Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002)", *InDret*, núm. 3, julio 2003.

GIACOBBE, G.: "*Wrongful life* e problematiche connesse (nota a Cass., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488)", *Giustizia civile*, 2005, I.

GONZÁLEZ GOZALO, A.: "Comentario al artículo 29 CC", en *Comentarios al Código Civil*, coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 4ª ed., 2013.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.:

- "Daños por procreación y durante la gestación: responsabilidad civil y pretensiones resarcitorias de padres e hijos", en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, dir. por J.A. GARCÍA AMADO, Bosch, Barcelona, 2017.
- "Derechos, expectativas e intereses en la situación jurídico-civil del *nasciturus*", en *Razonar sobre derechos*, coord. por J.A. GARCÍA AMADO, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- *La protección jurídico-civil del nasciturus y del recién nacido* (Segundo Premio del Consejo General del Notariado-Fundación Aequitas en la convocatoria de 2014 del "XIII Premio de Investigación Jurídica sobre personas con discapacidad, mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros grupos que carezcan de la debida protección"), Valladolid, Aranzadi-Lex Nova, 2015.

HOOFT, I.: "Responsabilidad de los progenitores por daños prenatales causados por accidentes", *Revista de Derecho de daños*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, núm. 2, 2001.

JOURDAIN, P.: "Nota a Cass. Civ. 17 noviembre 2000, ass. Plé.", *Le Dalloz*, núm. 4, 2001.

LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. DE A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVARRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil*, I (Parte General), Vol.2º (Personas), 6ª ed. revisada y puesta al día por J. DELGADO, Dykinson, Madrid, 2010.

LAMBERT-FAIVRE, Y.: "La Loi núm.2002-2003, du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé", I, "La solidarité envers les personnes handicapées", *Le Dalloz*, 2002, núm. 15.

LENER, S.: "Mero delitto civile la paternità?", *Il Foro Italiano*, 1952, IV-2.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Los límites de la vida y la libertad de la persona*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: "Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores", en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, coord. por J.A. MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, Madrid, 2012.

MACÍA MORILLO, A.:

- "Comentario a la STS de 18 de diciembre de 2003 (Comportamiento negligente en el diagnóstico prenatal)", en *Responsabilidad extracontractual. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur Menor, Civitas – Thomson Reuters, 2010.
- "El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, 2011.
- "La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*", *Revista de Derecho*, Barranquilla, núm. 27, 2007.
- *La responsabilidad 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 *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10 (*Derecho, Sociedad y Familia: Cambio y continuidad*, edición a cargo de MORALES MORENO, A./MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>.), 2006.
- Voz "Responsabilidad perinatal (jurídico)", en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, dir. por C.M<sup>a</sup>. ROMEO CASABONA, T.II, Comares, Granada, 2011.

MANNSDORFER, T.M.: "Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, *wrongful life* y tendencias (Especial atención al Derecho suizo)", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 15, 2001.

MARÍN LÓPEZ, J.J.: "La persona", en *Derecho Civil (Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad)*, dir. por Á. CARRASCO PERERA, Tecnos, Madrid, 2<sup>a</sup> ed. 2004, 4<sup>a</sup> ed. 2012.

MARTÍN CASALS, M./RIBOT IGUALADA, J.: "Daños en el Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás", *Anuario de Derecho Civil*, 2001, II.

MARTÍN CASALS, M./SOLÉ I FELIU, J.:

- “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, *InDret*, núm. 3, julio 2001.
- “Comentario a la STS de 7 junio 2002 (Responsabilidad de profesionales sanitarios. Nacimiento de un hijo con síndrome de Down sin que el ginecólogo informara de la anomalía a la paciente. *Wrongful birth*)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60, 2002.
- “Comentario a la STS de 29 mayo 2003 (Responsabilidad sanitaria. Ligadura de trompas fallida que no impide un posterior embarazo)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 64, 2004.
- “Comentario a la STS de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006/4724). *Wrongful birth* y *wrongful life*”, en *Responsabilidad extracontractual. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur Menor, Civitas – Thomson Reuters, 2010.
- “Responsabilidad por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). A propósito de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 diciembre 2003”, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 16, mayo 2004.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “Comentario a los artículos 29 y 30 CC”, en *Código Civil Comentado*, dir. por CAÑIZARES LASO, A./DE PABLO CONTRERAS, P./ORDUÑA MORENO, J./VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., Vol. I, 1ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M.: “La responsabilidad en el diagnóstico prenatal”, *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 79, 2002.

MAZEAUD, D.: “Nota a Cass. Civ. 17 noviembre 2000, ass. Plé.”, *Le Dalloz*, núm. 4, 2001.

MAZZILLI, E.: “La acción de *wrongful life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, febrero 2012.

MEDINA ALCOZ, L.: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007.

MEDINA, G./HOOFT, I.: “Responsabilidad de los padres por daños a la salud de los hijos en procreación natural (La jurisprudencia italiana, norteamericana y

canadiense)", en *Derecho de Familia. Libro homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990.

MORENO MARTÍNEZ, J.A.:

- *Daños indirectos en familiares y terceros por causa de lesiones*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2012.

- "Resarcimiento de los perjuicios de los familiares del lesionado y su consideración por las distintas jurisdicciones", en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, coord. por J.A. MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, Madrid, 2012.

MOSCARINI, L.V.: "Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere", *Familia*, 2005, I.

MURAT, P.: "L'affaire Perruche: où l'humanisme cède à l'utilitarisme", *Droit Famille*, enero 2001.

MUSATTI, A.: "Ancora sulla responsabilità della procreazione", *Il Foro Italiano*, IV, 1952.

NAVARRO MICHEL, M.: "Responsabilidad civil médica. Supuesto de nacimiento de niño afectado de síndrome de Down. Deber de información. Relación de causalidad. Daño. *Wrongful birth* (Comentario a la STS de 21 diciembre 2005)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 72, 2006.

NEYRET, L.: "Handicaps congénitaux: tout risque d'action en responsabilité civile d'un enfant contre sa mère n'est pas écarté", *Le Dalloz*, núm. 26, 2003.

NOVELLINO, N.J.: "Responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos", en *Derecho de Daños. Daños en el Derecho de Familia*, Cuarta Parte (A), La Rocca, Buenos Aires, 2000.

PACHECO JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. N.: "El abogado y las reclamaciones de responsabilidad por diagnóstico prenatal: acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*", en *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, dir. por CARRETERO GONZÁLEZ, C./DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2012.

PALMERINI, E.:

- "Autonomia v. responsabilità nella procreazione: a proposito di *Caesarian Sections* e giudici inglesi", *Rivista Diritto Civile*, núm. 4, 2000.

- "Il sottosistema della responsabilità da nascita indesiderata e le asimmetrie con il regime della responsabilità medica in generale", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, núm. 5, 2011.

- "Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione", *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, núm. 2, 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*, Trivium, Madrid, 1988.

PAÑOS PÉREZ, A.: "Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*", *La Ley*, núm.8396, 10 octubre 2014.

PÉREZ-TENESSA, A.: "Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad", *Revista de Administraciones Públicas*, núm.154, 2001.

PICIOCCHI, C.: "L'arrêt Perruche della Cassazione francese: wrongful life actions e tutela costituzionale dell'esistenza. Un dissidio 'insanabile'?", *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, II.

PICKER, E.: *Il danno della vita. Risarcimento per una vita non desiderata*, traducción de D. CANALE, Giuffré, Milan, 2004.

PUCELLA, R.: "Responsabilità medica per lesione del diritto a nascere sani (nota a Trib.Verona, 15 ottobre 1990)", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1991, I.

QUERCI, A.: "Vita indesiderata, ingiusta, non sana: profili di responsabilità civile (nota a Cass., Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488)", *Famiglia*, 2005, II.

RESCIGNO, P.: "Il danno di procreazione", *Rivista di Diritto Civile*, I, 1956.

RIBÓ DURÁN, L. (Coord.): *Derecho de Daños*, Bosch, Barcelona, 1992.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M<sup>a</sup>:

- "La responsabilidad civil en las relaciones familiares", en M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (dirs), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol.VI. Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 1<sup>a</sup> ed. 2011, 2<sup>a</sup> ed. 2017.

- *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

- "Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales", en M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (dirs), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol.VI. Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 1ª ed. 2011, 2ª ed. 2017.

ROMERO COLOMA, A. Mª.: "Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el ordenamiento jurídico español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010.

ROSSETTI, M.: "Danno da nascita indesiderata: la Suprema Corte mette i paletti (nota a Cass., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488)", *Diritto e giustizia*, núm. 33, 2004.

RUIZ LARREA, N.: "El daño de procreación: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?", *La Ley*, T.I, 1998.

SAMBRIZZI, E.A.: *Daños en el Derecho de familia*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

SESTA, M.: "Infracción de los deberes familiares y responsabilidad: la experiencia italiana", en *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, coord. por J.A. MORENO MARTÍNEZ, Dykinson, Madrid, 2012.

SIANO, C.: "Diagnosi prenatale e responsabilità del medico. L'esperienza italiana e francese", *Familia e Diritto*, 2006.

SUÁREZ ESPINO, Mª.L.: "Las denominadas demandas de *wrongful life* y de *wrongful birth*. El posible derecho a nacer sano", *Otrosí*, núm.75, abril 2006.

TOMILLO URBINA, J.: "Veinte años de *wrongful birth* en España (1997-2017): inicio, desarrollo y consolidación jurisprudencial", en *Culpa y responsabilidad*, coord. por PRATS ALBENTOSA, L./TOMÁS MARTÍNEZ, G., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

TRABUCCHI, A.: "Il figlio, nato o *nascituro*, *inaestimabilis res*, e no soltanto *res extra commercium*", *Rivista di Diritto Civile*, 1991-I.

UBERTAZZI, B.: "La ley reguladora de la subjetividad del *nasciturus*", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 61, núm. 3, 2008.

UREÑA MARTÍNEZ, M.: "Responsabilidad civil extracontractual. Reclamación de daños por el nacimiento de un niño con síndrome de Down. Falta de información del médico al paciente (Comentario a la STS de 6 junio 1997)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm.45, 1997.

VICANDI MARTÍNEZ, A.: "El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm.3, septiembre-diciembre 2013.

VINEY, G.: "Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion. Cass.Ass.Plén. 17 novembre 2000", *La Semaine Juridique*, núm.2, 2001.

VIVAS TESÓN, I.: "La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: análisis jurisprudencial", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 11, 2003.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L./ZARRALUQUI NAVARRO, E.: *Las reclamaciones de daños entre familiares*, Bosch, Barcelona, 2015.

ZATTI, P.: "La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2001, II.

ZENO-ZENCOVICH, V.: "La responsabilità per procreazione", *Giurisprudenza Italiana*, 1986, IV.

