

# Biodiritto

RIVISTA SEMESTRALE

ANNO 2013 — NUMERO 2

DIRETTORE

Giuseppe Cricenti

GIUDICE

## *Comitato scientifico*

Roberto Andorno

UNIVERSITÀ DI ZURIGO

Guido Alpa

“SAPIENZA” UNIVERSITÀ  
DI ROMA

Giovanni Arcudi

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI ROMA TOR VERGATA

Angelo Barba

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI SIENA

Patrizia Borsellino

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI MILANO-BICOCCA

Donato Carusi

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI GENOVA

Paolo Cendon

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI TRIESTE

Claudio Colombo

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI SASSARI

Adolfo Di Majo

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
ROMA TRE

Enrico Del Prato

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
ROMA TRE

Carla Faralli

“ALMA MATER STUDIO-  
RUM”

UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

Aurelio Gentili

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
ROMA TRE

Giovanni Guzzetta

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI ROMA TOR VERGATA

Vitulia Ivone

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI SALERNO

Nicolò Lipari

“SAPIENZA” UNIVERSITÀ  
DI ROMA

Francesco Mancuso

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI SALERNO

Salvatore Mazzamuto

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
ROMA TRE

Cosimo Mazzoni

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI SIENA

Enrico Moscatti

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
ROMA TRE

Stefania Negri

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI SALERNO

Salvatore Patti

“SAPIENZA” UNIVERSITÀ  
DI ROMA

Pietro Rescigno

ACCADEMIA NAZIONALE  
DEI LINCEI

Giorgio Resta

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI BARI

Claudio Scognamiglio

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI ROMA TOR VERGATA

Michele Tamponi

LIBERA UNIVERSITÀ IN-  
TERNAZIONALE DEGLI

STUDI SOCIALI “GUIDO  
CARLI” DI ROMA

Paolo Zatti

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI PADOVA

Silvia Zorzetto

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI MILANO

## *Comitato di redazione*

Ettore Battelli

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
ROMA TRE

Simona Cacace

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI BRESCIA

Amelia Laura Cru-  
citti

PROVINCIA REGGIO CALA-  
BRIA

Vincenzo Durante

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI PADOVA

Dario Farace

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI ROMA TOR VERGATA

Daniela Maffei

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI BARI

Nicoletta Muccioli

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI ROMA TOR VERGATA

Fiammetta Palmieri

PRESIDENZA DEL CONSI-  
GLIO DEI MINISTRI

Maria Assunta Pic-  
cinni

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI PADOVA

Silvia Salardi

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI MILANO-BICOCCA

Barabara Salvatore

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI NAPOLI “FEDERICO II”

## *Comitato di valutazione*

Corrado Del Bo

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Enrico Maestri

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA

Francesca Poggi

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

ARACNE

# Biodiritto

RIVISTA BIMESTRALE

Biodiritto è una rivista interdisciplinare di bioetica e diritto. La regola giuridica è arrivata ad assumere un ruolo cruciale nelle questioni di bioetica tanto da condizionarne la stessa esistenza, attraverso il giudizio di liceità. E non è un caso che le questioni di bioetica sono spesso poste in termini giuridici: c'è un diritto di abortire? È legale porre fine alle sofferenze di un malato? Lo scopo è allora quello di svelare l'identità tecnologica piuttosto che ontologica del diritto della bioetica, ricordando che compito del giurista non è tanto quello di cercare una risposta alla questione della legittimità morale delle pratiche che il diritto regola, quanto quello di dare una risposta alla questione della loro legalità

## **Condizioni di acquisto**

Abbonamento annuale . . . . euro 90,00  
Fascicolo . . . . . euro 15,00

## **Per ordini**

telefax: 06 93781065  
e-mail: [info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)  
online: [www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
Skype: aracneeditrice

## **Modalità di pagamento**

1. Bonifico bancario intestato ad:  
Aracne editrice S.r.l.  
IBAN: IT 83 L 05696 39130 000002180X88  
Causale: *Abbonamento Biodiritto*  
2. Contrassegno postale  
3. Carta di credito (acquisto *online*)

## **Editore**

Aracne editrice S.r.l.  
via Raffaele Garofalo, 133/A-B  
00173 Roma  
(06) 93781065  
[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

Copyright © Aracne editrice

ISBN 978-88-548-7122-9

ISSN 2280-9945-13002

I edizione: aprile 2014

*Autorizzazione n. 171/2001 del 26 maggio  
2011 Tribunale di Roma*

## Indice

- 5 Evolución y porvenir en la jurisprudencia española de las acciones *Wrongful birth* y *Wrongful life* por negligencia en el diagnóstico prenatal  
*Nieves Pacheco*
- 25 Au nom de l'État. Conscientious objection to same-sex marriage in France  
*Michele Saporiti*
- 37 Approcci, principi e strumenti per una *governance* responsabile delle nanotecnologie  
*Luca Leone*
- 73 La concezione naturalistica dell'evento malattia nel reato di lesioni. Rilievi critici  
*Michele Ubertone*
- 95 La Verità e le verità del CNB  
*Maria Cristina Morganti*
- 99 Recensione. STEFANO ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, prefazione di Angelo Fiori, Milano, Giuffrè, 2013, pp. XV, pp. 296  
*Remigio Maria Ricotti*
- 107 Alcune riflessioni su Scienza e Società nell'era del post-umano  
*Silvia Salardi*



# Evolución y porvenir en la jurisprudencia española de las acciones *Wrongful birth* y *Wrongful life* por negligencia en el diagnóstico prenatal

NIEVES PACHECO<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. Introducción, 5 – 2. Origen y evolución en la jurisprudencia española, 7 – 3. Análisis de la acción de *Wrongful birth*, 9 – 4. Análisis de la acción de *Wrongful life*, 18 – 5. Consideraciones finales a la luz del anteproyecto de ley de protección de la vida del concebido, 21.

## 1. Introducción

El avance de la Ciencia Médica, concretamente en el ámbito de las técnicas de diagnóstico prenatal<sup>2</sup>, que posibilitan la detección en el

1. Profesora Doctora en Derecho Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha (España), Máster en Consumo y Trabajo Social y Máster en Derecho Sanitario y Bioética. Realiza contribuciones periódicas sobre materias eminentemente patrimonialistas para editoriales de prestigio y para el reconocido Centro de Estudios de Consumo (CESCO) de la Universidad de Castilla-La Mancha. Asimismo, ha participado como ponente en cursos a nivel internacional (Cuba, Costa Rica, República Dominicana, Polonia) y nacional, tratando diferentes materias (sanidad y consumo, fundamentalmente). Actualmente, sus líneas de investigación versan sobre el Derecho de daños, el Derecho sanitario y el Derecho de consumo, participando en proyectos competitivos del Ministerio de Ciencia e Innovación.

2. La Organización Mundial de la Salud (OMS) define el diagnóstico prenatal como “todas aquellas acciones prenatales que tengan por objeto la detección y/o el diagnóstico de un defecto congénito, entendiendo 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”. Principales técnicas diagnósticas prenatales (SALÀS DARROCHA, J.T.: “Las acciones de *Wrongful birth* y *Wrongful life* ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, en *Actualidad Administrativa*, núm. 22, 2005, pp. 2698 y 2699): amniocentesis diagnóstica; valoración de proteína fetal alta; estudios espectrofotométricos; patrones de cromatina del sexo; cultivos celulares; ultrasonografía; muestreo de vellosidades coriónicas (extracción de material del

embrión y en el feto de malformaciones genéticas<sup>3</sup>, y la amplia generalización de la interrupción legal del embarazo en salvaguarda de los intereses de las gestantes, han promovido la aparición de aquellas demandas judiciales interpuestas por padres o hijos contra los profesionales de la Medicina y las instituciones públicas o privadas donde desempeñan su trabajo cuando nace un hijo con algún defecto congénito que pudo haber sido detectado durante el embarazo, a tiempo de poder interrumpirlo dentro del plazo legalmente previsto, y sin embargo no se informó o se informó erróneamente sobre dicha anomalía.

Aunque el origen de las reclamaciones de responsabilidad relacionadas con el comienzo de la vida se encuentra en las acciones de *disadvantaged* o *dissatisfied life* (vida insatisfactoria), que radican en el caso *Zepeda vs. Zepeda* de 1963<sup>4</sup>, ejercitadas por los hijos frente a sus progenitores en reclamación por el perjuicio que les habría supuesto haber nacido en el seno de circunstancias familiares o sociales desventajosas<sup>5</sup>, las acciones de *Wrongful birth* y *Wrongful life* difieren de aquéllas en el hecho de la enfermedad que sufre el niño, y que constituye la base sobre la cual se establece su reclamación, y no en una tacha de tipo social<sup>6</sup>.

corión — naturaleza extra-amniótica y mismo ADN que el feto —); transfusión fetal intrauterina; cordocentesis; tomografía por computadora e imágenes de resonancia magnética; amniografía y fotografía; amniotomía; celocentesis; vigilancia fetal.

3. El número de malformaciones fetales diagnosticadas durante el embarazo crece continuamente (USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN, J.A.: “Problemas éticos y legales en el ejercicio de la profesión obstétrico-ginecológica”, en *Tratado de Obstetricia y Ginecología*, vol. II, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1999, p. 581). En la actualidad es posible diagnosticar unas 400 enfermedades y discapacidades genéticas (MANNSDORFER, T.M.: “Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, *Wrongful life* y tendencias (especial atención al derecho suizo)”, en *Rev. Der. Gen. H.*, 2001, núm. 15, p. 114).

4. Demanda de un niño frente a su progenitor por el hecho de haber nacido ilegítimo. El padre había convencido a la madre para mantener con él relaciones sexuales, bajo la promesa de matrimonio posterior; matrimonio que nunca se produjo, por lo que el niño nació bajo el estigma de la ilegitimidad. (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”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2006, p. 44).

5. MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, 2005, p. 44.

6. MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad...*, op. cit., p. 75.

El inicio de las acciones *Wrongful birth* y *wrongful life* radica en Estados Unidos. En el caso *Gleitman vs. Cosgrove* (1967) se negó la indemnización por *Wrongful birth* y *Wrongful life* en el supuesto de un niño afectado de diversas malformaciones producidas a consecuencia de la rubéola contraída por su madre durante el embarazo; enfermedad respecto de la cual se había informado a la progenitora de que no tendría consecuencias sobre el feto; la Corte de Nueva Jersey rechazó la demanda sobre argumentos de orden público e imposibilidad de identificar la existencia de un daño frente a la preciosidad de la vida<sup>7</sup>. Posteriormente, en el caso *Jacobs vs. Theimer* (1975) se admitió la indemnización por *Wrongful birth* basada en el nacimiento de un hijo con defectos congénitos debido a que la madre contrajo la rubéola en el primer mes de embarazo y el médico no lo diagnosticó correctamente.

## 2. Origen y evolución en la jurisprudencia española

En España, la presentación de la primera demanda *wrongful* data de 1997 (sentencia del Tribunal Supremo 6 jun. 1997)<sup>8</sup>. Configura un supuesto inédito hasta entonces en la jurisprudencia española: Una gestante, ante una situación derivada de un diagnóstico de alto nivel de riesgo, tanto para la madre como para el feto, acude al Hospital en el que se le prescribe por el facultativo la realización de una amniocentesis. Dicha prueba fracasó, conociéndose su resultado el 7 de julio, sin que se le notificara a la paciente tal evento hasta septiembre siguiente, a pesar de que el 14 de julio aquélla demostrara su interés en conocer el resultado. Cuando la paciente conoció el fracaso de las pruebas ya no se podía proceder de manera legal y correcta a interrumpir voluntariamente su embarazo por haber transcurrido el plazo legal para ello.

7. MACÍA MORILLO, A.: “Una visión general...”, *op. cit.*, p. 67.

8. Esta sentencia plantea ciertos problemas de calificación ya que su desarrollo confunde *Wrongful life* y *Wrongful birth*. Estando el supuesto de *Wrongful life* excluido formalmente por nuestro ordenamiento, esta sentencia califica de daño moral el nacimiento mismo del ser discapacitado, cuando también hace referencia al “impacto psíquico [de los padres] de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valer por sí mismo...” Posteriormente, *vid.* sentencias del Tribunal Supremo 4 feb. 1999; 7 jun. 2002; 18 dic. 2003; 21 dic. 2005; 18 may. 2006; 16 oct. 2007; 24 nov. 2008; 16 jun. 2010; 31 may. 2011; 28 mar. 2012; 14 mar. 2013.