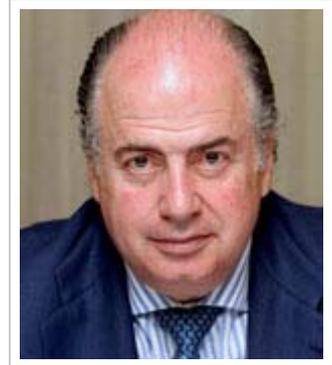


Nacer con indemnización

La resolución de un Juez de Palma de condenar a un ginecólogo a pagar la manutención de un menor sano por no realizar bien el aborto que solicitó la madre, no es una decisión novedosa en nuestro sistema jurídico. La responsabilidad se deriva del diagnóstico equivocado o con resultados equivocados, es decir, los que se denominan falsos positivos (individuos que se identifican como portadores de defectos genéticos, luego inexistentes) y los falsos negativos (en caso contrario), y por supuesto existen resoluciones reconociendo indemnizaciones derivadas de daños causados por la concepción no deseada de un hijo por fallo de las medidas anticonceptivas, o por la privación de la posibilidad de abortar, resoluciones, que tienen su referente en las doctrinas norteamericanas del wrongful birth en los casos de no haber propuesto el facultativo pruebas o no haber advertido de las anomalías o defectos del feto con la antelación suficiente para la interrupción del embarazo, dentro de los términos previstos o autorizados en la ley, o wrongful life en los casos en los que es el propio hijo el que dirige acción contra el facultativo como consecuencia de las anomalías o enfermedades que padece derivadas de esa falta de diagnóstico o de pruebas durante el embarazo.



La conducta en consecuencia que se suele enjuiciar es la derivada de la emisión del diagnóstico incorrecto, de tal manera que por la misma se impide realizar una acción protectora del bien jurídico, un determinado tratamiento, el más oportuno.

En España, la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia parece dirigirse en los supuestos de diagnóstico prenatal a decantarse hacia la existencia de un comportamiento adecuado a “Lex Artis” y una ausencia de nexo de causalidad suficiente para entender que fuera de estos supuestos el acto es generador de responsabilidad, no valorándose como daño indemnizable el nacimiento del niño en sí mismo y además sano. Otra cosa será el daño moral indemnizable por la privación de la autonomía de la voluntad de la madre.

En el ámbito del Derecho Punitivo, la antigua jurisprudencia que, originariamente, rechazaba los daños morales como resarcibles – al igual que la jurisprudencia civil en sus inicios – fue pronto superada, siendo de destacar al efecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912 que reconoció el derecho de reparación de los daños morales causados a una joven por la publicación en la prensa de una falsa noticia relativa a su vida privada.

Como consecuencia de dicha doctrina jurisprudencial, y para evitar cualquier tipo de duda sobre la consideración de los daños morales como perjuicios indemnizables, en el ámbito penal, el Código Penal de 1928, hizo mención expresa de ellos; posteriormente, aunque el Código Penal de 1932 no hizo alusión alguna al daño moral entre su articulado, su reconocimiento – por vía de las declaraciones judiciales y los antecedentes normativos – estaba ya consolidado, como así se aprecia en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1934. El Texto Penal de 1944 y los artículos 110 y 113 del vigente Código Penal de 1995, reiteran la obligación de indemnizar los daños morales, debiéndose tener en cuenta que, desde mi punto de vista, no cabe diferenciar en muchos casos, por su origen, los daños materiales de los morales y viceversa, puesto que en ocasiones el daño originariamente moral puede acarrear consecuencias materiales y, en otras, el daño inicialmente material puede convertirse a posteriori en moral.

El problema es que a diferencia de los derechos alemán e inglés, que parten del sistema cerrado o de tipicidad del daño, “enumerationprinzip”, es decir que solo consideran indemnizables aquellos daños producidos por hechos objetivamente antijurídicos, así previstos legalmente, el derecho español, como el francés y el italiano, sigue, por el contrario, el sistema abierto, de atipicidad o de regla general, “alterum non laedere”, es decir no dañar al otro, basado en el artículo 1902 del Código civil, lo que impide confeccionar un catálogo de daños morales indemnizables, y por ello deberá establecerse por el Tribunal Superior si es indemnizable el hecho de nacer sano, nacer con indemnización, o si solamente debe ser

indemnizable o no, el supuesto daño moral que pudiera haber afectado en este caso a la autonomía de la voluntad de la madre.