

«EL DERECHO EN LA BIOLOGÍA DEL NACIMIENTO» SUPUESTO DE BIOJURIDICA

LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ

DESCRIPCIÓN DEL SUPUESTO

La Asamblea francesa sanciona por ley 10-1-2002 que, «Nadie puede beneficiarse de un perjuicio por el único hecho de su nacimiento». Sin embargo, autoriza a los padres de minusválidos congénitos a solicitar una indemnización para sus hijos cuando la minusvalía «de una particular gravedad» no hubiese sido descubierta durante las pruebas prenatales a consecuencia de un error médico grave. Con ello, se zanja la polémica planteada por el hecho histórico relativo a que, en 1982, Josette Perruche, en estado de gestación, ante una infección de rubéola de su hija mayor, pidió un diagnóstico advirtiéndole que, en caso de que ella estuviera contagiada, abortaría. El médico y el laboratorio que realizaron las pruebas concluyeron, erróneamente, que Josette no padecía rubéola. Así, prosiguió el embarazo y alumbró a Nicolás, que nació con severos trastornos. Diez años después, los padres de Nicolás demandaron a los responsables del error médico y obtuvieron una indemnización. Más tarde, a fin de asegurar la atención a Nicolás durante toda su vida, presentaron otra querrela, que ganaron (por Sentencia de 17-11-2000 del Tribunal de Casación) a nombre de su hijo. Es decir, pedían que se reconociese a Nicolás *como perjudicado por el error que permitió que naciera*. Como se preguntaba *Le Monde* en un editorial: «¿Se puede considerar que la misma vida pueda constituir un perjuicio que dé derecho a reparación?». Es evidente que el «supuesto» se enmarca dentro de los límites inherentes al DERECHO, cuando este se proyecta en el mismo proceso vital de la persona: la denominada «*BIOJURÍDICA*»

LA BIOLOGÍA Y EL DERECHO EN EL NACIMIENTO

Afirmar que esa problemática margina o cae dentro del campo del diagnóstico prenatal, no es sino una obviedad: La previsión de la patología del feto o «nasciturus» se ubica dentro del alcance indudable del «facere» médico que diagnostica ese estado en ese proceso.

Como ha puesto de relieve Noëlle Lenoir, las técnicas de diagnóstico prenatal son tan revolucionarias que permiten conocer al futuro niño durante la gestación, descubriendo las anomalías o enfermedades que corre el riesgo de padecer en el futuro. Precisamente ha acontecido en el transcurso de los últimos treinta años, y debido a la

introducción de nuevas tecnologías, lo que ha permitido un mayor conocimiento sobre el embrión/feto y como consecuencia el «diagnóstico prenatal» para detectar sus defectos congénitos.

La Organización Mundial de la Salud, ha estimado como diagnóstico prenatal «todas aquellas acciones prenatales que tengan por objeto la detección y/o el diagnóstico de un defecto congénito, entendiéndose por tal toda anomalía de desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular que presente al nacer (aunque pueda manifestarse más tarde) externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple».

En su carácter médico, si bien la actividad profesional del diagnóstico prenatal no está reconocida como especialidad autónoma, ello no impide que pueda ser ejercida por cualquier profesional con el título exigido. Entiendo que no debe confundirse la emisión de un *diagnóstico prenatal* con la práctica de determinadas pruebas previas para su emisión.

Hay que proclamar por ello la licitud y legitimidad del diagnóstico prenatal cuando concurren los dos obligados requisitos.

- a) *Competencia legítima* del profesional que lo realiza
- b) *Consentimiento de la gestante* o de sus representantes legales, en caso de incapacidad o minoridad de la mujer.

Pero hay que añadir también el requisito de licitud en el sentido de que las actuaciones profesionales se realicen conforme a la «lex artis ad hoc».

A) Reenvío a la problemática del «Nasciturus» como destinatario del acto médico

Y tampoco es excesivo subsumir el suceso en esta rúbrica, porque, al fin y al cabo, el receptivo primario de ese «facere» diagnosticador es el «ser naciente».

1) Hablar «ab initio» del «no nacido como paciente», supone admitir, sin rodeos, como «prius» ontológico su cualidad de persona en su primaria dimensión de persona física, y, como tal, necesitada de una terapia médica, si bien es cierto que la expresión provoca un eco cultural excesivo y, en cierto modo, perturbador, porque ese «paciente» en su seno natural «sufre o padece» aquello por lo que demanda la asistencia, y en el caso del «no nacido», por su estado de gestación, no puede experimentar esa sensación doliente al menos en su transmisión «ad extra».

2) Porque contemplar la triada de situación es en su estado gestante tras la fecundación, esto es, aislar el llamado —y con acierto— «ser prenatal» tanto en su primera fase o preembrional, como en la siguiente o embrional, o en la tercera o fetal, implica un enfoque omnicompreensivo de la materia, en especial, al adosarle a cada una su respuesta jurídica, y con independencia de que se acierte o no en sus respectivas conclusiones.

3) Porque no se olvida la verdadera estrella de la especulación jurídica relevante y que produce toda la densa realidad jurisprudencial como es la relativa a la respon-

sabilidad, en su caso, médica, que, desde luego, en el tema elegido, no puede ser única, ya que cabe y, así se admite, una acción subsidiaria frente a los padres cuando su conducta produzca el mal reclamado.

B) Supuestos de responsabilidad, según la patología producida:

Casos de,

- 1) Muerte del ser prenatal —«Death»—
- 2) Por LESIONES inferidos al mismo —Birth— o por los daños inferidos a su progenitores.
- 3) En la propia vida —Life—

Comportan, pues, los tres supuestos, otros tantos casos de legitimación «ad causam»:

1. «Wrongful death,
2. W. Birth, o
3. W. Life».

La ya clásica jurisprudencia norteamericana tipifica y compulsa la triada de acciones que en mor al «Wrongful» producido e instado, se diversifica, según la respectiva «ratio petendi», o sea:

- a) Por la MUERTE producida en el ser prenatal —«Death»— o,
- b) Por las LESIONES inferidas al mismo —o por los DAÑOS inferidos a sus progenitores— y, por último, Birth.
- c) La basada cuando la mala terapia o diagnósticos previos provoca la propia VIDA del ser «Life», tanto física o psíquica.

En cuanto al ejercicio de la acción de reclamaciones en los dos primeros casos, «Wrongful death» y «Wrongful birth» corresponde o se ejerce por los padres, mientras el último o «Wrongful life» lo es por el propio hijo a través de su representante legal o por los padres cuando esgrimen su hipotético derecho al aborto.

C) Jurisprudencia: Se ciñe en el estudio, por respeto a la rúbrica de la ponencia en supuestos de Wrongful life.

a) del Tribunal Supremo. Se anticipa que aparece con mayúsculas el núcleo del problema y tesis del Tribunal.

Sentencia 6 de junio de 1997: La Sentencia declara, porque así consta de los hechos probados en la instancia, que SE HUBIERA PODIDO EVITAR EL NACI-

MIENTO DE UN SER CON SÍNDROME DE DOWN, «...DADA LA DISPOSICIÓN DE LA MADRE A INTERRUMPIR EL EMBARAZO DENTRO DE LOS PARÁMETROS NORMALES. PUESTO QUE SI LA MISMA HUBIERA SABIDO CON EL SUFICIENTE TIEMPO, EL FRACASO DE LAS PRUEBAS DETERMINANTES DE LA SITUACIÓN DEL FETO DENTRO DEL LÍMITE DE TIEMPO LEGAL, HUBIERA ACTUADO EN CONSECUENCIA y dentro del amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se hubiera prestado a la intervención médica de interrupción del embarazo, y si ello no fue así se debió a la actuación negligente de la Dra. R.P.T., que no le comunicó a su tiempo el fracaso de las pruebas, lo que se hubiera podido remediar con la repetición de las mismas o con otras de igual garantía o fiabilidad, pues había plazo suficiente aún, como ya se ha indicado, para proceder a interrumpir el embarazo dentro del plazo legal permisivo. *De todo lo cual, dado el nacimiento de un ser con las deficiencias ya descritas, y la voluntad antecedente de la madre de evitarlo legalmente, así como la conducta médica que impidió lo anterior y que muy bien ha sido calificada en la sentencia recurrida como «actuación profesional irregular»;* hace que surja, lo que el Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo denomina en su sentencia de 6 de julio de 1995 (caso Odigitria AAE), *la supuesta violación del principio de protección de la confianza legítima*, que se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de reclamar la defensa de sus intereses. En otras palabras, para concluir, que ha habido acción médica negligente, un perjuicio gravísimo, y una relación causal entre ambos acontecimientos.

Después en el mismo Fundamento de Derecho se ocupa de la *valoración del daño causado*:

«(...) Finalmente, un tema que, dada la solución final en ambas instancias, ha quedado inédito, es el de la valoración del daño causado, y que por razón de practicidad y sin incurrir en el ámbito de la tercera instancia, debe resolverse ahora en este recurso. Desde luego, AQUÍ SURGE LA FIGURA CONOCIDA EN EL DERECHO AMERICANO CON EL NOMBRE DE «WRONGFUL LIFE» —el niño nace con taras, pero la única otra alternativa posible era que no hubiera nacido—; AHORA BIEN, EL DAÑO DERIVADO DEL REFERIDO DATO NO ES PATRIMONIAL y PARA SU VALORACIÓN, SIEMPRE EVANESCENTE dada la dificultad de fijar parámetros económicos a una tara como es la derivada del síndrome de Down, HAY QUE TENER EN CUENTA VARIOS ASPECTOS, COMO ES EL DEL IMPACTO PSÍQUICO de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas; lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada. Todo lo cual hace posible y hasta lógica el montante de la suma reclamada por la parte, ahora, recurrente».

Sentencia de 4 de febrero de 1999: La Sentencia de casación contiene un Voto Particular de un Magistrado de la Sala que conoció del recurso, por estimar que la competencia correspondía al orden contencioso-administrativo y, en otro caso, haber lugar al recurso de casación por una sólo referencia a un dato hipotético que plantea la resolución del Tribunal Supremo, de que el padre de la niña trabajaba en un Centro de Energía nuclear y la posible incidencia en su cuerpo de la radiactividad.

Debe partirse de los hechos probados desde la primera instancia, que respeta sustancialmente la Audiencia Provincial en su Sentencia y que incluso se reproducen literalmente en la resolución de casación. Estos hechos son los siguientes: EL DÍA 21

DE JUNIO DE 1991, SOBRE LAS 7 HORAS, NACIÓ LA NIÑA ALICIA MARTÍN BEJARANO, hija de los actores, en el Hospital «Virgen de la Vega», de esta ciudad de Salamanca, perteneciente al codemandado insalud, A LA CUAL SE LE DETECTARON EN EL MOMENTO DE SU NACIMIENTO MÚLTIPLES ANOMALÍAS CONGÉNITAS, consistentes entre otras en: ausencia de antebrazo y mano izquierda; el brazo derecho con la mano con dedos fusionados; miembro inferior izquierda presenta ausencia de la pierna y el pie; en el lado izquierdo y derecho sólo existe medio muslo; hipoplasia lingual con anquiloglosia; imperforación anal. La actora, D^a. Rosalinde Bejarano, sin antecedentes familiares, ni en ella ni en su esposo, por malformaciones congénitas, fue seguida durante su embarazo en la localidad de Béjar, por la codemandada Dra. Orobón, que desempeñaba su trabajo como ginecóloga en el Hospital «Virgen del Castañar» de la Seguridad Social de dicha localidad, al que acudió la mencionada como beneficiaria de la propia Seguridad Social. Durante el seguimiento de dicho embarazo, se le realizaron a la referida las siguientes pruebas a destacar: el día 15 de noviembre de 1990, día en que acude a la consulta de tocología, y por el Dr. Cordero —al que luego sustituiría la codemandada— se realiza una 1^a ecografía, en la que se aprecia «útero ocupado por vesícula gestacional con embrión vivo», que corresponde a las 7 semanas, realizándosele otras pruebas analíticas tales como hemograma, lucemia, anticuerpos frente a rubéola, hepatitis...; los días 19 de diciembre de 1990 y 19 de enero de 1991, se controlan peso, control arterial, altura uterina...; el día 12 de febrero de 1991 es vista por primera vez por la codemandada Sra. Orobón, realizándosele una 2^a ecografía, correspondiente a un feto vivo con «diámetro biparietal de 49 mm., longitud de fémur 32 mm., latido cardiaco y movimientos fetales positivos, placenta en cara posterior y fondo grado cero y líquido amniótico normal» correspondiente dicha ecografía a la 20 semana de gestación, no apreciándose ninguna alteración; la paciente es controlada en Marzo y Abril de 1991, por la matrona de consulta de tocología, de acuerdo con los protocolos, no apreciándose ninguna alteración ni exploratoria; el 7 de mayo de 1991, en la 32 semana, se practica por la Dra. Orobón nueva ecografía, apreciándose: «feto vivo, latidos cardíacos y movimientos fetales positivos, diámetro biparietal 80 mm., longitud de fémur 57 mm. y líquido amniótico normal»; el día 20 de junio de 1991, se verifica ecográfica y exploratoriamente una presentación total cefálica donde se observa: diámetro biparietal 92 mm., área abdominal 96 mm., longitud fémur 68 mm., sexo femenino, líquido amniótico normal», correspondiendo a una gestación normal de 38 semanas. Todas estas exploraciones realizadas, se ajustaron a los protocolos fijados a tal efectos por el INSALUD, así como las ecografías efectuadas, las cuales eran de las consideradas como NIVEL I, suficiente para un embarazo de «bajo riesgo», como era, vistos los análisis, y demás seguimiento así como los antecedentes, el de D^a. Rosalinde. Posteriormente a la última ecografía mencionada, la Sra. Bejarano se trasladó a Toledo, donde se le realizaron dos ecografías en el hospital en que trabaja una hermana como anestésista, dónde lo único especial que le comentaron fue que el feto era pequeño».

El Motivo Primero del recurso de casación es desestimado por el Tribunal Supremo. Se amparaba en el núm. 4º del art. 1692 L.E.C. y, alegaba infracción del art. 15 de la C.E., en relación con la L.O. de 5 de junio de 1985, que de acuerdo con la Sentencia del T.C. de 11 de abril de 1985, da redacción al art. 417 bis del Código Penal. Dice así la Sentencia que nos ocupa:

«...Este motivo carece de virtualidad a efectos de la casación porque el artículo 15, que literalmente dice «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y

moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.», difícilmente se puede estimar contrariado por la sentencia, por cuanto el derecho a la vida no se ha conculcado; los preceptos del Código Penal contenidos en el artículo 417 bis recogen supuestos de impunidad de los abortos producidos en las circunstancias que describen, pero ni de dichos preceptos ni de la sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 de 11 de abril, que reconoció la conformidad de la ley despenalizadora con el texto de la Constitución, puede colegirse la conclusión de que exista derecho al aborto, es simple opción a tomar por la interesada, cuando concurren las condiciones legales, la cual queda impune por un expresa declaración del precepto legal».

Asimismo, desestima los restantes motivos, el segundo con el mismo apoyo procesal que el precedente alegaba infracción del artículo 1902 C.c., con relación a la conducta de la doctora. Se desestima el motivo «...porque los hechos probados, de ambas sentencias de instancias, declaran expresamente **QUE LA ACTUACIÓN MÉDICA SE ADAPTÓ COMPLETAMENTE A LA «LEX ARTIS AD HOC»**, ESTO ES, A LA CONDUCTA EXIGIBLE A UN MÉDICO EN LAS CIRCUNSTANCIAS CLÍNICA y TÉCNICAS DEL CENTRO DONDE PRESTÓ SUS SERVICIOS; SEGUNDO, PORQUE NO SE HA DEMOSTRADO LA RELACIÓN DE CAUSA A EFECTO ENTRE LA ACTUACIÓN MÉDICA y EL HECHO DEL NACIMIENTO DE UNA NIÑA TAN TRISTEMENTE AFECTADA POR MALFORMACIONES y DEFORMIDADES. LA GENÉTICA ESTÁ FUERA DE LAS POSIBILIDADES DE QUE LA DOCTORA EVITARA EL RESULTADO. ADEMÁS ES UNA SIMPLE HIPÓTESIS DECIR QUE EN CASO DE SER INFORMADA LA MADRE GESTANTE, HABRÍA TOMADO LA DIFÍCIL DECISIÓN DE INTERRUPIR EL EMBARAZO. Y EN TERCER LUGAR, LA DOCTRINA PREDOMINANTE RECHAZA QUE EL NACIMIENTO EN ESTAS CIRCUNSTANCIAS SEA UN DAÑO «PER SE», y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento (...).

Sentencia 7 de junio de 2002, (El nexa causal) Se subraya lo siguiente:

Los hechos que se enjuician aparece en el F.J. 1º: «Como fundamento de la pretensión indemnizatoria actuada en estos autos frente a Don Joaquín Vila Moner, médico ginecólogo, y Previsión Popular de Seguros, S.A. propietaria de la Clínica donde el anterior prestaba sus servicios, se alega en la demanda que a mediados del mes de Abril de 1989, María Dolores Romera Cruz, de 40 años de edad, madre de tres hijos, que había tenido un aborto espontáneo en el mes de Enero de 1989, ACUDIÓ A LA CONSULTA DE DON JOAQUÍN VILA MONER, QUIEN COMPROBÓ QUE LA PACIENTE SE HALLABA EMBARAZADA DE DOS MESES Y MEDIO; TRANSCURRIDO EL PERIODO DE GESTACIÓN, DURANTE EL CUAL LA SRA. ROMERA FUE ATENDIDA POR EL DOCTOR VILA, AQUÉLLA DIO A LUZ EL DÍA 9 DE OCTUBRE DE 1989, ASISTIDA POR EL CITADO MÉDICO, A UN HIJO VARÓN, CON EL SÍNDROME DE DOWN, a quien se le detectó a las pocas semanas de vida cardiopatía y una hepatopatía.

La sentencia recurrida en casación revoca parcialmente la de primera instancia y condena a los codemandados a abonar conjunta y solidariamente a Don Tomás Cabre-

jas García y Doña María Dolores Romera Cruz la cantidad de cuarenta millones de pesetas. La sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos jurídico son aceptados por la de segundo grado, declara probado que la Sra. Romera acudió al Dr. Vila para que éste la atendiera durante el periodo de gestación. Tuvo dudas por informaciones que halló en una enciclopedia casera (seguramente ya las tenía del riesgo de concebir un hijo con alguna malformación pues es de dominio general que el embarazo a partir de los 35 años comporta riesgos de este tipo), las cuales se encargó de despejar el Dr. Vila, diciéndole que no se preocupara que todo iba normal. Así se lo expresó tanto a la Sra. Romera como a su esposo el Sr. Cabrejas, a este último en conversaciones que ocasionalmente habían tenido en el bar que éste regentaba, al cual acudió en alguna ocasión el Sr. Vila.

Ante estos hechos, la Sala de instancia atribuye al médico demandado una conducta negligente o culposa al no informar a la paciente de las pruebas existentes para determinar la existencia de malformaciones en el feto, privándose a aquélla de la facultad de optar por acudir a la interrupción del embarazo dentro del plazo legal permitido.

Y, se razona así para confirmar la absolución del facultativo y revocar su condena por la Sala «a quo»: Es doctrina reiterada de esta Sala, que por su notoriedad exime de la cita particularizada de las resoluciones en que se manifiesta, la de que la exigencia de responsabilidad por culpa, tanto contractual como extracontractual, requiere la existencia de una acción u omisión imputable al agente, que tal acción u omisión se caracterice como culposa o negligente, la existencia de un daño y que entre éste y la acción u omisión culposa o negligente exista un nexo causal. De estos elementos, la acción u omisión y el daño, constituyen requisitos de carácter fáctico, cuya impugnación, en sentido positivo o negativo, sólo puede acceder a la casación por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas reguladoras de esa actividad judicial que se consideren infringidas. La concurrencia de culpa o negligencia y la existencia o no de nexo causal entre la acción u omisión y el resultado son cuestiones de derecho accesible a la casación.

En segundo lugar se alega la inexistencia de un nexo causal entre la conducta imputada al médico codemandado, la falta de información a la paciente, y el resultado producido, el nacimiento de un niño afectado por el síndrome de Down.

Dice la sentencia de esta Sala de 30 de Noviembre de 2001 que la determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas o posibilidades, y aunque no siempre es requisito la absoluta certeza, por ser suficiente (en casos singulares) un juicio de probabilidad cualificada; este juicio corresponde sentarlo al juez de instancia, cuya apreciación sólo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a un criterio de legalidad o buen sentido. AUN DETECTADAS A TRAVÉS DE LAS PRUEBAS PERTINENTES LAS MALFORMACIONES QUE PRESENTABA EL FETO, *el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales*, (nexo causal PRIMARIO) POR LO QUE LA PRESENCIA DEL SÍNDROME DE DOWN EN EL HIJO DE LOS ACTORES NO ES IMPUTABLE AL MÉDICO QUE ATENDIÓ A LA GESTANTE. EL ESTABLECER UNA RELACIÓN DE CAUSALIDAD DIRECTA ENTRE EL INCUMPLIMIENTO POR EL CODEMANDADO DE SU DEBER DE INFORMACIÓN DE LA EXISTENCIA DE PRUEBAS MÉDICAS POR MEDIO DE LAS

CUALES APRECIAR EL ESTADO DEL FETO, Y LA PRIVACIÓN A AQUÉLLA DE SU FACULTAD DE OPTAR POR LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO, NO ESTÁ BASADA SINO EN MERAS CONJETURAS, pues como declara probado la sentencia de primera instancia, sin que ello se contradiga por la de apelación «la Sra. Romera en ningún momento quiso abortar»; no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo. NO PUEDE AFIRMARSE, POR TANTO, QUE EXISTA UNA RELACIÓN DIRECTA ENTRE LA FALTA DE INFORMACIÓN POR EL MÉDICO Y EL QUE LA GESTANTE NO OPTASE POR PONER FIN AL EMBARAZO MEDIANTE EL ABORTO. El hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo. Al no existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido, procede la estimación del motivo.

Se subraya, pues, la importancia de ese nexo causal, no tanto entre la actuación médica y el daño al recién nacido (F.J. 4º, *nexo causal primario*) sino, entre la falta de información del médico y la privación del derecho a abortar de la interesada (nexo causal) sobre el derecho a no nacer o, derecho al aborto, trasunto del «Wrongful life».

Referencia a Jurisprudencia de U.S.A.:

En la Jurisprudencia americana, sí abunda la tendencia a plantearse reclamaciones como consecuencia de la muerte pre o postnatal del hijo y evidentemente como consecuencia de las lesiones ocasionadas al intervenir sobre el paciente aún no nacido.

1) Las acciones planteadas pueden ser de diferentes tipos, pero en cualquier caso provendrán de la actuación de los padres por los daños sufridos como consecuencia de las lesiones ocasionadas a su hijo, o del mismo paciente por los daños soportados consecuencia de las operaciones o de la falta de las mismas.

En los casos de «*Wrongful death*», la demanda viene planteada por los padres frente al médico para que indemnice los daños ocasionados por el sufrimiento de la pérdida de la vida del hijo o, por el daño sufrido en la vida del ser que evolucionaba al nacimiento (supuestos, respectivamente, de muerte pre o postnatal).

2) Cuando se plantea una acción de «*Wrongful birth*», también serán los padres los que reclamen indemnizaciones fundamentadas en el *daño* de esos padres de tener un hijo no deseado, o tener un hijo con una serie de lesiones que afectarán a su vida, a su salud, y a su patrimonio.

3) Por último, y las que presentan especial interés estén las acciones de «*Wrongful life*», en las que el demandante o titular es el propio ser que nace con los padecimientos, enfermedades, que ha visto, su integridad física y psíquica lesionada, su salud dañada, y reclama por los daños que va a tener que estar soportando durante el resto de su vida y, por su derecho a no nacer, extensivo en este caso a la legitimación «ad causam» materna, si se le conexas con el derecho a abortar.

Algunos casos concretos de la Jurisprudencia americana:

a) Uno de los primeros casos importantes de acción de *Wrongful life* es el de *Gleitman v. Cosgrove*, en el que al detectarse rubéola en la madre, el médico diagnóstica salud en la hija, que luego nace retardada, sordomuda y casi ciega. La madre alega que de haber sido avisada hubiese abortado. La Corte Suprema, negó la indemnización tanto a los padres como al niño, alegando que no había daños reconocibles por la ley, alegando dificultad de valorar los daños, la santificación de la vida y la reivindicación de que la demanda de años por *wrongful life* podía no ser coherentemente situada.

b) La indemnización a un niño, que como consecuencia de una ausencia de diagnóstico a pesar de haber informado a la madre de padecer rubéola, nace con problemas físicos. Similar fue el caso de *Stewart v. Long Island College Hospital*, en el que se denegó congénitos, basándose en que «no hay remedio a nacer con un handicap ya sea físico o psíquico cuando la alternativa a este nacimiento es no haber nacido».

c) Un supuesto similar es el caso de *Becker v. Swchwartz*, en el que una mujer de 37 años reclama por la falta de realización del diagnóstico prenatal considerando necesario fundamentalmente por el peligro atribuible a la edad avanzada de la madre. Como consecuencia trae al mundo un niño mongólico, ante lo que reclama por los perjuicios que el nacimiento de este hijo le ocasiona y la respuesta de los tribunales es que no existe ningún daño legalmente reconocible de ese carácter y que tampoco existe un derecho a nacer como un ser humano funcionalmente completo, a lo que añaden el argumento de la dificultad de valorar el daño de la existencia en esas condiciones frente a una no existencia. En nuestro sistema deberíamos de alegar que hay un derecho a la salud que implica el derecho a la integridad física y psíquica del nuevo ser desde que es embrión, que podría impedir respuestas judiciales en este sentido.

d) El caso de *Procanik v. Cillo*, imprime ciertos pronunciamientos que versan sobre los supuestos de «*wrongful life and wrongful birth*». En el procedimiento se reclama los daños sufridos por un niño que nace con ceguera, problemas de audición y de corazón como consecuencia de un síndrome de rubéola congénita. El médico responsable tras realizar un examen y apreciar las posibilidades dictamina que no existe ningún peligro futuro aconsejando la continuación del embarazo sin problemas y sin necesidad de aplicarle una terapia. Este representa un claro ejemplo de lo que nosotros podíamos entender como ausencia de diagnóstico y terapia pertinente.

e) Otro supuesto concreto de «*wrongful life*» fue el planteado por los padres de Rebecca Alquijay, una niña que nace con síndrome de Down, *Alquijay v. St. Lukes Roosvelt Hospital*, consecuencia de un dictamen erróneo de diagnóstico, en el que realizada la amniocentesis el médico aconseja continuar el embarazo adelante a pesar de haber comunicado el deseo de la madre de abortar si su hijo no estaba sano.

En definitiva, en los casos de «*wrongful life*» y «*wrongful birth*», en los que se aducía por los demandantes una obstrucción a la posibilidad de optar por una solución en caso de enfermedad, opción en todos los casos era el aborto (pues, la terapia era y es, para muchas enfermedades difícil), se negaba por los tribunales justificando que

no era causa y argumento suficiente, ya que entre el no nacer y el nacer con handicaps, es mejor esta segunda solución.

Entendemos que un supuesto complicado es el que viene representado por la acción de «Wrongful birth» o «life», cuando la justificación de los demandantes hubiese sido el aborto en los casos en que no había cabida para una terapia. En tales supuestos no se comparte la defensa de que los padres han de decidir en nombre del hijo y siempre en su beneficio, frente a lo que no se puede justificar que opten por su destrucción salvo que se anuncie una vida verdaderamente con sufrimientos, dolores físicos y psíquicos, que supongan un detrimento injustificado e irracional de su vida.