

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL MÉDICA: NACIDO CON SÍNDROME DE DOWN

Casto Páramo de Santiago

Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

EXTRACTO

La determinación de la responsabilidad médica en casos de nacidos con síndrome de Down u otras malformaciones desconocidas o ignoradas exige establecer qué criterios determinarían tal responsabilidad, teniendo en cuenta que no han de existir nacimientos que deban considerarse lesivos, porque de acuerdo con la Constitución toda vida humana es digna de ser vivida, ni pueden ser considerados daños los gastos que se deriven de la crianza de los hijos por pesar sobre los padres el deber elemental de atenderlos. Por otro lado, no se priva a la madre de poder interrumpir el embarazo por medio del aborto eugenésico porque ha de constar claramente esa decisión en el caso concreto y en otro caso la responsabilidad exigirá la constatación de un comportamiento poco diligente, alejado de la praxis médica necesaria, que sea causa del daño sufrido.

Palabras claves: responsabilidad civil extracontractual médica.

Fecha de entrada: 05-05-2014 / Fecha de aceptación: 08-05-2014

ENUNCIADO

Tras el periodo de embarazo, doña M. da a luz una niña con síndrome de Down. El embarazo se produjo por medio de fecundación in vitro, y fue controlado mediante ecografías, realizándose las pruebas normales, pero no una prueba relacionada con las posibles cromosomopatías. Los padres no presentaban anomalías que fueran detectables, y tampoco se realizó la amniocentesis ante la negativa de la madre por el riesgo que suponía. Tras el parto se realizó el cariotipo y reveló que el origen del cromosoma 21 extra es paterno. La niña nació con enfermedades cardíacas, hipotiroidismo, problemas en caderas y con una minusvalía reconocida del 33%. Los padres reclaman por la no realización de las pruebas necesarias y consideran que hubo mala praxis, lo que provocó el nacimiento de la niña con los problemas mencionados.

Cuestiones planteadas:

1. Responsabilidad médica por nacimiento de un niño con malformaciones.
2. Conclusión.

SOLUCIÓN

1. Ante el nacimiento de un niño con taras o malformaciones, se generan cuestiones relacionadas con el correcto seguimiento del embarazo, análisis de las pruebas realizadas concretando si fueron las oportunas y necesarias, si existió en la actividad médica negligencia que diera lugar a tales malformaciones, e incluso hasta qué punto se le privó a la madre de la posibilidad de abortar, pues de haberse realizado tales pruebas podría haberse interrumpido el embarazo e impedir el nacimiento de un niño con síndrome de Down, como en el caso que se propone, por la vía del aborto eugenésico.

Sin embargo, del texto se desprende que se realizaron las pruebas que normalmente se realizaban, asimismo que la madre se negó a realizar otras por el riesgo existente, existiendo por tanto la necesaria información previa. No consta que existieran antecedentes en los padres que determinaran la realización de pruebas genéticas, realizándose las habituales; por otro lado, los padres

no padecían anomalías detectables ni se apreció anomalía en el feto, por lo que la anomalía que ocasionó el síndrome de Down se originó *ex novo*. Debe señalarse que no siempre se detectan en las pruebas que se realizan las dolencias que puede padecer el feto a pesar de que los médicos actúen de manera diligente y profesional. El hecho de que después se determinara que el cromosoma extra correspondía al padre no significa que la actuación de los médicos en el caso concreto pudiera ser tachada de poco profesional o de negligente, o carente de diligencia, sino que surgió *ex novo*.

Es doctrina reiterada 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 exista un nexo causal entre ambos. De estos elementos, la acción u omisión y el daño constituyen requisitos de carácter fáctico, cuya impugnación, en sentido positivo o negativo, solo 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; 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.

La posibilidad de admitir acciones de responsabilidad por nacimiento injusto en nuestro derecho no conduce a que pueda afirmarse con carácter general que exista un nexo causal objetivado entre la falta de detección de las malformaciones por el facultativo o facultativos que realizan el diagnóstico prenatal y los daños morales y patrimoniales que puedan derivarse del nacimiento de una persona con malformaciones, sino que ese nexo causal podrá establecerse en situaciones muy concretas, en las que quede acreditado suficientemente que una actuación facultativa negligente, o en su caso una deficiente información al paciente (la paciente embarazada; incumpliendo así los presupuestos previstos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, estatal, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente), privó a los padres de la posibilidad de decidir sobre la práctica de un aborto eugenésico dentro del plazo legal, además de las consecuencias morales y patrimoniales que el nacimiento del niño con malformaciones conlleva normalmente (en este sentido se pronuncia la SAP de Barcelona de 30 de diciembre de 2011).

La doctrina científica habla al respecto del «falso negativo» como origen o motivo de imputación de responsabilidad civil al médico: cuando se ofrece un falso negativo (es decir, la ausencia de malformaciones en el feto), por acción u omisión, existiendo la tecnología y los conocimientos científicos suficientes para proporcionar un diagnóstico correcto que refleje adecuadamente el mal o defecto que sufre el *nasciturus*, el daño que se produce como consecuencia de la privación de la libertad de decidir sobre la posibilidad de abortar en el plazo legal pasa a ser un daño indemnizable para los principales afectados por esa falsa información, los progenitores y, en su caso, el propio nacido.

En casos de nacimientos de niños con malformaciones, la observancia o no de los protocolos y de la praxis médica habitual es clave para determinar la responsabilidad del médico.

Con carácter general debe recordarse que numerosísima jurisprudencia ha venido destacando que la responsabilidad médica es una obligación de medios y no de resultados, de modo que un resultado no deseable no implica una actuación indebida; o dicho de otra forma, el hecho de que no se detectase la existencia de esta anomalía genética en las pruebas realizadas no conlleva necesariamente una mala praxis médica, pues el estado actual de la medicina no es infalible y existe un margen inevitable de error que no implica ni una falta de utilización de los medios necesarios ni una mala actuación de los médicos que la asistieron para impedir el resultado dañoso, simplemente es que hay que asumir como un imponderable que este porcentaje de error existe en la ciencia médica actual.

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, 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 médico 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 aquella de su facultad de optar por la interrupción del embarazo no está basada sino en meras conjeturas; no existe prueba alguna que acredite 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 una posible falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto, pues tampoco se menciona como consecuencia necesaria de aquello. El hecho de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome no supone que necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo. No parece existir, por tanto, una relación de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo ha dictado recientemente la STS 1.ª 157/2013, de 14 de marzo, en la que, si bien no se hacen disquisiciones en orden a este tipo de acciones como la aquí analizada, confirma la responsabilidad del ginecólogo por el nacimiento de un niño con graves malformaciones que no fueron advertidas durante el periodo de gestación. En la misma se dice:

«El daño que fundamenta la responsabilidad existe. Estamos ante una indebida gestión médica del embarazo que impidió detectar a tiempo las malformaciones y que de haberlo hecho hubiera provocado soluciones distintas, al margen de un posible aborto, que no resulta sustancial. El daño, dice la STS 31 de mayo de 2011, "es independiente de la decisión de abortar y resulta no solo del hecho de haber privado negligerentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable –daño moral–, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales –daños patrimoniales– teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad"».

2. Constando, por tanto, que se realizaron las pruebas necesarias para el caso concreto, que hubo información y que no puede determinarse que la actuación de los médicos estuviera presidida de falta de control o vigilancia, o que omitiera diligencia, precaución o cuidado que le son exigibles en el desarrollo de su profesión, no parece que se pueda atribuir al médico el daño generado; además, en ningún caso consta que la madre tuviera decidido abortar en ese supuesto y tampoco, de acuerdo con la carga de la prueba, se acredita por el actor el comportamiento negligente o de falta de diligencia, por lo que no puede exigirse responsabilidad en el caso concreto.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Constitución española, art. 15.
- Código Civil, art. 1.902.
- SSTS de 7 de junio de 2002, de 24 de noviembre de 2005, de 26 de junio de 2006 y de 14 de marzo de 2013.
- SAP de Málaga de 6 de marzo de 2008.
- SAP de Barcelona de 30 de diciembre de 2011.