



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2017/2018

Convocatoria: Junio

**EL PRINCIPIO ALTERUM NON LAEDERE APLICADO A LAS ACCIONES  
DE WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE**

Alterum non laedere principle applied to wrongful birth and wrongful life  
actions

Realizado por la alumna Dña. Ana Isabel Muñoz Roldán

Tutorizado por la Profesora Dña. Etelvina de las Casas León

Departamento: Derecho Romano

Área de conocimiento: Derecho Romano

## ABSTRACT

The principle *alterum non laedere*, created by ULPIANO, which has been present since classic Roman Law, has undergone a gradual evolution. It has been established in our current legal system as a implicit norm when referring to liability for damages.

Nevertheless, it is interesting to highlight the problems of such liability in relation to the actions of *wrongful birth* and *wrongful life*. Where do we draw the line to claim compensation for life? How have the different legal systems reacted to this kind of claim? Is it better to have been born or to have given birth to a person with disabilities or malformations to not have existed?

## RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El principio *alterum non laedere*, creado por ULPIANO, y el cual se encuentra presente desde el Derecho Romano clásico, ha sufrido una paulatina evolución y se ha configurado, en nuestro ordenamiento jurídico, como una norma implícita en aquellas referidas a la responsabilidad por daños.

Sin embargo, concretándose en las acciones de *wrongful birth* (nacimiento erróneo) y *wrongful life* (vida injusta), es interesante resaltar los problemas de las mismas en relación con esta responsabilidad. ¿Dónde se encuentran los límites para reclamar una indemnización por la vida? ¿Cómo han reaccionado los distintos ordenamientos jurídicos en base a este tipo de reclamaciones? ¿Es mejor haber nacido o haber dado a luz a una persona con discapacidad o malformación a no haber existido?

## Índice

1. Introducción.....	4
2. La responsabilidad civil por daños en el derecho romano.....	5
2.1 Responsabilidad objetiva y por culpa.....	8
2.2 Evolución del alterum non laedere hasta la actual responsabilidad civil por daños.....	13
2.3 Argumento de las normas implícitas. El artículo 1902 CC. ....	15
3. La responsabilidad por daños aplicado a la responsabilidad civil médica.....	17
3.1 Wrongful birth y wrongful life.....	19
3.2 El daño en las acciones de wrongful birth y wrongful life.....	23
3.3 Obligaciones del personal sanitario. Problemática.....	30
4. Derecho comparado. Solución de los distintos ordenamientos a los supuestos planteados.....	32
4.1 Ordenamiento jurídico de Estados Unidos.....	33
4.2 Ordenamiento jurídico de Francia.....	34
4.3 Ordenamiento jurídico de Italia.....	36
4.4 Ordenamiento jurídico de España.....	37
5. Conclusión.....	42
6. Bibliografía.....	44
7. Fuentes.....	47
8. Jurisprudencia.....	48

## 1. Introducción

En este trabajo nos dedicaremos a analizar el principio *alterum non laedere*. Este, creado por ULPIANO, tiene como imperativo no hacer daño al otro, y constituye un pilar de la responsabilidad civil por daños en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Esta responsabilidad civil ha ido evolucionando poco a poco, hasta, en nuestro caso, quedar reflejada, entre otras normas, en el artículo 1902 del Código Civil.

Haremos alusión, también, a la responsabilidad médica por daños. En este campo sanitario, la responsabilidad civil es más delicada, ya que se trata de bienes jurídicos protegidos que son susceptibles de ser lesionados.

En este caso, y dentro del campo de la Medicina, nos centraremos específicamente en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Estas acciones consisten en reclamar indemnizaciones por el nacimiento de niños con algún tipo de discapacidad o malformación, debido a la falta de información, u información incorrecta, acerca de la salud del pequeño/a. La acción se basa en una negligencia médica consistente en la no concesión de tal información o en la concesión errónea de la misma y, por ende, la prohibición de la facultad de interrumpir el embarazo de los progenitores.

La diferencia entre las mismas es que, mientras que en las acciones de *wrongful birth* la demanda la interpone los propios progenitores, en las demandas de *wrongful life* es el hijo que padece la enfermedad el que reclama una indemnización por su existencia en tales condiciones.

Estas acciones surgen en EEUU por primera vez, en el caso *Gleitman v. Cosgrove* (1967). Posteriormente, se ha ido extendiendo a aquellos ordenamientos en donde el aborto embriopático es legal. Así, no solo nos centraremos en definir tales conceptos o en estudiar acerca de los daños o nexo causal en los que se basan tales acciones, si no que estudiaremos qué soluciones les han dado los distintos ordenamientos a estas demandas,

cada vez más abundantes. Nos centraremos en estudiar el ordenamiento jurídico de Estados Unidos, Francia, Italia y, por supuesto, España.

## 2. La responsabilidad civil por daños en el derecho romano.

En estos momentos, si observamos la historia de la responsabilidad del hombre, acertamos al decir que la responsabilidad civil y penal han llevado distintas vías normativas. No obstante, no siempre se han separado estas dos ramas de responsabilidad, al igual que las consecuencias han sido muy variadas con el paso de los años (desde el imperio de la fuerza, hasta la conocida frase: ojo por ojo, diente por diente). Dejando a un lado la responsabilidad civil en sistemas como el derecho primitivo o el antiguo derecho germano, conviene centrarnos en el derecho romano.

Dentro del derecho romano, hacemos alusión al principio *alterum non laedere*. Este axioma fue creado por ULPIANO, y constituye la base de la responsabilidad civil en muchos ordenamientos.

El derecho romano nos ha dejado un gran legado en relación con la identidad cultural de Occidente, así como la base del ordenamiento jurídico.

La Ley de las XII Tablas fue la primera ley escrita en Roma, con el objetivo de regular los abusos y el monopolio de los patricios en el derecho no escrito (años 460 y 450 a.C), ya que muchas normas morales como el axioma *alterum non laedere*, que analizaremos posteriormente, no eran cumplidas.<sup>1</sup>

En la antigua Ley de las XII Tablas encontramos no pocos ejemplos de limitación de la venganza por intermedio de los daños: por ejemplo, el incumplimiento de una parte de su promesa obligaba a esta a pagar el doble (Tab. VI.2); o una víctima de usura podía recibir de un individuo el cuádruplo de la cantidad de interés usurario en la medida del exceso permitida (Tab. VII.18)<sup>2</sup>. En el derecho romano escrito, la consecuencia del daño

---

<sup>1</sup>Kunkel, Wolfgang (2003). *Historia del derecho romano*. 9ª edición. Ed. Ariel, Barcelona.

<sup>2</sup>López Herrera, Edgardo (2006). *Introducción a la responsabilidad civil*. Ed. Intermilenio. Colombia.

consistía en una acción de naturaleza sancionatoria, y, aunque la Ley de las XII Tablas encontramos diversas acciones que hacen mención a la reparación del daño, el mismo solo se concebía como una relación pactada entre el que causa el daño y el perjudicado.<sup>3</sup>

Aunque podemos encontrar múltiples ejemplos de responsabilidad civil en los distintos textos romanos, nos centraremos en una de las composiciones de Ulpiano.

Ulpiano realiza una división tripartita de los fundamentos jurídicos al establecer sus *tria iuris praecepta*:

Dig. 1, 1, 10. 1. ULPIANUS. Libro 1.

Dig. 1, 1, 10. 1. ULPIANO. Libro 1.

Regularum:

Reglas:

*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

*Los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño al otro, dar a cada uno lo suyo.*

Dentro de este precepto, destacamos el axioma *alterum non laedere*, principio que ordena no hacer daño al otro (*alterum* procede de *alter*, que significa “otro”, mientras que *laedere* significa lo referido a la acción de dañar o lesionar, en sentido amplio), y que también es conocido como *neminem laedere*. El mismo es un principio de carácter básico acuñado como una norma genérica<sup>4</sup>. Este principio se considera un principio general del derecho (a lo cual nos remitiremos posteriormente), tal y como podemos observar en numerosas manifestaciones del poder judicial de nuestro país, destacando, entre otras, la Sentencia de 5 de diciembre de 1994 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual aplica este principio en un supuesto de responsabilidad extracontractual en un juicio declarativo contra una Comunidad de Propietarios.

---

<sup>3</sup>Reglero Campos, L. Fernando y Busto Lago, José Manuel. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I.* (pág. 67). Ed. Aranzadi. Pamplona.

<sup>4</sup> Enrich Guillen, Daniel (2014). *Cuestiones de responsabilidad civil en las comunidades de propietarios.* Ed. Bosch. Barcelona. Pag. 21.

Posteriormente, los juristas de la Escuela de Bolonia, analizaron la doctrina de GAYO, y de esta misma concluyeron la aportación de ULPIANO destacando que “el que hace uso de su derecho no perjudica a nadie”.

No obstante, surge la duda sobre la certeza de esta máxima, pues nuestro ordenamiento jurídico presume la buena fe de los actos, es por ello por lo que nuestras leyes no amparan las actuaciones de los sujetos, sino que, ejerciendo tal actuación basándose en un derecho, si esta causa daño a un tercero, surge el deber de indemnizar el daño causado.

A partir de la realización por un sujeto del daño, éste queda vinculado con el sujeto dañado por una “relación de deber-poder”, según Miguel Ángel Moreno Navarrete<sup>5</sup>. Éste afirma que quien tiene la obligación de indemnizar tiene el deber (deber de realizar una obligación de dar, hacer o no hacer), y quien tiene el derecho a ser indemnizado tiene el poder (poder de exigir que otro realiza tal obligación).

Por otra parte, matiza este autor en un artículo de la Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia<sup>6</sup>, que la norma jurídica se posiciona en la base de la pirámide. Esto significa que el nacimiento de los derechos y obligaciones a los que nos referimos anteriormente están fundamentados en una norma jurídica. Dependiendo de la clase de norma jurídica que se trate, o de los derechos que esta proteja, nos encontraremos ante responsabilidades de diferentes caracteres, como penal, administrativa o civil. En el caso que nos ocupa, nos interesa esta última: la responsabilidad civil.

Aunque la norma jurídica, tal y como mencionamos, es la base de la responsabilidad, el no causar daño a otro constituye uno de los tres grandes pilares sobre los que se asienta el derecho, comenta L. Fernando Reglero Campos<sup>7</sup>. Sin embargo, este principio no podemos entenderlo como una obligación de indemnizar, no trata de la compensación

---

<sup>5</sup>Moreno Navarrete, Miguel Ángel. La suspensión de la ejecución de la pena y la responsabilidad civil. El principio “*alterum non laedere*” y la desprotección de las víctimas y perjudicados. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Diciembre 2014, pp. 2.

<sup>6</sup>*Ibid.* pp. 3-5.

<sup>7</sup>Reglero Campos, L. Fernando y Busto Lago, José Manuel. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. (pág. 269). Ed. Aranzadi. Pamplona,

por el daño<sup>8</sup>, sino que pone el énfasis en la prevención de no producirlo, es decir, el rol que cumple este axioma debe comprenderse jurídicamente como que la práctica de la responsabilidad civil está basada en evitar el daño, y no en la reparación del mismo<sup>9</sup>.

Esto, explica Enrich Guillén en una de sus obras, se basa en que el “comportamiento humano debe encuadrarse en unos parámetros de licitud, traspasados los cuales es cuando puede que existe, si se cumplen además al resto de los requisitos necesarios, la imputabilidad del daño a un sujeto de derecho y el consecuente nacimiento de la responsabilidad”<sup>10</sup>. El comportamiento reprochable es, pues, el comportamiento antijurídico, concepto que debemos matizar. En palabras de Luis Díez Picazo y Antonio Gullón, “lo antijurídico no penal no consiste solamente en la violación de normas que impongan una conducta, sino también en la contravención del principio *alterum non laedere*, que es un principio general del derecho que informa a todo el Ordenamiento Jurídico y que está integrado en él, fuente de una serie de deberes que obligan a comportarnos respecto a terceros con la corrección y prudencia necesarias para que la convivencia sea posible”<sup>11</sup>.

Por tanto, una primera conclusión en base a lo explicado es que podríamos considerarlo como el pilar fundamental de la responsabilidad civil.

## 2.1 Responsabilidad objetiva y por culpa.

Para el derecho de daños actual, es necesaria la distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva, cuyas evoluciones analizaremos próximamente.

La primera consiste en la imputación a un sujeto de los riesgos generados por su actividad, presumiéndose culposa la acción u omisión generadora del evento dañoso. Es definida

---

<sup>8</sup> López Herrera, Edgardo. (2007). En Introducción de la responsabilidad civil. *Manual de responsabilidad civil* (pág. 25). Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires.

<sup>9</sup> Papayannis, Diego M. La práctica del *alterum non laedere*. *Isonomía*, N.º 41, octubre 2014, pp. 19-68.

<sup>10</sup> Enrich Guillén, Daniel (2014). *Cuestiones de responsabilidad civil en las comunidades de propietarios*. Ed. Bosch. Barcelona. Pág.22.

<sup>11</sup> Díez Picazo, L. y Gullón, A (1995). *Instituciones de derecho civil*. Tecnos. Vol./2.Pag. 449.



por la STS de 5 de octubre de 1994 como “principio básico en nuestro ordenamiento positivo, cuya aplicación requiere por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del evento daño”. Es decir, la responsabilidad por culpa tiene como presupuesto la existencia de una conducta contraria a un deber jurídico por parte del responsable.

Por otro lado, en la responsabilidad objetiva encontramos distintos presupuestos como son el riesgo y el sacrificio, en los que la acción de daño se mide en otros requisitos como la peligrosidad de la conducta dañosa.<sup>12</sup>El profesor LASARTE establece que, en relación con la responsabilidad objetiva, “la obligación de resarcimiento se genera simplemente por la relación de causalidad entre el acto del agente y el daño producido, independientemente de todo elemento de intencionalidad o falta de diligencia”<sup>13</sup>, aunque matiza MATOZZI en este aspecto que el nexo de causalidad necesario se consigue con la simple realización de la actividad peligrosa. En breve resumen, para el resarcimiento se precisa obligatoriamente una conexión entre la consecuencia que perjudica y la acción realizada, pero no es necesario la imputabilidad jurídica.

Además, el hecho de que la acción de daños esté ligada a la responsabilidad personal de aquel que causa un daño, no determina el alcance de esta responsabilidad.<sup>14</sup> A este respecto, posee relevancia la STS, 1ª, de diecisiete de octubre de dos mil once, con Magistrado Ponente Jesús Corbal Fernández, ya que en este pleito se plantea la cuestión de si, cuando se asume un riesgo, esto conlleva la responsabilidad civil *per se* cuándo el riesgo se concreta en un daño. A continuación, el ponente considera que:

*“en el sistema de culpa extracontractual del art. 1902 CC no cabe erigir el riesgo en factor único de la responsabilidad, y es preciso que se dé una conducta adecuada para producir el resultado dañoso. En el caso es cierto que existía una situación de riesgo (...) pero se trataba de una actividad*

---

<sup>12</sup>Jansen, Nils. Estructura de un derecho europeo de daños. *Working Paper*, N° 18, Abril 2003, pp. 12-14.

<sup>13</sup>Enrich Guillen, Daniel (2014). *Cuestiones de responsabilidad civil en las comunidades de propietarios*. Ed. Bosch. Barcelona. Pag.133.

<sup>14</sup>Jansen, Nils. Estructura de un derecho europeo de daños. *Working Paper*, N° 18, Abril 2003, pp. 15.

*voluntaria cuyo peligro era conocido por el solicitante, y el accidente se produjo dentro del ámbito del riesgo asumido y aceptado...”*

A continuación, establece en el fundamento de derecho que:

*“No se advierte que es lo que dejó de hacer, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, que, efectuado, pudiera haber evitado el resultado lesivo, salvo la no realización de la actividad”<sup>15</sup>*

Esta distinción entre responsabilidad objetiva y por culpa subsiste en la totalidad de sistemas jurídicos europeos, consolidándose como principio estructural del derecho de daños.

En cuanto a los fundamentos de la distinción entre la responsabilidad objetiva y por culpa, Jansen establece que la responsabilidad civil debe ser estructurada en base a la distinción entre la responsabilidad objetiva y responsabilidad por culpa<sup>16</sup>. Así mismo, establece una serie de razones en las que explica las posibles razones que se alegan para justificar tal división de la responsabilidad.

Tenemos, de este modo, los deberes civiles de conducta, y la compensación y distribución.

En cuanto al primero de ellos, la doctrina acepta que exista una función del derecho dedicada establecer una lista o catálogo de deberes civiles de conducta. Hoy por hoy, esta idea no es del todo procedente, ya que las exigencias de conductas están recogidas, mayoritariamente, en normase derecho público, así como en diversas reglas que se recogen en los distintos sectores profesionales.

---

<sup>15</sup> Salvador Coderch, Pablo y Ruiz García, Juan Antonio. Riesgo, responsabilidad objetiva y negligencia. *Indret*. Abril 2002, Barcelona, pp. 2.

<sup>16</sup> Jansen, Nils. Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna (Barcelona, 2003), pp.7.

Respecto a la compensación y distribución, destacamos a ESSER,<sup>17</sup> quien realizó una tesis en la cual se considera que el derecho de responsabilidad derivada de la culpa sirve únicamente a la compensación (justicia compensatoria). Por otro lado, el derecho de la responsabilidad por riesgo afecta a los riesgos que la sociedad acepta, y que derivan del mismo avance de las tecnologías, o de la industrialización<sup>18</sup>. Este argumento es el utilizado con más frecuencia en la dogmática alemana<sup>19</sup>. No obstante, existe una discusión sobre esta misma tesis en el ámbito del *Common Law*: es cierto que la tesis de ESSER anteriormente descrita sirve para explicar las bases de la responsabilidad; de ahí podemos concluir que la responsabilidad por culpa tiene su base en la responsabilidad personal de quien causa el daño, y la responsabilidad por riesgo funciona, en palabras de Nils Jansen “como un tipo de seguro colectivo”. No obstante, aunque esta distinción es adecuada para el entendimiento de la teoría de ESSER, es cierto que el derecho de daños está construido de una manera más compleja.

Debemos hacer alusión también, debido a su gran importancia, al nexo, del latín *nexus*. A la relación de causalidad de la responsabilidad.

En el derecho romano, estableció en la *Lex Aquilia* (a la que haremos alusión posteriormente) tres hipótesis: la primera de ellas exigía como presupuesto necesario que el perjuicio hubiera sido realizado por una persona a otra, quien recibe el daño. La segunda hipótesis recogía que el daño debía haberse realizado con injuria, o, dicho de otra forma, con dolo. Finalmente, la tercera hipótesis marcaba la necesidad de que existiese un vínculo (o nexo de causalidad) entre la acción que realiza el causante, y el daño sufrido por la víctima, que exige una indemnización por tal perjuicio.

Tanto en el antiguo derecho romano, como en el derecho actual, supone un problema determinar la causalidad o nexo de una acción y su consecuente responsabilidad. A este

---

<sup>17</sup> Esta tesis de ESSER, aunque se explica en Jansen, Nils, Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna, se encuentra originalmente en ESSER, *Gefährdungshaftung*, pp.69 y ss.

<sup>18</sup> Jansen, Nils. Estructura de un derecho europeo de daños. *Working Paper*, N° 18, Abril 2003, pp. 11-12

<sup>19</sup> A este respecto, Nils Jansen aconseja en su mismo artículo “Estructura de un derecho europeo de daños” que se acuda a LARENZ/CANARIS, *SCHULDR II/2*.

respecto, comenta Rubén D. Acevedo Prada que, en primer lugar, está el problema de que, efectivamente, concurren dos personas en la causación del daño; y, en segundo lugar, el problema de si la causa del daño puede achacarse a la conducta de una persona, o bien, si esta es derivada de una causa externa o de la naturaleza (fuerza mayor o caso fortuito).<sup>20</sup>

Este mismo autor comenta que, aunque muchas veces no existen especiales dificultades para identificar la causa, hay otras en las que, si concurren diversos factores, todos ellos pudiendo ser el origen del resultado dañoso, determinar cuáles deben considerarse como causa de tal daño y, por ende, objeto de la responsabilidad, puede ser una difícil tarea. No obstante, a pesar de estas dificultades que se ofrecen en algunos casos, la relación causal entre el daño y una conducta determinada sigue siendo un requisito *sine qua non* para la responsabilidad civil extracontractual.

Así mismo, para determinar las actividades que deben considerarse como susceptibles de imputación causal, sean formulado varias teorías, las cuales comentaremos brevemente:

En primer lugar, hablamos de la teoría de la causalidad directa e inmediata del daño. En esta, Reglero Campos (2006) plantea que “el daño pueda ser imputado causalmente al agente, lo único exigible es que el nexo causal no haya sido roto por la interferencia de otra serie causal ajena al anterior”.<sup>21</sup> Sin embargo, encontramos un problema en esta teoría, ya que la aplicación de la misma no investiga los precedentes, o el historial temporal de la acción, y ésta puede modificar la intensidad del resultado.

También obtenemos, por otro lado, la teoría de la equivalencia de las condiciones. Esta teoría entiende que todas las condiciones que acontezcan sean positivas o negativas, producen el resultado, con lo cual, todas son equivalentes entre sí, y tienen el mismo valor todas y cada una de ellas. Es decir, cada una se considera, independiente una de la otra, pero todas a la vez, como causa del resultado. Sin embargo, si algunas de las condiciones no se encuentran, el daño podría evitarse.

---

<sup>20</sup>Acevedo Prada, Rubén D. Una mirada a la responsabilidad civil española: el régimen subjetivo. *Revista Guillermo de Ockham* 11, pp. 2.

<sup>21</sup>*Ibid.* pp. 5.

Esta última teoría es la que ha tenido mayor acogimiento.

## **2.2 Evolución del *alterum non laedere* hasta la actual responsabilidad civil por daños.**

Un sistema de responsabilidad civil por daños como el que disponemos actualmente no ha existido siempre.

En los orígenes, la primera respuesta a un daño causado era la violencia, como forma de reacción de la víctima al causante del daño. Aunque el Derecho fue interviniendo en la sociedad paulatinamente, aún se mantenía ajeno a estos daños, hasta que se comenzó a moderar los niveles de estas violentas reacciones de los hombres ante los daños sufridos. Fue así como nació la Ley del Talión, mediante la cual se limitaba el daño para que esa “venganza” no fuera mayor que la sufrida. Era un método para aminorar los excesos a la hora de reivindicar lo sufrido.

Posteriormente, las víctimas y causantes del daño comenzaron a aceptar resarcirse del patrimonio del culpable. Así, en el derecho romano antiguo, el causante pagaba a la víctima con ganado o dinero (esto último posteriormente) una cantidad determinada por ambos, de manera que el perjudicado, al recibir esa “indemnización”, perdonaba al responsable del daño. Esta figura se denominó *compositio* (composición privada).<sup>22</sup>

La ley de las XII Tablas incluyó preceptos inspirados en la Ley de Talión (en lo referente a la limitación de la venganza), pero también propuso la posibilidad de la “composición voluntaria”, aunque quedaba en un plano subsidiario. Por ejemplo, en el ámbito de las lesiones corporales, la víctima podría elegir, o bien la venganza violenta, o bien, una vez recibía una prestación a cambio de la venganza, esta última era ilícita. El pago monetario se fue introduciendo, aunque de una manera lenta.

---

<sup>22</sup>Jansen, Nils. Estructura de un derecho europeo de daños. *Working Paper*, N° 18, Abril 2003, pp. 14

En el derecho romano, la función del derecho de daños no era que el causante compensara los daños causados de forma patrimonial u de otra forma, si no de plantear la cuestión sobre si el perjudicado por la acción dañina debía “vengarse” frente al primero.

La mayoría de la doctrina está de acuerdo al afirmar que la responsabilidad civil tiene su origen en la Ley Aquilia (*Lex Aquilia*), ya que estas normas romanas fueron sustituyendo a todas aquellas que tipificaban los daños a los bienes patrimoniales que se consideraban ilegales. La *Lex Aquilia* exigía que la conducta a penalizar fuera una acción de obrar: se debía hacer o ejecutar algo. Se debe matizar que esta conducta no surtía efecto alguno cuando se trataba de una omisión.

La *Lex Aquilia* fue interpretada por muchos juristas, de manera que se fue ampliando el contenido de la responsabilidad incluyendo, por ejemplo, no solo el valor de lo perdido, si no el precio del lucro cesante. La ley original establecía que “únicamente el dueño del bien tenía legitimación para perseguir al individuo imputado de causar el daño; pero luego, este derecho se concedió a ciertas personas que no eran propietarias: al acreedor pignoraticio, al usuario y al usufructuario”.<sup>23</sup>

Anteriormente hablamos de la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa. Pues bien, en lo relativo al sistema del Derecho romano, la existencia de la culpa era un matiz accesorio a la responsabilidad, ya que la víctima reaccionaba por el daño causado, pero no estudiaba los motivos o circunstancias que llevaban al causante a producir tal daño. No obstante, debemos especificar que si quedaban excluidos de la venganza contra los locos o los niños, es decir, quienes no tuvieran uso pleno de sus facultades mentales.

Más tarde, aquellos que obraran sin culpa quedaban exentos de la responsabilidad, y también se aumentó el alcance de la indemnización en lo relativo al valor de la pérdida y del lucro cesante, o tipo de daño que ocasionara tal pérdida.

---

<sup>23</sup> Almodóvar Maldonado, José A. Evolución de la responsabilidad civil. *Ceiba*, Nº 1, Agosto 2012 -Mayo 2012. Pp.12.

Establece también este artículo que versa acerca de la evolución de la responsabilidad civil de Almodóvar Maldonado que, a lo largo del tiempo, se fue desarrollando una serie de requisitos los cuales, si se cumplían, daba lugar a la obligación de resarcir. De este modo, uno de los requisitos indispensables era el *damnum* (daño), así como un nexo entre la acción realizada (la cual debía ser contraria a derecho) y el daño producido.<sup>24</sup>

A modo de resumen, podríamos hacer un breve inciso acerca de la una de las mayores diferencias entre el sistema de responsabilidad en el derecho clásico y en el derecho postclásico, ya que, como hemos visto, varían mucho en estos periodos. El derecho clásico estableció, en un principio, los casos de responsabilidad por dolo y por caso fortuito. La diferencia radicaba en que en un caso se valoraba la intención de incumplir la obligación (caso de responsabilidad por dolo) y en el otro caso el autor era responsable aunque su conducta fuera ajena al mismo. Posteriormente, el derecho postclásico, el cual plasma Justiniano, se configura una distinción entre el dolo y la culpa.

En conclusión, la responsabilidad civil fue surgiendo de manera aproximada a la descrita por varias razones. Una de ellas eran los abundantes riesgos y peligros que pueden existir en una vida en sociedad. Y ya no solo se trata de esos riesgos, sino de los daños que pueden provocar los mismos. Es por ello por lo que no solo era suficiente cumplir el axioma de ULPIANO del que partimos en este trabajo: “*alterum non laedere*”, sino que hacía falta una figura que protegiese a las víctimas de daños y perjuicios.

### **2.3 Argumento de las normas implícitas. El artículo 1902 del Código Civil.**

Como bien sabemos, nuestro ordenamiento jurídico, al igual que muchos otros, es una evolución del derecho romano, por lo que encontraremos en nuestras normas muchas características, en el caso que nos ocupa, de la responsabilidad de daños. Así, nos centraremos en unos de los trabajos de M. Papayannis<sup>25</sup> para poder hacer referencia

---

<sup>24</sup>Almodóvar Maldonado, José A. Evolución de la responsabilidad civil. *Ceiba*, N° 1, agosto 2012 -mayo 2001, (8-21).

<sup>25</sup>Papayannis, Diego M. La práctica del *alterum non laedere*. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, N° 1, octubre 2014.



nuestra actual práctica de la responsabilidad civil, derivada del principio *alterum non laedere*. Aunque son muchos los autores los que niegan que exista un deber de no dañar, este autor sostiene varias tesis que podrían fundamentar la existencia de tal axioma.

Para ello, primero acudimos al artículo 1902 del Código Civil<sup>26</sup>, el cual se constituye, además como principio general del derecho. Este dicta que “*el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”. Esta responsabilidad civil aquiliana consistente en no dañar a otro no se basa únicamente en un contrato, sino que se refiere a la actuación en la vida social.

Aunque se podría considerar que el legislador no ha impuesto un deber de no dañar, sino un deber de compensar los daños producidos, que no disponga literalmente tal deber, no es razón para que, en la práctica, se le conecte el deber no hacer daño a otro. A este respecto, Papayannis argumenta que “*aunque en ningún sitio el artículo 138 del Código Penal español establezca literalmente una prohibición de matar a otro, cualquier jurista medianamente competente sabe que allí se prohíbe el homicidio; a partir de esto, muchas otras inferencias están justificadas, como que todos los individuos tenemos el deber de no matar, que matar es incorrecto, y así sucesivamente*”<sup>27</sup>.

Un argumento muy interesante es el que explica este autor en segundo lugar, y es que explica que si hubiera un deber de no dañar absoluto haría inviable la vida social. Esto es debido a que la mayoría de los sistemas económicos están basados en la competencia, la cual permite, hasta ciertos límites, fomentar actividades que pueden ser perjudiciales para los intereses ajenos. No obstante, el axioma *alterum non laedere* se refiere, más bien, a no hacer daño al otro de manera injusta, o de manera que represente un peligro. Aunque estos daños no pueden ser establecidos en una lista, podemos interpretarlos mediante la diferencia que explicamos anteriormente entre el deber de no hacer daño mediante conductas peligrosas que el mismo legislador especifica (hablamos aquí de la responsabilidad objetiva), y el deber de no hacer daño actuando con negligencia (en este

---

<sup>26</sup>BOE núm. 206, de 25 de julio de 1989.

<sup>27</sup>Papayannis, Diego M. La práctica del *alterum non laedere*. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, N° 1, Octubre 2014. Pp.3



caos nos referimos a la responsabilidad por culpa). El *alterum non laedere* “se proyecta sobre un combinado de normas preventivas y compensatorias”<sup>28</sup>.

Hace alusión el autor también a Cerutti (2011). Esta autora parte de la idea de que el deber de no dañar es una norma implícita en los ordenamientos jurídicos, cuyas nociones se van desarrollando sin eliminar el vínculo entre las normas que establece el legislador y lo que se implican de ellas. Establece Cerutti en su obra que “también para que opere la implicación conceptual y obtener la norma que en esta oportunidad interesa, esto es “prohibido dañar” u “obligatorio no dañar”, la relevancia no es un criterio valorativo incluido por el intérprete [...], porque las normas derivadas conceptualmente de esta manera carecen de utilidad, ya que dependerían del criterio particular de cada jurista; sino que la relevancia es obtenida del mismo ordenamiento jurídico, del concepto jurídico sólido que está presupuesto en el ordenamiento”<sup>29</sup>.

Esta teoría podemos aplicarla al artículo 1902 del Código Civil en relación con la responsabilidad civil de manera que: si deducimos que “causar daño a otro” es ilícito, no dañar a otro constituye un deber<sup>30</sup>. Con esta premisa, no es suficiente para afirmar que el artículo 1902 CC establece la obligación de reparar el daño causado literalmente, pero implícitamente guarda un deber de no dañar.

### 3. La responsabilidad por daños aplicado a la responsabilidad civil médica

Ya en el Derecho Romano, la Ley Aquilia incluía disposiciones contra los médicos que, interviniendo a una persona, causaran daños (aunque estos daños se referían a determinados supuestos). Ejemplo de ello lo encontramos en el Digesto 9, 2, 7<sup>31</sup>, el cual,

---

<sup>28</sup>*Ibid.*(pp.5).

<sup>29</sup>Cerutti, M<sup>a</sup> del Carmen (2011). *Derecho de daños. Análisis de algunos problemas conceptuales*. Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). ISBN: 978-987-1123-82-7. Pag. 38.

<sup>30</sup>Papayannis, Diego M. La práctica del *alterum non laedere*. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, N<sup>o</sup> 1, Octubre 2014.

<sup>31</sup> Digesto 9, 2, 7 “*Praeterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem, atque ob id moruus fuerit servus, culpa reus est*”.

traducido, establece que “dice Próculo, que si con impericia hubiese operado el médico a un esclavo, compete o la acción de arrendamiento o la de la Ley Aquilia”. También podemos acudir al Digesto 9, 2, 8<sup>32</sup>, el cual especifica que se establece la misma norma si el médico hubiese hecho en otro un mal uso del medicamento, así como aquel que no hubiese sajado bien y abandonase el medicamento estará exento de culpa.

En la actualidad, hasta hace relativamente poco (en la década de los noventa), no era usual, al menos en nuestro ordenamiento jurídico (en otros la responsabilidad civil médica data sus inicios en la década de los setenta u ochenta), que se condenara a un médico (o a algún otro facultativo) a resarcir un daño, a una responsabilidad civil por daños. Las causas de esta evolución de este tipo de demandas pueden computarse a varios factores entre los que destacamos, en primer lugar, la evolución médica. Hablamos de esta evolución refiriéndonos tanto a una vertiente tecnológica y moderna, como al hecho de que el paciente no se encuentra muchas veces ante un médico de confianza, debido a la masificación y a la construcción de una “institución sanitaria anónima”<sup>33</sup>; y en segundo lugar, la evolución de conciencia, haciendo que ésta comprenda que no hay perjuicio sin su consecuente reparación (especialmente cuando el daño es personal, y no referido a un objeto), lo cual da seguridad.

Señalamos a González Morán<sup>34</sup>, que nos explica de manera apropiada la evolución de los litigios referidos a responsabilidad médica. Éste dispone que “a partir de los años 70, comienza a cambiar el signo de las reclamaciones efectuadas ante los tribunales por actividad médica [...]. Nos hallamos, de manera general, en el marco del contrato de arrendamiento de servicios, donde una parte, que ha realizado la prestación, exige de la otra parte el cumplimiento de su prestación”. Tiene especial interés lo que estipula este autor, ya que hace referencia al artículo 1902 del Código Civil, aquel que mencionamos y explicamos en anteriores apartados. De esta manera, González Morán sigue explicando

---

<sup>32</sup> Digesto 9, 2, 8 “*Imperitia quoque culpa adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit, aut perperam ei medi camentum dederit*”.

<sup>33</sup>Fernández Hierro, José Manuel. (2007). *Sistema de responsabilidad médica*. (pág. 3). Ed. Comares. Granada.

<sup>34</sup>González Morán, Luis. *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona (1990), pág.. 52 y ss.

su teoría aludiendo que “así como en la etapa anterior las demandas se insertaban en el ámbito de la responsabilidad contractual, sobre la base de un contrato o de una relación jurídica análoga, ahora hay un desplazamiento general hacia la vía de la responsabilidad extracontractual, fundamentándose la gran mayoría de los litigios sobre el ejercicio de la acción aquiliana sobre el soporte jurídico del artículo 1902 del Código Civil”. Lo que quiere decir este autor es que no solo ha ido evolucionando la médica y la tecnología referida a esta, sino también la conciencia social sobre este tipo de responsabilidad.

### 3.1 Wrongful birth y wrongful life

*“...que sea mejor no haber llegado nunca a existir a haber nacidos con severas patologías es un misterio que ha de ser más propiamente resuelto por los filósofos o los teólogos”*

*Becker V. Schwartz, 386N.E. 2d 807, 812 (Nueva York, 1978)*

El origen de estas acciones, redacta la obra “La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales”, tiene su origen en las acciones de *disadvantaged* o *dissatisfied life*, que viene a ser vida insatisfactoria (lo que hemos denominado *wrongful life*). Estas acciones empezaron a plantearse en los tribunales de Estados Unidos y, aunque posteriormente haremos referencia a jurisprudencia de ese y otros países, debemos destacar como nota inicial el caso *Zepeda v. Zepeda*, en el año 1963. Este trataba la demanda de un niño frente a su propio progenitor por el hecho de haber nacido ilegítimo. Alegó la ilegitimidad porque el padre había convencido a la madre de mantener relaciones sexuales bajo la promesa de matrimonio. Sin embargo, el padre ya estaba casado, por lo que el matrimonio nunca se contrajo, y el hijo nació bajo el estigma de la ilegitimidad<sup>35</sup>. Aunque, en este caso, la pretensión fue desestimada al considerar que hay ausencia del daño y su contrariedad al orden público, se abrió el

---

<sup>35</sup> Este caso es estudiado en la obra: Ploscow. An action for “wrongful life”, N.Y.U.L.R., 1963 (38).

camino al estudio de la vida como daño, lo cual era consecuencia de un cambio de mentalidad social.

No obstante, en la actualidad, y como antes hemos mencionado, el avance de la medicina, la ciencia y la tecnología, entre otros factores, han abierto a las puertas no solo a nuevas prestaciones preconceptivas y prenatales, si no también han creado nuevas maneras de producir el daño, así como nuevas vías de responsabilidad.

Así, entre la doctrina y la jurisprudencia se ha logrado clasificar (o, al menos, intentar distinguir), los daños que pueden surgir del nacimiento de un niño. Así, encontramos:

- La reclamación de responsabilidad por el nacimiento de un niño sano no deseado. Es lo que se conoce como *wrongful conception*.
- La reclamación de responsabilidad por el nacimiento de un niño afectado por taras causadas por la actuación del médico o de otros sujetos. A esto se le denomina causación, y puede ser directa o indirecta.
- La reclamación de responsabilidad por el nacimiento de un niño afectada por taras o enfermedades transmitidas por sus padres. Hablamos de procreación irresponsable.
- Por último, la reclamación de responsabilidad por el nacimiento de un niño afectado por taras o enfermedades de las que no se advirtió a los progenitores antes del plazo fijado por la ley para el aborto, o con anterioridad a la concepción. Aquí, se trata de los conceptos de *wrongful birth* y *wrongful life*, en los que nos centraremos en este trabajo.<sup>36</sup>

### Wrongful birth

El documento de trabajo *Acciones wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica* define el wrongful birth como “demanda judicial interpuesta contra el médico por los padres de un niño nacido con

---

<sup>36</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 49). Ed. Tirant. Valencia.

discapacidad”<sup>37</sup>. Así, el médico es responsable de un daño, ya que o bien no ha propuesto las pruebas necesarias o suficientes, o bien, no ha detectado la anomalía que sufre el feto y, consecuentemente, no ha advertido a la madre de eso mismo, impidiendo a esta que pueda abortar dentro del plazo que ampara la ley.

El fundamento del *wrongful birth* radica en reclamar una indemnización por un daño sufrido. En este caso, el daño es el quebranto moral y el quebranto económico, ambos derivados de dar a luz a un hijo con una anomalía genética. Además, se interpone esta acción ya que la gestante se vio privada de la oportunidad de interrumpir el embarazo, después de haberse informado acerca de dicha interrupción. Esto se conoce como “teoría de la pérdida de la oportunidad” (*perte de la chance*). Esta tiene su origen en Francia, concretamente, en la Sentencia de la Corte de Casación de fecha 17 de julio de 1889, y tiene como requisito indispensable que en la producción del daño para los progenitores no incurra nunca la voluntad de estos. Aplicado a las acciones de *wrongful birth*, el daño se centra en la oportunidad que tendrían los progenitores de evitar un gasto (en este caso, el gasto es el mantenimiento de un niño discapacitado). Antes del error del profesional sanitario los progenitores tenían la facultad de decidir acerca de esas pérdidas patrimoniales y, después de la actuación de este, no es posible tal decisión.<sup>38</sup>

No obstante, esta teoría, al igual que defendida, también es criticada por muchos autores, en tanto que consideran que se pone en duda que exista una verdadera ocasión perdida respecto del nacimiento, ya que la decisión del aborto está en la madre, y no en un evento aleatorio.

La conducta negligente del médico se resume en impedir ejercitar el contenido del artículo 10.1 de la Constitución Española (“*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”), a que

---

<sup>37</sup> Pachecho-Jimenez, María Nieves (2011-2012). *Acciones wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*. Facultad de ciencias sociales de Cuenca. Universidad de Castilla-La Mancha. SPCS Documento de trabajo 2011/2. Pág. 8.

<sup>38</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 364). Ed. Tirant. Valencia.

podemos considerar que impedir que la madre ejerza la facultad de interrumpir legalmente el embarazo conforme a la ley podría lesionar el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad que recoge este precepto.

En cuanto a los casos de conducta negligente que han abierto las puertas a las demandas por *wrongful birth* mencionan Salàs Darcia (2005) y Macía Morillo (2006) los “falsos negativos”. Estos son informes derivados de un diagnóstico que no responde a la realidad y que, por lo tanto, no muestra la enfermedad que realmente padece el feto. Esto puede ser causado por la falta de pruebas necesarias o por la incorrecta realización de las mismas, o, por otro lado, de la falta de información.<sup>39</sup> En conclusión, el núcleo de la negligencia en todos los casos es que se incumpla los protocolos establecidos en la *Lex artis ad hoc*, rompiendo así con los derechos de la embarazada que se recogen en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica<sup>40</sup>.

### Wrongful life

Por otro lado, la acción de *wrongful life* es definida por Macía Morillo como “reclamación de responsabilidad interpuesta en nombre del niño (la reclamación en nombre propio no es, en general, posible o, cuanto menos, resulta muy discutible), en la que se solicita una reparación por el daño que experimenta: su propia existencia”.<sup>41</sup>

La diferencia fundamental entre *wrongful birth* y *wrongful life* (que, a su vez, es lo que distingue el tratamiento entre ambas) es el daño reclamado, ya que la demanda del niño (*wrongful life*) se basa en la fundamentación de que para él habría sido mucho mejor no haber nacido, que nacer en las condiciones de malformaciones o enfermedad que sufre,

---

<sup>39</sup> Pachecho-Jimenez, María Nieves (2011-2012). *Acciones wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*. Facultad de ciencias sociales de Cuenca. Universidad de Castilla-La Mancha. SPCS Documento de trabajo 2011/2. Pag. 9.

<sup>40</sup> BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

<sup>41</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 403). Ed. Tirant. Valencia.

mientras que los padres (*wrongful birth*) se basan en el daño de sus propios intereses, no en los del menor.

En estas acciones, dice Pacheco-Jiménez, el profesional sanitario tenía un deber con el niño, el cual se incumplió. No hablamos aquí de que, debido a su negligencia, el niño padece la enfermedad o la malformación, sino que la negligencia fue lo que provocó el nacimiento.<sup>42</sup>

Antes hablamos de la “teoría de la oportunidad, surgida en Francia y que le fue rechazada a una madre. Aquí, pues, si es posible acudir a la misma. El hijo podría alegar la pérdida de oportunidad si prueba que la madre no habría abortado<sup>43</sup>. Aunque en nuestro ordenamiento jurídico no hay ninguna sentencia que resuelva algún supuesto de *wrongful life*, si tiene importancia la *Doctrina Parruche*, elaborada a raíz de la Sentencia del Tribunal de Casación Francés de 17 de noviembre de 2000, a la que haremos alusión posteriormente.

### 3.2 El daño en las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*

Hemos planteado anteriormente la necesidad de que exista un daño para poder exigir la responsabilidad civil derivada del mismo, así como un nexo causal que una el hecho que realiza un sujeto con el daño causado.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, y profundizando en los conceptos de *wrongful birth* y *wrongful life*, debemos destacar que algo tan obvio como lo que hemos mencionado antes acerca del daño, es un tema muy controvertido en este ámbito, junto con la relación de causalidad, ya que se trata de un tema tan indeterminado como es la vida. El daño pertenece a una esfera moral, más que jurídica, no siendo así la relación de causalidad, que, aunque es más jurídica, también tiene sus puntos controvertidos.

---

<sup>42</sup> Pacheco-Jimenez, María Nieves (2011-2012). *Acciones wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*. Facultad de ciencias sociales de Cuenca. Universidad de Castilla-La Mancha. SPCS Documento de trabajo 2011/2. Pag. 7

<sup>43</sup> Solé Feliu, Josep y Martín Casals, Miquel. Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2004. *Revista Indret*. Abril 2014, pp. 8.



Debemos distinguir el daño en las dos acciones por separado, ya que, aunque los problemas inherentes a estas acciones son los mismos, no ocurre lo mismo con las víctimas de los daños, con lo cual, procederemos a explicar el daño en las distintas acciones:

En relación con el daño en las acciones de *wrongful birth*, nos encontramos con diversos problemas: el primero de ellos es el considerar la vida como un daño: luego, en segundo lugar, el daño por lesión del derecho a la información y, en tercer lugar, el daño moral por la falta de preparación psicológica para el nacimiento del niño enfermo o discapacitado<sup>44</sup>

Con respecto a considerarla vida como un daño, podríamos decir que es el tema con más controversia en este ámbito, ya que se trata de un concepto abstracto y de difícil concreción. Además, hay que destacar que el nacimiento de un ser, discapacitado o no, nunca se ha considerado socialmente como un daño *per se*.

Debemos mencionar a este respecto la teoría de la separación. Esta tiene su origen en la doctrina y jurisprudencia de Alemania y parte de la idea de que, teóricamente, se puede distinguir entre la vida y los gastos que esta puede generar, ya que tales gastos son un deber de los progenitores desde el momento en el que el niño nace. Esta teoría se centra en explicar que es por esta última razón por la que se pide una indemnización; aunque el nacimiento en sí no sea un daño, si lo es las cargas patrimoniales que conlleva.

Esta teoría ha tenido muchos argumentos en su contra: así, mencionamos a PICKER<sup>45</sup>, considera que, con la reclamación de la indemnización por los gastos del niño, puede producirse una degradación de este. Este argumento ha sido contrariado por autores como JUNKER o WINTER que niegan rotundamente esa consideración como objeto del niño, ya que, de hecho, esa indemnización que piden los progenitores iría dedicada a ése.

---

<sup>44</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 527). Ed. Tirant. Valencia.

<sup>45</sup> *Ibid.* pág. 538.



Por otro lado, también se ha argumentado en contra de la teoría de la separación que la calificación del daño por la carga de alimentos que implica el nacimiento de un niño discapacitado engloba que el mismo es fuente de esos daños, con lo cual, también se desvaloriza al ser, lesionando su dignidad. Este argumento es también rechazado por autores como OSTHEIDE<sup>46</sup>.

Destacamos a este respecto jurisprudencia alemana, citando la sentencia del BVerfG de 12 de noviembre de 1997<sup>47</sup>. Esta sentencia, que versa sobre una madre que reclamó daños y perjuicios por los costes de mantenimiento del niño y la indemnización por el embarazo y el parto no deseados, afirma en uno de sus argumentos que “*la concesión de daños no viola la dignidad humana del niño. No es el niño lo que se considera un daño en el sentido legal, sino la carga de mantenimiento sobre los padres causada por su nacimiento ilegal*”.

Existen muchas otras discusiones referidas a esta misma teoría pero, debido a su gran magnitud, consideremos que estas mencionadas son suficientes para comprender el núcleo del problema, al considerar el nacimiento como un daño. No obstante, la mayoría de la doctrina apoya la teoría de la separación, también conocida como *Trennungslehre*. Como bien argumenta Macía Morillo<sup>48</sup>, negar que el nacimiento sea un daño, no conlleva obligatoriamente la consideración de que este daño puede estar implícito en otros aspectos de este nacimiento. Y es esta teoría la que ha servido como base para poder distinguir la vida del niño del daño reclamado por los progenitores.

En el anterior punto hicimos alusión al “falsos negativos”, que eran aquellos informes que no se correspondían con la realidad<sup>49</sup>. Pues bien, en nuestro Ordenamiento el daño reclamado por estas acciones de *wrongful birth* se centran en las consecuencias derivadas de estos falsos negativos, lo cual puede ser perfecta y directamente imputable al

---

<sup>46</sup> Ostheide habla de su rechazo a esta teoría en OSTHEIDE, Stephan, Die schadensersatzrechtliche Problematik des unerwünschten Kindes im deutschen Zivilrecht, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2000.

<sup>47</sup> BVerfGE 96, 375 – Kind als Schaden, 12 de noviembre de 1997.

<sup>48</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 343). Ed. Tirant. Valencia.

<sup>49</sup> En la página 16 se hace referencia a los “falsos negativos”.

profesional sanitario. En opinión de Romero Coloma<sup>50</sup>, “de lo que se trata es de un error de diagnóstico, o de un defecto en sede de consentimiento informado”.

Estos falsos negativos pueden ser enfocados por dos vías distintas: así, por un lado tenemos el daño que deriva de la teoría de la pérdida de oportunidad, que también hemos mencionado en anteriores epígrafes; y, por otro lado, el daño que proviene de la privación del libre ejercicio de la libertad de procreación o de la decisión sobre la facultad de abortar, en el cual nos centraremos al considerarse la base de una de las teorías que más han conseguido concretar el daño en estas acciones. El núcleo se encuentra en un presupuesto jurídico: la madre tiene reconocida una libertad y una facultad de decisión, en la que también puede intervenir el padre de la criatura, sobre la interrupción o no del embarazo. En nuestro ordenamiento tenemos un amplio uso y acceso a muchos métodos anticonceptivos, así como la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo, por lo que podríamos considerar que, al menos en nuestro ordenamiento, ya hay una privación acerca de la decisión sobre la procreación futura<sup>51</sup>. Una privación *a priori* que abre las puertas a poder accionar contra el profesional sanitario.<sup>52</sup>No obstante, también tenemos que tener en cuenta el momento y circunstancias del caso. Es decir, si no cumple los requisitos legales esa facultad de decidir nunca ha existido.

El problema en este aspecto es concretar dónde recae el daño: si en el hecho de que los progenitores quedan privados de procrear o interrumpir el embarazo, o si recae en la dignidad de la persona, de la cual deriva esa facultad de decisión.

Nos centramos ahora en el segundo problema mencionado: el daño por lesión del derecho a la información. Este problema deriva en la insuficiencia de información o en la incorrecta facilitación de esta, respecto del estado de salud del embrión. La cuestión a

---

<sup>50</sup> Romero Coloma, Aurelia María. Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº722. Septiembre 2010, pp. 8.

<sup>51</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 346). Ed. Tirant. Valencia.

<sup>52</sup> Romero Coloma, Aurelia María. Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº722. Septiembre 2010, pp. 10.

resolver aquí es si esta insuficiencia o errata pueden constituir un daño a los progenitores. Consideramos que sí, ya que esa falta de información es lo que impide que los progenitores ejerzan sus derechos, por tanto, lo importante en este aspecto es que estos conozcan la situación real del embarazo para poder decidir acerca del mismo de forma libre y legal.

En cuanto al tercer problema, referido al daño moral por la falta de preparación psicológica <sup>53</sup>, ésta se basa en el daño moral que sufren los progenitores ante la sorpresa de conocer el estado del niño discapacitado, al cual creían sano. El daño reside en la no preparación psicológica y económica frente a dicho nacimiento. Cabe destacar que este daño es aplicable al concepto de *wrongful birth* solo cuando hubiera sido posible la interrupción del embarazo.

Una última vía de identificación de daños en la acción de *wrongful birth* reside en la teoría del daño moral y patrimonial *par ricochet* (o de rebote) que se deriva de la condición enferma del hijo. La propia enfermedad o discapacidad que sufre el niño produce un daño en los padres, que se podrían considerar víctimas indirectas (ya que, como la lógica nos induce a pensar, la víctima directa es el hijo que sufre tal enfermedad o discapacidad).

Destacamos, a este respecto, jurisprudencia de nuestro ordenamiento. Mencionamos la Sentencia del Tribunal Supremo 495/1997, de 6 de junio de 1997. En ella, donde se hace alusión al concepto de *wrongful birth*, establece el ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta “*surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el Síndrome de Down; lo que se hubiera podido evitar 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,*

---

<sup>53</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 374). Ed. Tirant. Valencia.

*y dentro del amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se hubiera prestado a la intervención médica de interrupción del embarazo...»<sup>54</sup>.*

ÁNGEL YAGÜEZ <sup>55</sup>señala con relación a esto mismo que el daño se constituye por dos factores: en primer lugar, el daño moral de los padres por la continua contemplación de un ser doliente y, en segundo lugar, se suma a este último el daño patrimonial por su crianza y atención.

En mi opinión, esta última teoría del daño moral y patrimonial de rebote puede ser la que mejor puede explicar el daño en las acciones de *wrongful birth* ya que relaciona el daño directo del hijo que nace con deficiencias, con el daño moral y patrimonial que sufren los padres por esto mismo.

Por otro lado, cuando hablamos del daño en las acciones de *wrongful life*, hablamos de acciones que interpone la misma persona que nace enferma. No se trata de reclamar no haber nacido sano, si no haber nacido. Estas acciones son, comúnmente rechazadas, ya que, ¿puede ser considerada la vida como un daño?

Encontramos un triple rechazo a esa consideración, los cuales se basan en: la consideración de la vida como beneficio y no como daño, el fallo de la teoría de la diferencia en la identificación de un daño por vida, y la contradicción de la idea de la vida como daño con los valores del Ordenamiento<sup>56</sup>

En cuanto al primero de los argumentos en los que se basa la mayoría de doctrina para no apoyar estas acciones es que la vida no puede ser considerada como un daño indemnizable, ya que, por lo general, se considera que vivir es más que la mera inexistencia<sup>57</sup>. Siempre será un beneficio superior a la muerte o al no nacimiento.

---

<sup>54</sup> STS 495/1997, de 6 de junio. RJ 1997/4610

<sup>55</sup> Yáguez, Ángel. *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*. Editorial Civitas, Madrid, 1999.

<sup>56</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 409). Ed. Tirant. Valencia.

<sup>57</sup> *Ibid.* pág. 404.

Existen muchas opiniones y teorías de índole ética, social o religiosa que parten de que la vida es un bien inatacable. Junto a estos argumentos, nuestro Ordenamiento otorga a la vida una protección, lo cual nos hace pensar que este bien supone un beneficio, nunca un daño (un claro ejemplo: artículo 15 de la Constitución Española: “*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*”). Al tratarse de un Derecho Fundamental, su protección se articula en el ámbito penal).

No obstante, también hay contestaciones a tal argumento. Ponemos de ejemplo a CAPRON, que se inclina por verse en el caso concreto, y es que hay ciertas enfermedades cuyo sufrimiento hace replantearse si siempre es preferible la existencia. En relación con esto, debemos tener en cuenta que la gravedad de la existencia (lo cual se utiliza como parámetro también para las acciones de *wrongful birth*) se vuelve más estricta. Una vez hemos llegado a esta conclusión, nos remitimos al problema que señalamos antes: la vida como valor supremo.

Destacamos también el segundo argumento de rechazo a la vida como daño: el fallo de la teoría de la diferencia en la identificación de un daño por la vida, el cual se puede aplicar sin problemas en las acciones de *wrongful birth*. Aquí, se rechaza el daño, ya que “el niño protagonista de estas acciones no puede afirmar que ha experimentado perjuicio alguno: el daño que reclama no responde a las pautas normales de los daños resarcibles”<sup>58</sup>. Apunta Romero Coloma que lo más correcto sería identificar el daño, pero no en función del perjuicio de la vida del enfermo (grave e incurable), sino en los defectos de quien los sufre. Todo ello, sin abandonar la idea de que es mejor vivir con defectos que no vivir <sup>59</sup>. Hay varias críticas de esta teoría de la mencionada autora, y es que, en primer lugar, el niño ha nacido ya con los defectos, con lo cual no hay manera de comparar un estado de

---

<sup>58</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 410). Ed. Tirant. Valencia.

<sup>59</sup> Romero Coloma, Aurelia María. Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº722. Septiembre 2010, pp. 12.

vida mejor, ya que no ha habido un empeoramiento de la salud. Así mismo, el concepto de no vivir o no existir no es algo que pueda percibir el niño enfermo (nadie puede ser consciente de su no existencia).

Nos encontramos también con el hándicap de que es difícil establecer un nexo de causalidad entre la enfermedad o defecto del niño con el comportamiento del sanitario. En las acciones de *wrongful birth* vimos que el daño se centraba, entre otros importantes aspectos, en la falta de información o la errata en esta. Sin embargo, en las acciones de *wrongful life*, es difícil crear una conexión entre la enfermedad del niño y el médico, ya que este se limita a no detectar la enfermedad, pero no a crearla o a provocarla. Con lo cual, al fallar uno de los presupuestos indispensables para la responsabilidad civil, se niega la reparación.

Por último, el argumento de la contradicción de la idea de la vida como daño con los valores del Ordenamiento se basa en la consideración de la vida como un daño es contrario tanto a la moral como al orden público. Esto tiene su núcleo en que la vida es el bien más importante y contradice los valores adquiridos por la sociedad. No obstante, no podemos considerarlo como una conclusión, ya que el reconocimiento de este depende de las valoraciones que cada persona le aplique, y será discutido por aquellos que no lo compartan.<sup>60</sup>

### **3.3 Obligaciones del personal sanitario. Problemática.**

No solo el problema de concreción del daño es el más grave en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Nos encontramos aquí ante el problema de la legitimación para reclamar el daño producido. Las víctimas de este daño (los progenitores en las acciones de *wrongful birth* y el niño en las acciones de *wrongful life*) tendrán legitimación para dirigirse no solo al “agente del daño -que no queda exonerado de su responsabilidad

---

<sup>60</sup>Romero Coloma, Aurelia María. Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* n°722. Septiembre 2010, pp. 11.

por la existencia de un sujeto que haya de responder por sus actos- sino también frente al responsable indirecto”<sup>61</sup>.

Tal y como explicábamos antes la teoría de González Morán<sup>62</sup>, en un principio se hablaba de una relación contractual entre médico y paciente. ¿Sigue habiendo esta relación contractual? Opina Fernández Hierro<sup>63</sup> que sí, ya que concurren tres requisitos indispensables: en primer lugar, hay consentimiento para efectuar los servicios médicos y percibir unos honorarios; en segundo lugar, existe un objeto contractual; y, en tercer lugar, menciona el artículo 1274 del Código Civil referido a la causa (“*En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor*”).

Tras ello, debemos destacar el deber de información del facultativo que atiende a la madre durante un embarazo. Este deber consiste, básicamente, en suministrar toda la información al paciente sobre su estado de salud. Cabe aquí también mencionar el consentimiento informado, aunque en este caso lo apartaremos en un segundo plano, pues para que una persona pueda consentir una acción sobre sí misma, primero deberá estar informada correctamente. A este respecto, Amaya Rico señala que “resulta generalmente admitido que el enfermo espera del médico y de su ciencia todo, y la persona afectada por la enfermedad se empequeñece necesariamente y queda desvalida. De aquí que el ordenamiento jurídico proteja al usuario, y el médico que tenga una actuación incompatible con la buena fe y la confianza incurre, por tanto, en responsabilidad civil”<sup>64</sup>.

La información que se le otorga al paciente debe ser objetiva, concisa y completa, además de tener en cuenta la capacidad comprensora del paciente. Esto elimina los tecnicismos

---

<sup>61</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 428). Ed. Tirant. Valencia.

<sup>62</sup>En la página 14 se hace referencia a la teoría de González Morán.

<sup>63</sup>Fernández Hierro, José Manuel. (2007). *Sistema de responsabilidad médica*. (pág. 18). Ed. Comares. Granada.

<sup>64</sup> Amaya Rico, Víctor. El deber médico de información: un derecho fundamental. *Revista La Ley*, n.º. 2002.



propios de la profesión que puedan crear dudas en el paciente, si este desconoce la teoría médica.

Debemos también hacer alusión a la problemática acerca de la pluralidad de médicos. Esta pluralidad existe cuando intervienen diversos profesionales de una misma rama a tratar a una misma persona. ¿Podríamos aplicar esto al caso de una embarazada? Pues, durante el embarazo intervienen varios profesionales como son los ginecólogos, la matrona, o en el caso de que surja algún problema fetal, a un centro especializado u hospital. También, según el parto, habrá enfermeras, anestesistas, el pediatra neonatólogo que atenderá al bebe nada más nacer, etc.

En cuanto ocurra un supuesto de *wrongful birth* o *wrongful life*, ¿ante quien se interpondría la demanda? Existe un debate sobre la jurisdicción competente (civil o social), la cual, en mi opinión, depende más de las circunstancias concretas que de derecho positivo. En cuanto a la duda de ante quién debería reclamar esa madre o ese hijo la indemnización, naturalmente, depende también de cada caso, en base al error de diagnóstico que se haya cometido.

#### **4. Derecho comparado. Solución de los distintos ordenamientos a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*.**

Una vez surgió las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en Estados Unidos, estas se han ido extendiendo a distintos Ordenamientos (en los que el aborto embriopático es legal). A pesar de ello, no se ha conseguido una solución unánime entre tales ordenamientos en relación con estas acciones, por lo que conviene analizar cada Ordenamiento. A pesar de que todas las soluciones propuestas son distintas, si guardan grandes similitudes. Entre las mismas destacamos la más importante: generalmente, se estiman las acciones de *wrongful birth* y se desestiman las acciones de *wrongful life*.

También destacamos en este ámbito la ausencia de normas que regulen estos problemas, tal vez debido a la rareza de estas acciones, o a su ocasional práctica judicial. Lo cierto es



que, mayoritariamente, no existe una regulación especial, sino más bien construcciones doctrinales y jurisprudenciales.

Nos dedicaremos al análisis de los siguientes ordenamientos jurídicos: en primer lugar, Estados Unidos, país de origen de estas acciones; Francia, interesante por su gran debate, y centrándonos en la Caso Parruche, de gran importancia; Italia, donde existe tales limitaciones que obligan a excluir, en ocasiones, este tipo de acciones; y, por supuesto, el ordenamiento jurídico de España, donde podremos hacernos una idea de qué vía de solución se ha adoptado en los supuestos surgidos en nuestro ordenamiento jurídico.

#### 4.1 Ordenamiento jurídico de Estados Unidos.

Estados Unidos fue la cuna de las acciones a las que nos referimos en este trabajo. Su primera aparición fue en el caso *Gleitman v. Cosgrove*, en el año 1967<sup>65</sup>. Este caso fue una acción conjunta de *wrongful birth* y *wrongful life* que versaba acerca de una madre que contagió rubéola el segundo mes de su gestación y, consecuentemente, dio a luz a un niño con problemas de salud de índole grave. El problema radicaba en que ningún momento se le informó a la madre del efecto que podría tener en el feto la enfermedad que había contagiado, privándosele, por tanto de la facultad de interrumpir el embarazo. El Tribunal consideró que el daño era abstracto y, debido a esto, no podía ser indemnizable (ya que no se podía cuantificar), además de alegar la “santidad de la vida”<sup>66</sup>. Este último argumento estaba basado en el hecho de que era contrario al orden público, ya que el aborto, en ese entonces, era ilegal<sup>67</sup>. Fue años más, tarde, allá por la década de los setenta, cuando surgió el caso *Becker vs. Schwartz* (1978), donde sí se estimó una acción de *wrongful birth*. En este caso, se trataba de una mujer con muchas posibilidades de que el hijo al que esperaba dar a luz naciera con síndrome de Down, debido a la edad de esta. Esta información no le fue transmitida y, efectivamente, el niño nació con tal

<sup>65</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 120). Ed. Tirant. Valencia.

<sup>66</sup> Vicandi Martínez, Arantzazu. El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº3. 2013, pág. 4.

<sup>67</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 122). Ed. Tirant. Valencia.

padecimiento. Basándose en los mismos argumentos que hemos explicado anteriormente en este tipo de acciones, el Tribunal dictaminó a favor de esta madre, pero solo parcialmente, tan solo indemnizó los daños morales y los específicos del embarazo<sup>68</sup>.

En la mayoría de los estados de Estados Unidos, se aceptan las demandas de *wrongful birth* (al igual que, como antes mencionamos, la mayoría de las acciones de *wrongful life* son desestimadas -excepto en el estado Maine, donde se ha recogido expresamente la posibilidad de reclamar tanto por la acción de *wrongful birth* como por la acción de *wrongful life*-<sup>69</sup>). No obstante, aunque existe esta similitud en cuanto a la estimación de este tipo demandas, no existe tal unanimidad en cuanto a las indemnizaciones: una de las diferencias radica en que, mientras unos tribunales admiten la indemnización por los gastos extraordinarios (por ejemplo, el caso *Arche v. United States*), otros se limitan por razón de la edad del niño (por ejemplo, *Bani-Esraili v. Lerman*)<sup>70</sup>.

#### 4.2 Ordenamiento jurídico de Francia

El ordenamiento jurídico de Francia obtiene gran interés debido, en primer lugar, a la similitud con nuestro ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, a su interesante evolución.

Cuando surgieron estas acciones, Francia no consideraba el aborto como un derecho, lo cual hacía rechazar a los tribunales franceses este tipo de acciones (tanto en la *Cour de Cassation*, en la sentencia de 25 de junio de 1991, como en el *Conseil d'Etat*, en la sentencia de 27 de septiembre de 1989, entre otras)<sup>71</sup>. Mientras estas sentencias desestimaban las indemnizaciones que se reclamaban por el hecho del nacimiento, una pequeña línea jurisprudencial iba abriendo las puertas a la acción de *wrongful birth*, pero

---

<sup>68</sup> Vicandi Martínez, Arantzazu. El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº3. 2013, pág. 5.

<sup>69</sup> Esto lo encontramos en: Maine State Constitution. Title 24 (Insurance), Chapter 21 (Maine health security act), Subchapter 6 (prohibition of claims based upon *wrongful birth* and *wrongful life* for birth of a healthy child”.

<sup>70</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*)*. (pág. 123). Ed. Tirant. Valencia.

<sup>71</sup> *Ibid.* (pág. 128).

solo en circunstancias muy particulares en las que se incluían los casos de malformaciones o deficiencias del niño. Se fue admitiendo la indemnización por el daño moral y patrimonial que sufrían los progenitores. No obstante, las acciones de *wrongful life* si fueron, inicialmente, rechazadas hasta hace no mucho: año 2000. Es en este año donde surge el Caso Perruche. Este caso fue enjuiciado ante la Corte Civil de Casación francesa en fecha de 17 de noviembre de 2000 como primera sentencia, y en 24 de enero de 2006 como la última resolución de la apelación de la primera<sup>72</sup>. El caso surgió de la siguiente manera: en 1982, Josette Perruche, embarazada, ante un caso de rubéola de su primogénita, pidió un diagnóstico de ella misma, asegurando que en el caso de que estuviera infectada, abortaría. Estas pruebas estimaron que Josette no padecía tal enfermedad, pero ese diagnóstico no era correcto. Ante la ignorancia del verdadero resultado del diagnóstico, Josette no abortó, y dio a luz a Nicolás, nacido con trastornos de salud. Transcurrida una década, Josette y su marido demandaron a los responsables del diagnóstico erróneo, obteniendo una indemnización. No obstante, aquí no acaba el caso. Años más tarde, presentaron otra querrela pero esta vez en representación de su hijo, pidiendo que se reconociese a Nicolás como el perjudicado por el error, el cual provocó no solo que naciera, sino que naciera en tales condiciones. La decisión (también estimatoria) del Tribunal provocó dos situaciones: en primer lugar, abrió las puertas a una línea jurisprudencial que admitía las demandas de reclamación de responsabilidad por *wrongful life*; así como, en segundo lugar, miles de cuestiones médicas, éticas, sociales, morales, etc. sobre las técnicas de diagnóstico prenatal y sus efectos, entre muchas otras cuestiones<sup>73</sup>. Esto provocó, en el ámbito social una huelga por parte de los ginecólogos y los técnicos de diagnóstico prenatal en protesta por los fallos que se derivaron a partir de la resolución de esta sentencia.

---

<sup>72</sup> Lalatta Costerbosa, Marina (2011). *Bioética y autonomía a partir del caso Perruche. Formas de discriminación entre procreación y diagnóstico prenatal*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson. ISSN: 1133-0937. Pag. 14

<sup>73</sup> Pachecho-Jimenez, María Nieves (2011-2012). *Acciones wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*. Facultad de ciencias sociales de Cuenca. Universidad de Castilla-La Mancha. SPCS Documento de trabajo 2011/2. Pag. 14.

Ante este ambiente social y jurídico, el Parlamento francés decidió pronunciarse sobre esta línea jurisprudencial y promulgó la Ley 2002-303, de 4 de marzo<sup>74</sup>, cuyo primer artículo está totalmente inspirado y basado en la resolución del caso Perruche. Este artículo 1 rechaza las demandas de acciones por *wrongful life*, pero acepta aquellas de *wrongful birth* (aunque de manera limitada). Establece que “ninguno puede prevalecerse de un perjuicio del solo hecho de su nacimiento. La persona nacida con un hándicap debido a una falta médica puede obtener la reparación de su perjuicio cuando el acto falible provocó directamente el hándicap o le agravó, o no permitió tener las medidas susceptibles de atenuarlo. Cuando la responsabilidad de un profesional o de un establecimiento de salud es responsable frente de los padres de un niño nacido con un hándicap no descubierto durante el embarazo en consecuencia de una culpa caracterizada, los progenitores pueden reclamar una indemnización a título de su solo perjuicio. Su perjuicio no incluye las cargas particulares que emanan a lo largo de la vida del niño”<sup>75</sup>. De este artículo han surgido varias críticas por parte de distintos autores, mostrando su conformidad o disconformidad con este texto legislativo.

### 4.3 Ordenamiento jurídico de Italia

Tal y como matizamos anteriormente, Italia tiene diversas especialidades con respecto a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. La especialidad más importante radica en la regulación sobre el aborto, la cual está recogida en la *Legge n°194 norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, de 22 de mayo de 1978. El ordenamiento jurídico de Italia reconoce la interrupción del

<sup>74</sup> Ley 2002-303, de 4 de marzo, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* (Journal Officiel de la République Française)

<sup>75</sup> Artículo 1 Ley 2002-303, de 4 de marzo: “Article 1er: Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

*La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'as pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.*

*Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagé vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève seul préjudice [...]”.*

embarazo durante el primer trimestre, y la interrupción del embarazo durante el plazo de gestación restante<sup>76</sup>. Sin embargo, este texto no permite un aborto embriopático si no es por razones de peligro de la vida o de la salud de la gestante, con lo cual, quedan, en un principio, excluidos las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Esta exclusión se basa, en que, la falta de información otorgada a los progenitores o la errata en esta no obstaculiza a la madre decidir sobre la interrupción del embarazo, ya que esta solo podrá hacerlo si su salud o vida está en juego. Por ende, el niño tampoco podrá interponer demanda pidiendo reclamación por sus condiciones de vida, ya que tampoco hubiera sido lícito acudir al aborto. No se cumple, en estos casos, el nexo causal requerido en estas acciones.

Sin embargo, ¿qué ocurriría si esa información omitida o errónea si pusieran en peligro la salud o vida de la gestante? Aún en esta circunstancia, no sabríamos decir si una demanda de reclamación por *wrongful birth* sería la adecuada en estas circunstancias, ya que el daño no radica en el nacimiento de un niño enfermo, sino en la lesión del derecho a la vida e integridad física de la embarazada<sup>77</sup>.

#### 4.4 Ordenamiento jurídico de España.

Nuestro país ha sido el más tardío en reconocer las demandas por acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Esto es debido a que el aborto embriopático no fue reconocido hasta 1985, mediante la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Este artículo quedaba redactado de la siguiente manera: «No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: [...] 3.<sup>a</sup> Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos

<sup>76</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 128). Ed. Tirant. Valencia.

<sup>77</sup> *Ibid.* pág. 135.

*especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto [...]»<sup>78</sup>.*

Esto se resume en una tardía aceptación, tanto jurídica como social, del aborto. A esto le sumamos que las pruebas genéticas prenatales no eran usuales en nuestro país, lo que influyó también en este retraso<sup>79</sup>.

Por lo general, la línea que ha seguido nuestra jurisprudencia no ha sido muy distinta a la de otros ordenamientos jurídicos: admisión (mayoritariamente) de las demandas de reclamación por *wrongful birth*, y desestimación de aquellas referidas a *wrongful life*. No obstante, nos encontramos ante un problema similar al que ocurre en Estados Unidos: mientras que hay mayor acuerdo en la estimación o desestimación de demandas, no ocurre lo mismo sobre las partidas indemnizables. En este sentido, el daño moral por el sufrimiento de tener a un hijo con deficiencias o malformaciones es ocasionalmente aceptado, y el daño relativo al patrimonio (daño económico), es punto de partida de un debate entre los que engloban los gastos de cuidado y mantenimiento del niño, y los que solo se refieren a los gastos derivados únicamente de la enfermedad.

En cuanto a nuestra jurisprudencia, ésta no es solo escasa, sino que también es dispar. Destacamos la Sentencia del Tribunal Supremo 495/1997, de 6 de junio, anteriormente mencionada y explicada, al ser esta de las primeras sentencias en resolver este tipo de cuestiones. Tras ella no ha habido muchas más referidas a estos casos, pero mencionaremos algunas. No obstante, estos textos jurisprudenciales no otorgan una solución unánime a estas reclamaciones por *wrongful birth*. Respecto a las acciones de *wrongful life*, la respuesta es mayoritariamente negativa por razón del valor de la vida, aunque tampoco ha podido asentarse muy bien este argumento, ya que, hasta la fecha, no ha habido verdaderas demandas de este tipo<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Artículo 1 de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal. BOE núm. 166.

<sup>79</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 141). Ed. Tirant. Valencia.

<sup>80</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 144). Ed. Tirant. Valencia.



Quien sí ha podido pronunciarse acerca de este aspecto es el Consejo de Estado en su Dictamen 3385/2000, de 21 de diciembre, el cual recayó en un expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración General del Estado. Es un supuesto de reclamación por parte de la madre y también en nombre del hijo (es un caso de demanda conjunta de *wrongful birth* y *wrongful life*) Los hechos que desembocaron en este dictamen se resumen en que, tras practicarle las pruebas a la embarazada, la cual padecía una enfermedad hereditaria, esta consideraba que, debido a un error en el etiquetado de las muestras, se le otorgó un diagnóstico erróneo, lo que le privó de la oportunidad de abortar. Este polémico dictamen, lejos de analizar los problemas hallados en el procedimiento y sin centrarse en las alegaciones de los demandantes, concluye que los daños no pueden ser imputables a la Administración, ya que no considera que esté acreditada la relación de causalidad (nexo causal) con el funcionamiento del servicio público, ya que este siempre actúa en base a su *lex artis ad hoc*<sup>81</sup>. Además, aun siendo cierto el error de diagnóstico debido al mal etiquetado de las pruebas, y que la madre pudiese tomar la decisión de abortar, todo se queda unas suposiciones, mediante las cuales no se pueden hacer responsables a nadie. En este caso, pues, fue rechazada la pretensión debido a la falta de nexo causal entre la actuación de los profesionales sanitarios (y de la Administración) y el daño producido.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aparte de la STS 495/1997, de 6 de junio, a la que ya aludimos, destacaremos otras sentencias en las que se resuelven demandas por acciones de *wrongful birth* o *wrongful life*:

En primer lugar, mencionamos la STS de 4 de febrero de 1999, la cual trataba de un embarazo, en un principio, normal, de bajo riesgo. La mujer fue sometida a las pruebas y exploraciones propias del embarazo y adecuadas a sus circunstancias. No obstante, dio a luz a una niña con malformaciones de índole grave. Por ello, se interpuso demanda contra la doctora que siguió el embarazo y contra INSALUD. Aunque en primera instancia se estimó de forma parcial la demanda, condenando solo al INSALUD, en segunda instancia,

---

<sup>81</sup> Pérez-Tenessa, Antonio. Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad. *Revista de Administración Pública* n°154. 2014, pág. 2.

la Audiencia Provincial absolvió también a esta. Los actores recurrieron ante el Tribunal Supremo, recurso que fue desestimado por este órgano judicial, condenando a los demandantes en costas.

La razón por la cual absolvieron a los facultativos sanitarios como al INSALUD es porque no encontraban responsabilidad objetiva en los daños por parte de los servicios sanitarios del INSALUD, así como tampoco responsabilidad por culpa a la facultativa que siguió el embarazo. Esto es debido a que los progenitores no comentaron que el padre trabajaba en una central nuclear, con los riesgos que ello suponía, con lo cual, el servicio sanitario no fue del todo correcto debido a esa falta de información.<sup>82</sup>

En segundo lugar, Sentencia del Tribunal Supremo del 7 de junio de 2002<sup>83</sup>. En este caso, una mujer embarazada y con antecedentes de abortos espontáneos plantea al profesional sanitario sobre los riesgos que puede correr, a lo que el médico le respondió que no se preocupase, y le indicó que su consejo de no realizar una amniocentesis (la amniocentesis es una punción en la que se extrae una pequeña cantidad del líquido amniótico para poder detectar defectos cromosómicos o genéticos). Finalmente, el niño nació con síndrome de Down, además de otras malformaciones internas, a lo que los progenitores interpusieron demanda frente al médico y frente a la empresa propietaria de la clínica<sup>84</sup>. Reclamaban una indemnización de 50 millones de pesetas en su nombre, otra indemnización de 100 millones de pesetas en nombre y representación del hijo nacido con síndrome de Down, y otras tres de 20 millones de pesetas en nombre y representación de sus otros tres hijos. En primera instancia, el juez estimó parcialmente las peticiones, condenando a los demandados a pagar a los progenitores 10 millones de pesetas a cada uno, al niño enfermo 20 millones de pesetas, y a los otros tres hermanos 5 millones de pesetas a cada uno. Posteriormente, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona revocó parcialmente esta sentencia de primera instancia, y tan solo condenó a los demandados a

---

<sup>82</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 142). Ed. Tirant. Valencia.

<sup>83</sup> STS 4137/2002, de 7 de junio. RJ: 581/2002.

<sup>84</sup> Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. (pág. 142). Ed. Tirant. Valencia.



pagar (solidariamente) a los padres 40 millones de pesetas, absolviendo a los demandados al pago de la indemnización a los demás actores. Posteriormente, el Tribunal Supremo absolvió a todos los demandados. Uno de los argumentos en los que se basó en la desestimación fue el siguiente: *“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”*<sup>85</sup>. El hecho de que no sea una certeza segura que la madre hubiese abortado rompe los esquemas del razonamiento en los que se basaron para interponer la demanda.

---

<sup>85</sup> Martin Casals, Miquel y Solé Feliu, Josep. (2002). *Comentario a la Sentencia de 7 de junio de 2002*. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Ed. Thomson Reuters-Civitas. Barcelona.

## 5. Conclusión.

En este trabajo no solo hemos podido analizar la responsabilidad civil por daños, derivada del axioma *alterum non laedere*, sino que también hemos podido investigar acerca de su posible aplicación en las acciones de wrongful birth y wrongful life.

El sistema romano de responsabilidad, sufriendo una lenta (aunque profunda) transformación, es el pilar base de la responsabilidad en muchos ordenamientos, en el que se incluye el nuestro. Su contenido (centrándonos en la responsabilidad al ser la temática analizada en este trabajo), está plasmado en la mayoría de normas de los ordenamientos jurídicos europeos, por lo que se evidencia la vigencia del derecho romano (y sus axiomas en los que destacamos aquel de ULPIANO) en nuestro día a día.

Puesto que en muchas ocasiones el daño lo ocasiona un tercero, al que se le termina atribuyendo la responsabilidad de tal acto, el artículo 1902 establece que el que cause un daño, ya sea por culpa o negligencia, está obligado a repararlo. Sin embargo, centrándonos en las acciones de wrongful birth y wrongful life, al tratarse tales acciones de una demanda de reclamación de indemnización por la vida en sí, no es poca la discrepancia entre la doctrina y la jurisprudencia a la hora de resolver tales demandas respecto si es un caso de responsabilidad por daños, o ante quién se debe presentar esta demanda.

En cuanto a las acciones de wrongful birth, y guiándonos por la teoría de la pérdida de la oportunidad, y los daños morales y económicos causados por esta negligencia médica, parece oportuno, en mi opinión, que los progenitores reciban una indemnización para poder abarcar un gasto con el que no contaban (ya que, de haberlo sabido, hubieran procedido a la interrupción del embarazo) debido a la incorrecta información recibida. Sin embargo, considero que la gravedad del problema reside en las acciones de wrongful life que, aunque aún no están muy extendidas, si son cada vez más las demandas que se suscitan ante los tribunales. Hemos analizado a lo largo de esta investigación el rechazo a esta consideración de que sea la misma persona que nace enferma la que interponga la demanda, ya que la sociedad coincide al considerar que la vida no es un daño

indemnizable, es más valioso vivir que la inexistencia misma. No obstante, en este caso cito a CAPRON, autor con el que me identifico parcialmente, ya que opina que hay que verse en el caso concreto, pues existen enfermedades que hacen que se replantee la vida en sí, por sus dolencias graves e incurables.

No obstante, habría que identificar dónde está el límite de tales dolencias, para poder afirmar que la no existencia es mejor que esa existencia concreta. La determinación del daño en estas acciones no es posible.

Una vez hemos plasmado de un modo resumido algunas conclusiones, he de resaltar que este tema me ha parecido un reto, ya que lo considero un tema delicado, así como muy interesante, y el poder analizar e identificar los problemas de estas acciones me ha resultado cuanto menos fascinante.

## 6. Bibliografía

Acevedo Prada, Rubén D. Una mirada a la responsabilidad civil española: el régimen subjetivo. *Revista Guillermo de Ockham* 11. Diciembre 2013.

Almodóvar Maldonado, José A. Evolución de la responsabilidad civil. *Ceiba*, N° 1, Agosto 2012 -Mayo 201.

Amaya Rico, Víctor. El deber médico de información: un derecho fundamental. *Revista La Ley*, n°. 2002. Octubre 1999.

Cerutti, M<sup>a</sup> del Carmen (2011). *Derecho de daños. Análisis de algunos problemas conceptuales*. Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). ISBN: 978-987-1123-82-7.

Díez Picazo, L. y Gullón, A (1995). *Instituciones de derecho civil*. Editorial Tecnos. Vol./2. Madrid

Enrich Guillen, Daniel (2014). *Cuestiones de responsabilidad civil en las comunidades de propietarios*. Ed. Bosch. Barcelona.

Fernández Hierro, José Manuel. (2007). *Sistema de responsabilidad médica*. Ed. Comares. Granada.

González Morán, Luis (1990). *La responsabilidad civil del médico*. Ed. J.M. Bosch. Barcelona

Jansen, Nils. Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna. *Working Paper*, N° 18, Abril 2003.

Kunkel, Wolfgang (2003). *Historia del derecho romano*. 9º edición. Ed. Ariel, Barcelona.

Lalatta Costerbosa, Marina (2011). *Bioética y autonomía a partir del caso Perruche. Formas de discriminación entre procreación y diagnóstico prenatal*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson. ISSN: 1133-0937.

López Herrera, Edgardo (2006). *Introducción a la responsabilidad civil*. Ed. Intermilenio. Colombia.

Macía Morillo, Andrea. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Ed. Tirant. Valencia.

Martin Casals, Miquel y Solé Feliu, Josep. (2002). *Comentario a la Sentencia de 7 de junio de 2002*. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Ed. Thomson Reuters-Civitas. Barcelona.

Moreno Navarrete, Miguel Ángel. La suspensión de la ejecución de la pena y la responsabilidad civil. El principio “*alterum non laedere*” y la desprotección de las víctimas y perjudicados. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Diciembre 2014.

Pachecho-Jimenez, María Nieves (2011-2012). *Acciones wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*. Facultad de ciencias sociales de Cuenca. Universidad de Castilla-La Mancha. SPCS Documento de trabajo 2011/2.

Papayannis, Diego M. La práctica del alterum non laedere. *Isonomía*, N.º 41. Octubre 2014.

Pérez-Tenessa, Antonio. Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad. *Revista de Administración Pública* nº154. Abril 2014.

Reglero Campos, L. Fernando y Busto Lago, José Manuel. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*. Ed. Aranzadi. Pamplona.

Romero Coloma, Aurelia María. Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº722. Septiembre 2010.

Salvador Coderch, Pablo y Ruiz García, Juan Antonio. Riesgo, responsabilidad objetiva y negligencia. *Indret*, Abril 2002.

Solé Feliu, Josep y Martín Casals, Miquel. Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2004. *Revista Indret*. Abril 2014.

Vicandi Martínez, Arantzazu. El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº3. 2013.

Yágüez, Ángel (1999). *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*. Editorial Civitas, Madrid.

## 7. Fuentes

### Ley XII Tablas

- Tab. VI.2.
- Tab. VII. 18.

### Digesto

- Dig. 1, 1, 10.1. Libro 1.

### *Regularum:*

*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

- Dig. 9, 2, 7.

*Praeterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem, atque ob id moruus fuerit servus, culpa reus est*

- Dig. 9, 2, 8.

*Imperitia quoque culpa adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit, aut perperam ei medi camentum dederit*



## **8. Jurisprudencia.**

### Nacional

Sentencia del Tribunal Supremo 1095/1994, de 5 de octubre de 1994.<sup>86</sup>

Sentencia del Tribunal Supremo 495/1997, de 6 de junio de 1997.<sup>87</sup>

Sentencia del Tribunal Supremo 419/1999, de 4 de febrero de 1999.<sup>88</sup>

Consejo de Estado en su Dictamen 3385/2000, de 21 de diciembre de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo 1771/1996, de 17 de octubre de 2001.<sup>89</sup>

Sentencia del Tribunal Supremo 581/2202, del 7 de junio de 2002.<sup>90</sup>

### Internacional

#### Estados Unidos

*Gleitman v. Cosgrove*. Corte Suprema de Nueva Jersey (1967).<sup>91</sup>

*Becker vs. Schwartz*. Corte de Apelaciones de Nueva York (1978).<sup>92</sup>

---

<sup>86</sup> Anexo núm. 1.

<sup>87</sup> Anexo núm. 3.

<sup>88</sup> Anexo núm. 5.

<sup>89</sup> Anexo núm. 2.

<sup>90</sup> Anexo núm. 6.

<sup>91</sup> Anexo núm. 7.

<sup>92</sup> Anexo núm. 8.

Alemania.

Sentencia del BVerfG de 12 de noviembre de 1997.<sup>93</sup>

Francia

Sentencia del Tribunal de Casación Francés de 17 de noviembre de 2000.<sup>94</sup>

Sentencia del Tribunal de Casación Francés de 24 de enero de 2006.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> Anexo núm. 9

<sup>94</sup> Anexo núm. 10.

<sup>95</sup> Anexo núm. 11.



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



## ANEXOS



Roj: **STS 7907/1994** - ECLI: **ES:TS:1994:7907**

Id Cendoj: **28079110011994101851**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/1994**

Nº de Recurso: **3593/1991**

Nº de Resolución: **1095/1994**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ALFONSO VILLAGOMEZ RODIL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección cuarta), en fecha 31 de Octubre de 1.991, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía, sobre desagüe común de edificios de aguas pluviales y residuales que ocasionan daños, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia número doce de Barcelona, cuyo recurso fué interpuesto por la Comunidad de Propietarios del edificio sito en la CALLE000 NUM000 de Barcelona, representada por el Procurador de los Tribunales don Carlos de Zulueta y Cebrián, asistida del Letrado don Vicente García Valero, en el que es parte recurrida doña Estela , a la que representó la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega y defendió el Letrado don Manuel Fernández Villavicencio.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número doce de los de Barcelona tramitó el juicio de menor cuantía (nº 201/88) por razón de la demanda que planteó doña Estela , en la que, tras hacer exposición de antecedentes de hecho y fundamentaciones jurídicas, suplicó:

"Dicte sentencia condenando a la demandada a independizar a sus costas las salidas de aguas pluviales y residuales de ambas fincas de constante referencia, mediante cualquiera de las soluciones alternativas apuntadas por los técnicos y que se reflejan en el hecho Décimo de esta demanda ó cualquier otra más idónea que resulte del periodo probatorio, con imposición a la demandada de las costas de este juicio con expresa declaración de temeridad".

SEGUNDO.- La parte demandada, Comunidad de Propietarios de la casa de la CALLE000 número NUM000 de Barcelona, no contestó dentro del plazo a la demanda contra ella interpuesta, por lo cual a medio de providencia de 24 de Enero de 1.989 se declaró precluído el plazo para efectuar dicha contestación, siguiéndose el juicio por sus trámites, teniendo por personada y parte a la Comunidad de referencia.

TERCERO.- Unidas las pruebas practicadas y que fueron admitidas, la Magistrada- Juez titular del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número doce, dictó sentencia el 5 de diciembre de 1.990, la que contiene el siguiente Fallo literal: "Que estimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Narciso Ranera Cahis, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Estela , contra Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 , debo condenar a la demandada a que, a su elección, lleve a cabo cualquiera de las dos obras a que se refiere el Fundamento Cuarto de esta resolución imponiéndole las costas".

CUARTO.- La Comunidad de Propietarios de referencia interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, ante la Audiencia Provincial de Barcelona (rollo nº 189/91), en el que recayó sentencia que pronunció la Sección cuarta en fecha 31 de Octubre de 1.991, una vez practicadas las pruebas que fueron admitidas y cuya parte dispositiva contiene la siguiente declaración, Fallamos: "Que desestimando el recurso de apelación formulado por el Procurador D. Jorge Martorell Puig en nombre y representación de la Comunidad



de Propietarios CALLE000 nº NUM000 de Barcelona, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número doce de los de esta capital a la que se contrae el presente rollo, debemos confirmar y así lo hacemos en todas sus partes la referida sentencia con imposición a los impugnantes de las costas ocasionadas en esta alzada".

QUINTO.- El Procurador de los Tribunales don Carlos de Zulueta Cebrián, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del edificio número NUM000 de la CALLE000 de Barcelona, formalizó ante esta Sala recurso de casación contra la sentencia recaída en el grado de apelación, el que integró con los siguientes motivos:

Uno y dos: Conforme al número 4º del artículo 1692 de la L.E.C. por error en la apreciación de la prueba.

Tres: Por la vía del número 3º del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil, infracción del precepto 359 de dicha Ley.

Cuatro: Al amparo del número 5º del artículo 1692 de la L.E.C., infracción del artículo 350 del Código Civil.

Quinto: Con el mismo amparo casacional que el anterior, infracción del artículo 544 del Código Civil.

SEXTO.- Debidamente convocadas las partes personadas en el recurso, la vista oral y pública del mismo se celebró el pasado día diecisiete de Noviembre de 1.994, con asistencia e intervención de las correspondientes partes Letradas intervinientes, quienes por su debido orden intervinieron en defensa de sus respectivas pretensiones.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los dos primeros motivos han de ser estudiados conjuntamente, al converger en la impugnación que denuncian de haberse producido error en la apreciación de la prueba, conforme al número 4º del artículo procesal 1692, señalando al efecto como documentos que expresan error la escritura pública de fecha 3 de diciembre de 1957, su representación gráfica y certificación registral negativa de existencia de servidumbre de desagüe de aguas residuales a favor de finca interior, (trasera) sobre la otra exterior, localizadas ambas en la CALLE000 nº NUM000 de Barcelona. Mediante dicho documento público don Jesús Carlos , vendió a don Rodrigo y Francisco , una porción de terreno de 357,41 metros cuadrados, que segregó de la finca matriz. En el solar enajenado (finca exterior) se construyó un bloque de viviendas, para el que acciona como recurrente casacional, su Comunidad de Propietarios, quedando el resto del inmueble (finca interior) de la propiedad dicho enajenante, donde había levantado con anterioridad un garaje, actualmente arrendado para almacén de editorial y que practica por dos pasillos su entrada y salida a la vía pública.

Constituyen antecedentes necesarios, como datos fácticos probados y firmes, que el referido don Jesús Carlos transmitió a su esposa doña Estela (actora del pleito y parte recurrida), -en régimen matrimonial catalán de separación de bienes-, a medio de escritura pública de 19 de Agosto de 1.966, la referenciada finca interior con la construcción del local referido.

La escritura de venta reseñada efectivamente no contiene declaración alguna respecto al desagüe controvertido, el que consiste en que en dicha finca interior-trasera, para dar salida a las aguas pluviales y residuales y cuando se integraba en la misma propiedad con el solar segregado, se instaló un albañal de desagüe para el exclusivo uso de la misma. No obstante, al levantarse el edificio de la Comunidad, sus propietarios, a medio de la constructora, en vez de colocar un nuevo colector, lo que se presenta como lo más correcto, aprovecharon la existencia del antiguo, al que conectaron todas las tuberías de bajantes de aguas residuales de las viviendas, lo que revela por sí el conocimiento adecuado y la existencia del referido albañal, que discurre subterráneo y que pasó a ser único y común para la finca interior y la exterior. A tales efectos se aportó prueba eficiente en este sentido que no fué desconocida ni impugnada de contrario y que hay que referir al informe acompañado con la demanda y prueba confesional practicada que lo ratificó.

De esta manera aunque la escritura de enajenación no refleja el desagüe discutido, el mismo se presenta como correspondiente a una realidad y situación fáctica preexistente, aceptada y conocida e incluso aprovechada por la Comunidad que recurre, pues en todo caso no se trata de una canalización oculta o subrepticia, sino subterránea y en funcionamiento, lo que son cuestiones distintas.

La sentencia combatida centra la controversia con loable acierto y precisión jurídica, pues efectivamente no se discute la existencia o no de una posible servidumbre, ya que no se planteó, sino más bien la adopción de las medidas necesarias para evitar la causación de daños que afectan a la propiedad de la actora del pleito, por consecuencia de las frecuentes inundaciones que provocan los atascos y embocamientos que afectan al albañal en su uso y tramo común, al verse reducido su diámetro por consecuencia de los deshechos, residuos



jabonosos y detergentes que aporta al mismo la Comunidad de Propietarios demandada, lo que conforman hechos debidamente acreditados y se presentan incólumes en casación.

Los motivos parecen ya que, no obstante lo expuesto, la parte recurrente, que no aportó escrito de contestación a la demanda, aprovecha los mismos para llevar a cabo su impugnación opositora a la demanda principal, lo que no resulta procedente, al tratar de esta manera de desvirtuar la controversia casacional por vías argumentales sobre el fondo del litigio, planteando cuestión nueva respecto a la negación de las pretendida servidumbre, que sólo se presenta en su aspecto de situación de hecho mantenida, pero no en la dimensión de su existencia y eficacia jurídica como tal; lo que, en todo caso, debió de llevar a cabo en la instancia, pues bien pudo oportunamente contestar y, en su caso reconvenir, si a sus derechos así le convenía.

SEGUNDO.- Se argumenta en el tercero de los motivos que concurre situación de incongruencia decisoria, por infracción del artículo 359 de la Ley Procesal Civil, con residencia en el número 3º de su precepto 1692.

Se sostiene al efecto que la sentencia resuelve una cuestión no formuló la recurrida, cual es la titularidad del albañal en disputa, en cuanto se argumenta, conforme ya queda expuesto, que el anterior propietario construyó tal desagüe para dar salida a las aguas provenientes del tejado y pequeño aseo del local dedicado a garajes, conectándolo al alcantarillado público, a cuyo efecto corre por el subsuelo del primitivo solar y ahora finca construida exterior.

La resolución atacada deja bien explicado que lo que se debate exclusivamente es de la viabilidad de una acción que se ejercita en razón a las consecuencias dañosas derivadas de la conexión practicada y se postula decidida y únicamente que la recurrente, en razón a su actuar de conveniencia e indudable provecho y utilidad, realice las obras necesarias a evitar los daños y perjuicios que afectan a la finca trasera, generadora del albañal, por razón de la sobrecarga en el desagüe que ha producido dicha Comunidad.

Se parte de una situación permanente, cuya consideración jurídica, de ser constitutiva de servidumbre o no, queda sin juzgar, conforme se explicita, y así no la refleja el fallo decisorio; con lo cual la pretendida incongruencia no se presenta concurrente.

Es incongruente la sentencia que declara o concede algo distinto a lo petitionado o deja de resolver alguna cuestión alegada, lo que no se aplica cuando en vía casacional se trata de aportar propios fundamentos fuera del ámbito del proceso y se especula con los que integran el cuerpo jurídico de la sentencia combatida, pues la incongruencia no deriva, según el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los argumentos empleados por el Tribunal de la instancia para fundamentar su fallo ( sentencias de 13-10-1990 y 16-7 y 1-X-1992), que en todo caso sería siendo negativo para la parte recurrente, ya que el cuerpo dispositivo de las sentencias es el que opera como ley para los que litigan y ha de tener la eficacia suficiente para dejar resueltos los puntos que conformaron el debate procesal.

TERCERO.- La Comunidad recurrente a medio de denuncia de infracción del artículo 350 del Código Civil, reivindica en su motivación cuarta, la propiedad extensiva respecto al conductor de aguas de referencia, en relación al artículo 353, por vía de la accesión, con lo que se viene a aportar cuestión nueva, al no haberse contestado a la demanda, y tal tema no integró adecuada materia contradictoria del pleito y, consecuentemente careció de toda corroboración probatoria. Con todo ello se hace oposición frontal y se margina lo que ha quedado debida y suficientemente demostrado, en cuanto a que el colector fué realizado por el anterior dueño de la totalidad de la finca y por tanto en terrenos de su propiedad y los titulares del edificio, que no lo construyeron, se limitaron a empalmar al mismo todas las bajantes de desagüe, utilizando así en su beneficio lo ya existente y no incorporado con posterioridad. De esta manera reconocen y admiten la obra ajena que afectaba al subsuelo de la casa levantada mucho más tarde.

El motivo se desestima.

CUARTO.- En el último motivo se lleva a cabo impugnación de la declaración que contiene la sentencia recurrida respecto a que los gastos de reparación del albañal ó construcción de uno nuevo serán de cuenta de la Comunidad de Propietarios que recurre, argumentando concurrir infracción del artículo 544 del Código Civil, en razón a que para los supuestos de servidumbres declaradas y compartidas, -lo que no es objeto del litigio, como quedó bien explicado-, la contribución a los gastos de su mantenimiento y uso se distribuirá entre los dueños de los predios dominante y sirviente.

La sentencia de apelación aceptó en este punto las razones jurídicas de la dictada en la primera instancia, que no aplicó al referido precepto. Al contrario, partiendo, como hecho que deviene probado firme, que se ha producido un uso abusivo por sobrecarga en el colector de salida de aguas, en razón al vertido de productos de consumo familiar, imputable exclusivamente a la Comunidad de Propietarios, ello causó la reducción en su diámetro y disponibilidad del uso normal, con lo que los consecuentes daños y perjuicios, materializados por las frecuentes inundaciones que han afectado y afectan a la finca de la recurrida, han de ser de cuenta



y cargo de la parte recurrente, por su actuar activo y omisivo, lo que hace aplicable los principios generales de Derecho ( artículo 1-4º del Código Civil), "Et que occasione praestat, damnun fecisse videtur"-Paulo-(El que da ocasión se entiende también que causa el daño); "Commodo ferens, incommoda et onera, sustinere debet" -Decio- (El que está a las ventajas, debe también soportar las desventajas y las cargas), y "alterum non laedere", conduciendo todo ello a la claudicación del motivo.

QUINTO.- La no estimación del recurso da lugar a que las costas correspondientes al mismo sean de cuenta de la parte litigante que lo formalizó, conforme al artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con pérdida del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION que formalizó la Comunidad de Propietarios del edificio número NUM000 de la CALLE000 de la ciudad de Barcelona contra la sentencia pronunciada en fecha treinta y uno de octubre de 1991, por la Audiencia Provincial de dicha ciudad, en las actuaciones procedimentales de referencia, con imposición a dicha Comunidad litigante de las costas correspondientes a esta casación y pérdida del depósito constituido, al que se le dará el destino legal.

Líbrese certificación de esta resolución a expresada Audiencia, con devolución de autos y rollo remitidos en su día.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Alfonso Villagómez Rodil, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



**Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)**  
**Sentencia núm. 495/1997 de 6 junio**  
**RJ 19974610**

**MEDICOS Y PROFESIONALES SANITARIOS: RESPONSABILIDAD:** procedencia: nacimiento de niño con síndrome de Down: falta de notificación a la madre del fracaso de la «amniocentesis» realizada en el plazo en que era legalmente posible la interrupción voluntaria del embarazo a que se hallaba dispuesta: negligencia del médico que no comunicó a tiempo dicha circunstancia: corresponsabilidad del Servicio de Salud de que dependía.

**JURISDICCION CIVIL: COMPETENCIA:** resolución de responsabilidad patrimonial de la Administración en el orden jurisdiccional civil en evitación del «peregrinaje de jurisdicciones»: derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

**RECURSO DE CASACION: INFRACCION DE NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO:** normas en las que puede fundarse: no lo son las penales, sustantivas o procesales, ni las administrativas.

**Jurisdicción:** Civil

Recurso de Casación núm. 165/1993

**Ponente:** Excmo Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

Doña Josefa P. P. promovió juicio de menor cuantía contra don José S., doña Ramona P. T., el Hospital Clínico Universitario de Valencia y el Servicio Valenciano de Salud sobre indemnización por daños y perjuicios, en demanda de pago de 50.000.000 de pesetas. El Juzgado de 1ª Instancia núm. 10 de Valencia dictó el 3-6-1991 Sentencia desestimatoria de la demanda, que la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia confirmó mediante Sentencia de 28-11-1992.

La actora interpuso recurso de casación.

El TS **declara haber lugar** al recurso interpuesto, casa y anula la sentencia recurrida y, con revocación de la de primera instancia, condena a doña Ramona P. T. y al Servicio Valenciano de Salud, del que dependía el Hospital Clínico Universitario, a abonar solidariamente a la actora 50.000.000 de ptas. más los intereses legales de dicha suma desde la interpelación judicial, absolviendo al demandado don Juan José S. L. de la pretensión contra él deducida.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### PRIMERO.-

El primer motivo alegado por la parte recurrente, está basado en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y porque en la sentencia recurrida, sigue afirmando dicha parte, se ha infringido el artículo 417.3 del Código Penal ([RCL 1973\2255](#) y NDL 5670), por aquel entonces vigente.

Este motivo debe ser desestimado.

Efectivamente, la nueva redacción del referido artículo 1692.4, habla de infracción de «normas de ordenamiento jurídico», en vez de la antigua especificación de infracción de «Ley», lo cual supone una amplitud de miras en relación a la anterior normativa, ya que la redacción, ahora utilizada, hace referencia a cualesquiera de las normas del derecho sustantivo.

Sin embargo, no se puede dejar de tener en cuenta la naturaleza del recurso de casación civil como última arma para fijar y delimitar el orden jurisdiccional civil, y por lo tanto iría decididamente contra la naturaleza esencial de esta clase de recurso de casación, que alguno de los motivos en el que se tratara de residenciar el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tuviera como base un precepto de un Código Penal.

Y en este sentido se han inclinado las Sentencias de esta Sala de 4 abril 1992 ([RJ 1992\5033](#)), que dice «que ambos motivos tienen que ser desestimados por citar normas de derecho público, penal y procesal penal, que en modo alguno pueden alegarse ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo», y la de 16 octubre 1992 ([RJ 1992\7827](#)), cuando en ella se afirma que la jurisprudencia penal no es apta para fundamentar un recurso de casación civil.

##### SEGUNDO.-

El segundo motivo del actual recurso de casación, como el anterior, lo residencia la parte recurrente en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en razón a que la sentencia recurrida, afirma dicha

parte impugnante, ha infringido en su contenido el artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 abril ([RCL 1986\1316](#)) -Ley General de Sanidad- y el artículo 9 del Real Decreto 2409/1986, de 21 noviembre ([RCL 1986\3539](#)).

Este motivo debe correr la misma suerte desestimatoria que su antecedente.

Los mencionados preceptos que se dicen infringidos, son una pura consecuencia del ya citado artículo 417.3 del Código Penal.

El primero, enumera entre los derechos de los usuarios del servicio del sistema sanitario público, el de ser informado de una manera completa y continuada sobre su situación, diagnóstico, pronóstico y tratamiento. El segundo se enclava dentro del Reglamento que regula los centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo; y establece la obligación para los profesionales sanitarios de informar a los solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

Ambos preceptos, como se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 abril ([RTC 1985\53](#)), son consecuencia ineludible del desarrollo normativo-administrativo del precitado artículo 417.3 del Código Penal, por lo que de una manera clara con respecto a la utilización de los mismos, como sustento casacional, se ha de mantener la tesis proclamada en el anterior fundamento jurídico.

Pero ahora bien, es más y así hay que resaltarlo, dichas normas «per se» tienen una naturaleza decididamente enfocada al orden administrativo, por lo que con arreglo a jurisprudencia de esta Sala, pacífica y totalmente consolidada, los referidos preceptos no podrán fundamentar el apartado cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En este sentido hay que destacar las Sentencias de 16 marzo 1987 ([RJ 1988\10213](#)), 6 octubre y 7 diciembre 1993 ([RJ 1993\9835](#)), entre otras. Y aunque sin duda los tan repetidos preceptos, tienen su razón de ser en el desarrollo de una Ley sustantiva, hay que volver a insistir que dicha Ley pertenece, en el presente caso, al orden jurisdiccional penal, con lo que se desvirtúa lo que dicen las Sentencias de esta Sala de 29 junio y 9 julio, ambas, de 1993 ([RJ 1993\5333](#) y [RJ 1993\6002](#)).

#### TERCERO.-

El tercer y último motivo, también lo sustenta la parte recurrente en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que según la misma en la sentencia recurrida se han infringido los artículos 1902 y 1903 del Código Civil en cuanto a las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia y la necesidad de reparar el daño por quien lo causó.

Este motivo debe ser estimado en su totalidad.

En primer lugar, es preciso aunque sea solamente a título de los principios, afirmar que nos encontramos con una actuación totalmente correcta desde un punto de vista de conocimiento procesal, ya que aunque a partir de la publicación de la Ley 30/1992, de 26 noviembre ([RCL 1992\2512](#), 2775 y [RCL 1993\246](#)), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, se ha instaurado , en principio, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, el sistema de la unidad jurisdiccional en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa . Sin embargo, sin profundizar en la cuestión hay que afirmar para la presente contienda, que la evitación del «peregrinaje procesal» es una de las consecuencias más claras del derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas y una tutela judicial efectiva , siendo esta razón la única y suficiente para dejar concretada la cuestión, en este aspecto procesal, y cumplir lo determinado en el artículo 24 de la Constitución Española ([RCL 1978\2836](#) y [ApNDL 2875](#)).

Ya es un tema clásico, no por muy repetido menos esencial, el afirmar que la concreción de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, exige -opinión unánime de la jurisprudencia y de la doctrina- cuatro requisitos: 1.º) una acción u omisión antijurídica del agente, 2.º) el dolo o culpa de éste, 3.º) el daño producido y 4.º) la relación causal entre la acción u omisión y el daño.

Ahora bien, como en el presente caso se contempla una posible responsabilidad profesional dentro del área de la medicina , dicha responsabilidad tendrá que ver con unas medidas especiales, que no son otras que las derivadas de los llamados «deberes médicos» -«lex artis ad hoc»-, que sobrepasan la medida o patrón de la culpa como delimitada por la diligencia genérica de un «buen padre de familia».

Centrada así la cuestión, hay que afirmar que en la presente litis se contempla como base fáctica antecedente y así se desprende de la operación de integración del «factum» de la sentencia recurrida; la de una gestante -ahora recurrente- que ante una situación derivada de un diagnóstico de alto nivel de riesgo, tanto para la madre como para el feto, acude al «Hospital Clínico Universitario» de Valencia dependiente del Servicio Valenciano de Salud, en la que se le prescribe por el doctor J. S. L. la realización de determinadas pruebas médicas, entre las cuales estaba la «amniocentesis» basada en la extracción de líquido amniótico para realizar la prueba correspondiente. Dicha prueba por determinadas causas no constatadas fracasó, conociéndose tal resultado el 7 de julio de 1989, sin que se le notificara a la paciente tal evento, hasta el mes de septiembre siguiente, a pesar que el 14 de julio, la recurrente, demostró su interés en reconocer el resultado, inquiriendo para ello a la doctora R. P. T., que a la sazón sustituía al mencionado doctor J. S. L. A pesar de lo cual, cuando dicha madre gestante conoció el fracaso de las pruebas, ya no se podía proceder de una manera legal a interrumpir voluntariamente su embarazo, por haber transcurrido el plazo legal para ello y de una manera correcta.

Partiendo de la base de lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 abril ([RTC 1985\53](#)), que parece haber dejado abierta la posibilidad de una tutela no penal que en alguna medida pueda sustituirla con idéntica o semejante eficacia; surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el Síndrome de Down (Mongolismo); lo que se hubiera podido evitar 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 doctora 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 julio 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.

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 podrán 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.

Pero también, será necesario, asimismo, determinar el elemento personal, sobre la que debe recaer dicha responsabilidad, declarada y cuantificada. Desde luego, de lo probado en el caso de autos, la responsabilidad directa, en este aspecto, es clara con respecto a la doctora R. P. T., puesto que sustituyendo legítimamente al doctor J. S. L., no tuvo la diligencia profesional y lógica de comunicar a la recurrente, el fracaso de las pruebas analíticas practicadas, con el tiempo suficiente, como podía haberlo hecho, si hubiera actuado de una manera razonable, y la misma sentencia recurrida, dice literalmente «que si se hubieran dado facilidades para conocer el resultado de una prueba» -la ahora recurrente-, «no hubiera descuidado las gestiones precisas para saber lo que tanto le preocupaba».

Con respecto al Servicio Valenciano de Salud, organismo oficial del cual depende el «Hospital Clínico Universitario» de Valencia, centro médico en el que acaecieron todos los hechos descritos, su responsabilidad solidaria es clara, y por tanto de naturaleza directa, como así se infiere de la doctrina sentada en las Sentencias de esta Sala de 8 febrero 1989 ([RJ 1989\756](#)) y de 10 marzo 1989, como las más significativas, al interpretar el artículo 1903.4 del Código Civil, que por cierto siguen lo que proclama la Sentencia emblemática de 16 abril 1963 ([RJ 1963\1970](#)), cuando, en ella, se dice que la

responsabilidad de la empresa es directa, «ya que se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos».

En cuanto a la conducta del doctor don José Juan S. L., hay que proclamar paladinamente su falta de responsabilidad, con base al dato probado, consistente en que cesó en su actuación profesional por causa legítima justificada antes de que ocurrieran los desgraciados eventos ya mencionados, y así se desprende del «factum» de la sentencia de la primera instancia, cuando en la misma se dice que la ahora recurrente, fue atendida por la doctora P. T. al causar baja por enfermedad el doctor S. L., no teniéndose todavía el resultado de la prueba.

#### CUARTO.-

En materia de costas procesales y de conformidad con el artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede hacer especial declaración de condena en las costas de este recurso y tampoco procede hacerla en relación a las costas de la primera instancia y de la apelación, a tenor de los artículos 523.2 y 896 de dicha Ley procesal.



Roj: **STS 3463/1999** - ECLI: **ES:TS:1999:3463**

Id Cendoj: **28079110011999102278**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/05/1999**

Nº de Recurso: **3213/1994**

Nº de Resolución: **419/1999**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JESUS MARINA MARTINEZ-PARDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Mayo de mil novecientos noventa y nueve.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Cuarta, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Pontevedra, sobre reclamación de indemnización de daños y perjuicios; cuyos recursos fueron interpuestos por el SERVICIO GALEGO DA SAUDE, representado por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén; D<sup>a</sup>. María Angeles , representada por el Procurador D. Francisco Martín Fernández; D<sup>a</sup>. Isabel , representada por el Procurador D. Gabriel Sánchez Malingre; siendo partes recurridas el INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD, representado por el Procurador D. Carlos de Zulueta Cebrián y D. Cesar y D<sup>a</sup>. Carmen , representados por el Procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. José Portela Leirós, en nombre y representación de D. Cesar y D<sup>a</sup>. Carmen , interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Pontevedra, siendo parte demandada el Instituto Nacional de la Salud (Insalud), el Servicio Galego Da Saude, D<sup>a</sup>. Isabel y D<sup>a</sup>. María Angeles , alegando, en síntesis, los siguientes hechos: Que los actores son padres del niño José , nacido el día 7 de febrero de 1990; el proceso de parto se desarrolló con total normalidad hasta que el monitor empezó a emitir unas señales anormales que no fueron advertidas ni comprobadas, al no haber nadie al cuidado de la actora; todo ello provocó en el bebé importantes lesiones neurológicas de carácter irreversible, que afectan a la coordinación motora de brazos y piernas, y en general al desarrollo intelectual del niño. Alegó a continuación los fundamentos de derecho que consideró pertinentes para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que se condene, solidariamente, a los demandados a indemnizar a mis representados, en el concepto en que actúan, en la cuantía y forma suficiente para reparar los daños morales y materiales sufridos, y para garantizar a su hijo José , la permanente y vitalicia asistencia en su desvalimiento. Todo ello con expresa imposición de costas."

2.- El Procurador D. Pedro López López, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. María Angeles , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "desestimando la demanda interpuesta por D. Cesar y D<sup>a</sup>. Carmen , en nombre propio y en representación de su hijo José contra mi representada D<sup>a</sup>. María Angeles , bien por estimar la prescripción de la acción, bien por estimar que de la actuación de mi representada no se deduce negligencia o responsabilidad alguna que determine la obligación de indemnizar a los demandantes, todo ello con imposición de costas a la parte demandante."

3.- El Procurador D. Enrique Devesa Pérez Bobillo, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Isabel , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos para terminar



suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "desestimando la misma y absolviendo a mi representada con imposición de las costas a los actores."

4.- El Procurador D. Senen Soto Santiago, en nombre y representación del Servicio Galego Da Saude, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "en la que, se aprecie la concurrencia de las excepciones dilatorias propuestas, sin entrar a conocer respecto al fondo del litigio, o, de no apreciarse así, se desestime totalmente la demanda, absolviendo a mi representada de las pretensiones formuladas en su contra por Carmen y Cesar , todo ello con expresa imposición a los actores de las costas causadas a mi representada."

5.- La Procuradora D<sup>a</sup>. María del Amor Angulo Gascón, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Salud, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "en la que, con estimación de las excepciones planteadas o subsidiariamente por razones del fondo, desestime la demanda absolviendo totalmente a esta parte de la pretensión contra ella formulada."

6.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Dos de Pontevedra, dictó sentencia con fecha 14 de enero de 1994, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador Sr. Portela, en representación de Don Cesar y de Dña Carmen , quienes actúan por su propio derecho y como padres, y, por tanto, en representación, del niño José ; frente al Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), representado por la Procuradora Sra. Angulo, frente a Servicio Galego de Saude (SERGAS), representado por el Procurador Sr. Soto, frente a Dña. Isabel , representada por el Procurador Sr. Devesa y frente a Dña. María Angeles , representada por el Procurador Sr. López López y condeno al Servicio Galego da Saude, a Doña Isabel y a Dña María Angeles a que solidariamente indemnizen a los demandantes en el concepto en que actúan en la cantidad de setenta millones de pesetas (70.000.000 de pesetas) para reparar los daños morales y materiales sufridos y garantizar la asistencia de su hijo. Desestimo la demanda frente al Instituto Nacional de la Salud y no hago expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Interpuestos recursos de apelación contra la anterior resolución por las representaciones respectivas de D<sup>a</sup>. Isabel , de D<sup>a</sup>. María Angeles y del Servicio Galego da Saude, la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Cuarta, dictó sentencia con fecha 18 de julio de 1994, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por "Servicio Galego da Saude", D<sup>a</sup>. Isabel y D<sup>a</sup>. María Angeles , contra la sentencia dictada en el juicio de menor cuantía nº 294/92, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Pontevedra, y, consecuentemente, confirmamos la anterior sentencia imponiendo las costas de este recurso a los recurrentes."

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación del Servicio Galego da Saude, interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 18 de julio de 1994, por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Cuarta, con apoyo en los siguientes motivos; MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del número 4º. del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega violación por inaplicación del artículo 138 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo. SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se alega violación por inaplicación del artículo 3 del Real Decreto 1679/90 de 28 de diciembre. TERCERO.- Al amparo del número 3º. del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega infracción del artículo 24 de la Constitución Española, y los artículos 707, 862.2 y 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. CUARTO.- Al amparo del número 4º. del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega infracción del artículo 1903, párrafos 1º y 4º del Código Civil. QUINTO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del artículo 1903, párrafo 6º del Código Civil. SEXTO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del artículo 1902 del Código Civil.

2.- El Procurador D. Francisco Martín Fernández, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. María Angeles , interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 18 de julio de 1994, por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Cuarta, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del número 3º. del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega infracción de los artículo 693, 697, 610 a 632, 707 del mismo cuerpo legal en relación con los artículos 862, 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. SEGUNDO.- Al amparo del número 4º. del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega infracción del artículo 1902 del Código Civil. TERCERO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción por aplicación indebida de los artículos 1249 y 1253 del Código Civil.

3.- El Procurador D. Gabriel Sánchez Malingre, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Isabel , interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 18 de julio de 1994, por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Cuarta, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del





número 4º. del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega infracción del artículo 1902 del Código Civil. SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los artículos 1103 y 1104 del Código Civil. TERCERO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los artículos 1902, 1214 y 1249 del Código Civil. CUARTO.- Bajo el mismo ordinal se denuncia infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias de 31 de marzo de 1992 y 5 de junio de 1992. QUINTO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del artículo 1214 del Código Civil en relación con el artículo 1902 del mismo cuerpo legal. SEXTO.- Al amparo del número 3º. del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega infracción del artículo 24 de la Constitución, del artículo 1214 del Código Civil y artículos 701, 707, 862 y 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, los Procuradores D. Carlos de Zulueta Cebrián, en representación del Instituto Nacional de la Salud, y D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero, en representación de D. Cesar y Dª. Carmen , presentaron respectivos escritos de oposición a los recursos planteados de contrario.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de abril de 1.999, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antes de entrar al análisis de los motivos planteados en los distintos recursos, conviene recordar que la sentencia recurrida para confirmar la sentencia de primera instancia que condenó al Servicio Galego da Saude (SERGAS), Dª. Isabel y Dª. María Angeles , tras analizar la naturaleza de los servicios prestados y la dependencia de la médico y la comadrona con el Servicio Gallego de Salud, analizó todas las pruebas practicadas, obteniendo la conclusión de que las lesiones que padece el niño en la actualidad fueron producidas por la falta de atención que tanto la matrona como la doctora tuvieron durante unos veintidós minutos a las señales que emitía el monitor del cardiotocógrafo, cuando la práctica habitual, incluso en partos normales, es examinarlo cada diez o quince minutos, y ninguna de las dos se preocupó con diligencia, y no advirtieron el brusco descenso de la frecuencia cardíaca fetal, hasta que lo puso de manifiesto otra matrona que comenzó su turno de trabajo.

SEGUNDO.- El Servicio Gallego de Salud, formuló un primer motivo, al amparo del número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 138 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, denunciando la falta de reclamación previa en la vía administrativa.

El motivo se desestima porque a la cuestión planteada no le corresponde el cauce del número cuarto del artículo 1692, pues se trata de infracción procesal a suscitar por el número tercero.

Pero además, en el presente caso, el Servicio de la Salud es demandado como solidariamente responsable del personal a su servicio, lo que releva de utilizar la vía previa administrativa; cuestión que por cierto, no planteó en la instancia.

En todo caso, es reiteradísima la Jurisprudencia de esta Sala que equipara la reclamación administrativa a la conciliación, ya desaparecida como requisito de la demanda, valga por todas la cita de las sentencias de 27 de marzo de 1992, 15 de marzo de 1993, 12 de mayo de 1994 y 24 de marzo de 1995, así como la de 15 de marzo de 1996 y 27 de enero de 1997.

TERCERO.- En el motivo segundo, plantea una vez más su falta de legitimación pasiva, como hiciera en contestación a la demanda y en apelación, so pretexto de que los hechos dañosos tuvieron lugar antes de haberse transferido a la Comunidad Autónoma Gallega las competencias en materia de Seguridad Social, y apoya el motivo en el cauce del número cuarto del artículo 1692. No cita precepto de ley alguno infringido, sólo disposiciones administrativas.

El motivo no puede prosperar, debiendo esta Sala reiterar los detallados argumentos contenidos en la sentencia recurrida con base legal en el Real Decreto 1679/1990 de 28 de diciembre, que aprobó el traspaso de funciones, con la inclusión como anexo del mismo Real Decreto, de todos los bienes, derechos y obligaciones a partir del 1 de enero de 1991. La asunción del deber de responder por los daños causados en la Seguridad Social, tuvo como fecha inicial el 1 de enero de 1991, estuviera o no reconocido el gasto, y el niño nació en la institución el 7 de febrero de 1990. Que sea o no responsable la Administración es la cuestión de fondo a decidir con aplicación de preceptos sustantivos.

CUARTO.- El motivo tercero, lo plantea por el número tercero del artículo 1692, y denuncia la infracción de la Constitución Española, artículo 24, y los artículos 707, 862,2 y 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haberse practicado una prueba pericial admitida por circunstancias ajenas a la recurrente.





El artículo 24 de la Constitución no se ha infringido, puesto que en él se habla de la tutela judicial como derecho fundamental y aquí se ha respetado, pues la recurrente ha tenido oportunidad de defensa y obtenido una sentencia fundada, sin causarle indefensión. Prueba de que tiene defensa es que en casación plantea infracción procesal, aunque incorrectamente, pues el número del artículo 1692 que debió servirle de cauce es el tercero, y no el cuarto, que sería el directamente aplicable cuando el conculcado fuera su derecho fundamental.

En cuanto a la cuestión procesal planteada, en autos hay ingente material probatorio, juicios de expertos y opiniones científicas y además de las actuaciones se deduce que designados los peritos el 6 de abril de 1994, hasta el 1 de julio siguiente no hicieron más que solicitar la suspensión de la vista de la apelación, denegada por Providencia de 4 de julio de 1994, que fue consentido por los hoy recurrentes, y en consecuencia no se aprecia infracción de los preceptos citados, singularmente el artículo 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- El motivo cuarto denuncia infracción del artículo 1903 del Código Civil, por el cauce del 1692.

El motivo vuelve a plantear la falta de legitimación pasiva, que suscitó en el motivo segundo, y esta vez por la correcta vía del número cuarto, y con citación de precepto legal, pero el motivo no puede prosperar porque las codemandadas prestaban servicio en SERGAS, y éste responde conforme al artículo 1903 de los daños causados por los dependientes, aunque al tiempo de los hechos su vinculación profesional era con el Insalud y no Sergas, por las razones antes expuestas y contenidas en las normas de transferencia de competencias al ente autonómico.

La negligente actuación de las autoras del daño y la dependencia con la recurrente, la cual responde por los actos propios y también por los de aquellas personas de quienes se debe responder, obliga a desestimar el motivo, así como el sexto en el que prescindiendo de la declaración de hechos probados, pretende eludir su culpa negando el nexo causal entre los descuidos del control de las vicisitudes del parto y las lesiones producidas al niño.

SEXTO.- El recurso interpuesto por D<sup>a</sup>. María Angeles , plantea el primer motivo al amparo del número tercero del artículo 1692, en el que denuncia infracción del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a la solicitud de recibimiento a prueba y proposición de pruebas, el artículo 697 relativo a la ampliación del periodo de prueba, los artículos 610 a 632 relativos a la prueba pericial, el artículo 707, sobre recibimiento a prueba en segunda instancia, en relación con el artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Todos ellos infringidos por no practicarse la prueba pericial admitida en primera instancia y apelación.

El motivo se desestima por las mismas razones que el motivo tercero del recurso interpuesto por SERGAS, a las que hay que añadir la profusión de citas heterogéneas para fundar un motivo, prohibida en casación.

SEPTIMO.- El motivo segundo de este recurso denuncia la infracción del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y tras exponer el tenor literal del artículo 1902 del Código Civil, para demostrar la infracción, realiza un minucioso estudio de todas las pruebas tratando de convertir la casación en instancia, pero sin aducir precepto legal alguno que contenga norma valorativa de prueba conculcada al obtener la Sala de instancia su objetiva e imparcial valoración de las pruebas y precisión de los hechos.

OCTAVO.- El motivo tercero, en el que denuncia infracción de los artículos 1249 y 1253, no puede ser estimado, porque para conculcar la Sala de instancia los preceptos que regulan la prueba de presunciones, es preciso que haya utilizado tal medio probatorio y no, como en este caso, pruebas directas.

NOVENO.- El recurso de D<sup>a</sup>. Isabel , médico, se compone de seis motivos, antes de cuyo estudio conviene reiterar, que la casación no es instancia, que tiene por objeto fundamental comprobar si a los hechos probados se les aplicó o no correctamente la ley y que está vedado analizar de nuevo las pruebas de autos, porque ellos es misión del juzgador de instancia.

Esto sentado, el motivo primero en el que plantea la infracción del artículo 1902 por aplicación indebida, para mantener su tesis hace un minucioso análisis de la conducta propia, así como la de la comadrona codemandada, así como de la relación que liga a los médicos con la Seguridad Social y como en modo alguno, cabe prescindir de los hechos declarados probados, la desestimación es lo procedente, puesto que queda incólume la afirmación según la cual no cumplió la doctora sus deberes de supervisión, dirección y vigilancia.

DECIMO.- Del propio modo decae el motivo segundo, en el que se denuncia la infracción de los artículos 1103 y 1104 del Código Civil, cuyo tenor literal no afecta a la cuestión, pues no fueron aplicados por la Sala de instancia ni se denuncia la infracción por inaplicación.

Su tenor literal referente a la exigibilidad de la responsabilidad por negligencia en toda clase de obligaciones (artículo 1103) y la definición que de la culpa o negligencia hace el 1104, en modo alguno lleva a esta Sala a



casar una sentencia que define la negligencia, el daño y afirma la relación causal. A ello se añade que nada dice sobre la Jurisprudencia que cita, ni su doctrina, ni de su aplicación al presente caso.

UNDECIMO.- El motivo tercero, se desestima porque además de dedicarse a un análisis de los hechos, valoración y creación de un supuesto distinto de la narración fáctica de la Audiencia, para tratar de demostrar la infracción del artículo 1902 del Código Civil, arguye dentro del motivo, con apoyo en el artículo 1214, que contiene la regulación del "onus probandi" y el artículo 1249, que trata de la prueba de presunciones. En resumen, mezcla heterogénea de preceptos, de carácter substantivo y procesal, que no pueden servir de apoyo a un motivo por infracción de ley, así como cita de sentencias, cuyo contenido y aplicación al caso nada explica el motivo.

Igualmente se rechaza el motivo cuarto, en el que se habla de infracción de Jurisprudencia aplicable al caso, sin expresar ni el contenido de una sola de las dos sentencias invocadas, osando incluso plantear hasta la cuestión nueva de litisconsorcio pasivo necesario, respecto de otros médicos de guardia que no identifica.

DUODECIMO.- El motivo quinto cita como infringido el artículo 1214 del Código Civil, con absoluto desconocimiento del contenido de dicho precepto, que solo puede servir de apoyo a un motivo de casación por infracción de ley cuando, a falta absoluta de pruebas, se hacen recaer las consecuencia de dicha falta a persona distinta de la obligada a probar; pero las pruebas pueden provenir de cualquiera de las partes. Dicho ésto, se desconoce que puede pretender la recurrente apoyándose en este artículo.

Este razonamiento lleva a la desestimación del último motivo, en el que se vuelve a citar el artículo 1214, pero esta vez por el inadecuado cauce del número tercero del artículo 1692, y esta vez, acumulando la cita como infringidos del artículo 24 de la Constitución y los artículos procesales, sobre las pruebas de segunda instancia 701, 707, 862 y 1693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo que repite los argumentos de sus correcurrentes, y esta Sala da por reproducidos los argumentos con los que desestimó parejos motivos.

DECIMOTERCERO.- Las costas se imponen a los recurrentes, así como la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir ( artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACION interpuestos respectivamente por los Procuradores D. Argimiro Vázquez Guillén, D. Francisco Martín Fernández y D. Gabriel Sánchez Malingre, respecto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Cuarta, de fecha 18 de julio de 1994, la que se confirma en todos sus pronunciamientos, condenándose a dichos recurrentes al pago de las costas, y pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, a los que se dará el destino legal.

Y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **JESUS MARINA MARTINEZ-PARDO**.- ROMAN GARCIA VARELA.- LUIS MARTINEZ-CALCERRADA Y GOMEZ.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jesús Marina Martínez-Pardo**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

© Copyright 2018, vLex. Todos los Derechos Reservados.  
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

## Sentencia de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 17 de Octubre de 2001

**Ponente:** CORBAL FERNANDEZ, JESUS

**Número de Recurso:** 1771/1996

**Procedimiento:** CIVIL - 01

**Fecha de Resolución:** 17 de Octubre de 2001

**Emisor:** Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil

**Id. vLex:** VLEX-15205594

**Link:** <http://vlex.com/vid/responsabilidad-extracontractual-1902-cc-u-15205594>

### Resumen

"RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. En perspectiva del criterio de imputación subjetivo se da un supuesto claro de ausencia de culpa, porque no se omitió la diligencia exigible en ninguno de los aspectos de la actividad desplegada. No se observa ninguna deficiencia en la organización de la actividad, en cuanto al material empleado no se aprecia el mínimo descuido, no cabe hacer ningún reproche a la maniobra de desencallamiento de la balsa ordenada por el monitor, y tampoco hubo descuido ninguno en la actividad desplegada para intentar el rescate. La ausencia de culpa excluye la imputación subjetiva, porque se ha agotado por los demandados la diligencia que las circunstancias exigían. Pero tampoco se aprecia responsabilidad desde la perspectiva de un exclusivo criterio de imputación objetivo, pues si la generación de determinados riesgos puede acarrear la responsabilidad civil por daño, en el sistema de culpa extracontractual del art. 1902 CC no cabe erigir el riesgo en factor único de la responsabilidad y es preciso que se dé una conducta adecuada para producir el resultado dañoso. Es cierto que existía una situación de riesgo, pero se trataba de una actividad voluntaria, cuyo peligro era conocido por el solicitante, y el accidente se produjo dentro del ámbito del riesgo asumido y aceptado. Hubo asunción de riesgo, y no concurrió por parte de los demandados ningún incremento o agravación del riesgo asumido. En primera instancia se desestima la demanda. Se desestima la apelación. Se desestima la casación."

### Frases clave

La ausencia de culpa, incluso en su mínimo grado de levísima, excluye la imputación subjetiva, porque se ha agotado por los demandados la diligencia que las circunstancias exigían. Pero tampoco se aprecia responsabilidad desde la perspectiva de un exclusivo criterio de imputación objetivo, pues si la generación de determinados riesgos puede acarrear la responsabilidad civil por daño, en el sistema de culpa extracontractual del art. 1902 CC no cabe erigir el riesgo en factor único de la responsabilidad y es preciso que se dé una conducta adecuada para producir

el resultado dañoso. En el caso es cierto que existía una situación de riesgo (como dice la Sentencia recurrida el "rafting" es una actividad deportiva consistente en el deslizamiento mediante bote neumático por aguas bravas que debe calificarse de peligrosa, porque tiene para los participantes un indudable riesgo de vuelco o caída al agua por el propio recorrido turbulento de las aguas"), pero se trataba de una actividad voluntaria, cuyo peligro era conocido por el solicitante, y el accidente se produjo dentro del ámbito del riesgo asumido y aceptado. Hubo asunción de riesgo, y no concurrió por parte de los demandados ningún incremento o agravación del riesgo asumido.

## Texto

# Contenidos

- [ANTECEDENTES DE HECHO](#)
  - [PRIMERO](#)
  - [SEGUNDO](#)
  - [TERCERO](#)
- [FUNDAMENTOS DE DERECHO](#)
  - [PRIMERO](#)
  - [SEGUNDO](#)
  - [TERCERO](#)
  - [CUARTO](#)
  - [QUINTO](#)
  - [SEXTO](#)
- [FALLO](#)

D. ROMAN GARCIA VARELAD. JESUS CORBAL FERNANDEZD. ANTONIO ROMERO LORENZO

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Octubre de dos mil uno.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Ejea de los Caballeros; cuyo recurso fue interpuesto por D. Pedro Jesús , representado por el Procurador D. Roberto Alonso Verdu, y asistido por la Letrado D<sup>a</sup>. Susana Lucero Zalazar, que asistió el día de la vista; siendo parte recurrida D. Juan Enrique y la ASOCIACION DEPORTIVO CULTURA LUR, representados por el Procurador D. José Manuel Dorremochea Aramburu y asistidos por el Letrado D. José Ramón Sánchez, que asistió al día de la vista. Autos en los que también ha sido parte la COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS HERMES, S.A. GRUPO FORTUNA, que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

# ANTECEDENTES DE HECHO

## PRIMERO

1.- El Procurador D. Angel Navarro Pardiñas, en nombre y representación de D. Pedro Jesús , interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Ejea de los Caballeros, siendo parte demandada la Asociación Deportiva Cultura Lur, D. Juan Enrique y la Compañía de Seguros y Reaseguros Hermes, S.A. Grupo Fortuna, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "A. DECLARAR 1. Que el hijo de mi representado Abelardo tras el accidente sufrido en la prueba de Rafting que se encontraba realizando en Murillo de Gallego (Zaragoza) mediante un viaje - excursión concertado con la ASOCIACION DEPORTIVO CULTURAL LUR, fruto de la negligencia de los responsables de la misma en la organización y desarrollo de la prueba, y concretamente del monitor responsable de la embarcación D. Juan Enrique encargado de tutelar a las personas que se encontraban en la embarcación del siniestro, cayó al agua falleciendo instantes después al no haberse adoptado la diligencia necesaria. 2. Que como consecuencia de todo ello se le han ocasionado gastos, daños morales, y ha tenido una evidente repercusión anímica al ser su único hijo, y además sustento de la familia. B. CONDENAR A la ASOCIACION DEPORTIVO CULTURAL LUR, a Juan Enrique y a la Compañía de Seguros demandada HERMES, S.A., con carácter Solidario, a indemnizar a mi representado D. Pedro Jesús , por los daños, gastos y perjuicios morales sufridos de 10.000.000 de Ptas. (diez millones pts.), además de los intereses legales, desde la fecha de interposición de esta Demanda. C. OBLIGAR A los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones con una expresa condena en costas procesales."

2. - El Procurador D. José Ignacio Bericat Nogue, en nombre y representación la Asociación Deportivo Cultural Lur y D. Juan Enrique , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que desestime la demanda formulada por D. Pedro Jesús contra la Asociación Deportivo Cultura Lur, d. Juan Enrique y Seguros Hermes, S.A., y absuelva a mis representados de las reclamaciones formuladas, y, con expresa condena en costas a la actora."
3. - La Procurador D<sup>a</sup>. Teresa Ayesa Franca, en nombre y representación de la entidad Hermes, S.A. de Seguros, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que, estimando la excepción procesal opuesta, desestime la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto con imposición de costas a la parte actora; y, subsidiariamente, entrando a conocer del fondo del asunto se desestime la demanda, absolviendo a la codemandada HERMES S.A. de Seguros, con imposición de costas a la parte actora."
4. - Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número de Ejea de los



Caballeros, dictó sentencia con fecha 9 de enero de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que, inapreciando las excepciones formulados por la codemandada HERMES S.A., desestimo íntegramente la demanda deducida por el Procurador Sr. Navarro en nombre y representación de Don Pedro Jesús , contra Asociación Deportiva Cultural Lur, Don Juan Enrique y la Cia, de Seguros Hermes, S.A. absolviendo a éstos de las pretensiones contra ellos ejercitadas, con expresa condena en costas a la demandante."

## SEGUNDO

Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de D. Pedro Jesús , la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, dictó sentencia con fecha 7 de mayo de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando en lo sustancial en recurso de apelación por D. Pedro Jesús contra la Sentencia de 4 de enero de 1996 (sic) dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Ejea de los Caballeros, autos 185 de 1995, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, salvo el apartado relativo a las costas sobre las que no se hace especial declaración en ambas instancias."

## TERCERO

1.- El Procurador D. Roberto Alonso Verdu, en nombre y representación de D. Pedro Jesús , interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 7 de mayo de 1996, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del artículo 1692, párrafo segundo, se alega infracción del artículo 359 del mismo Cuerpo Legal. SEGUNDO.- Al amparo del número 3º del [artículo 1692](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) se alega infracción del art. 359 del mismo cuerpo legal. TERCERO.- Bajo el mismo ordinal se denuncia infracción del [artículo 359](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#). CUARTO.- Al amparo del número 4º del [artículo 1602](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) se denuncia infracción del art. 28 de la Ley General de Consumidores y Usuarios. QUINTO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del [artículo 1902](#) del [Código Civil](#). SEXTO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción por interpretación errónea de los artículos [1902](#) y [1903](#) del [Código Civil](#). SEPTIMO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del [artículo 1253](#) del [Código Civil](#). OCTAVO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del [art. 1214](#) del [Código Civil](#). NOVENO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción por inaplicación del [artículo 1902](#) del [Código Civil](#). UNDECIMO (sic).- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los artículo [1902](#), [1903](#), [1089](#) y [1101](#) del [Código Civil](#). DECIMOSEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción por error en la apreciación de la prueba.

2. - Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. José Manuel Dorremochea Aramburu, en nombre y representación de D. Juan Enrique y dela Asociación Deportiva Cultural Lur, presentó escrito de oposición al mismo.
3. - Habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para la misma el día 28 de septiembre de 2001, en que ha tenido lugar.

---

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ

# FUNDAMENTOS DE DERECHO

## PRIMERO

El litigio objeto de enjuiciamiento hace referencia al fallecimiento de Abelardo , de 21 años de edad, ocurrido sobre las quince horas treinta minutos del día 14 de mayo de 1.994 en el término municipal de Murillo (Zaragoza) con ocasión de participar en una actividad deportiva de "rafting" y caerse de la balsa neumática en la que iba, inmediatamente después de quedar liberada la barca de una piedra sita en un desfiladero del río Gállego en el que se desarrollaba la prueba, habiéndose producido la muerte de forma violenta por parada cardio-respiratoria (causa inmediata) determinada por traumatismo crano-encefálico con hemorragia subdural (causa inmediata o fundamental), no evidenciándose signos que indiquen asfixia por sumersión. Dn. Pedro Jesús , en su condición de padre y heredero del joven fallecido, formuló demanda de reclamación de cantidad por importe de diez millones de pesetas contra las entidades Asociación Deportiva Cultural LUR y Compañía de Seguros y Reaseguros HERMES S.A. y también contra Dn. Juan Enrique , la primera por ser la sociedad con la que la víctima del accidente concertó, a cambio de un precio, el viaje-excursión y la realización de la prueba deportiva de "rafting", siendo por lo tanto la organizadora y prestadora del servicio, y el tercero por ser el monitor que dirigía la actividad de la embarcación dependiente de la Asociación señalada. Por el hecho se siguieron Diligencias de Procedimiento Abreviado nº 200/94 del Juzgado de Instrucción de Ejea de los Caballeros que fueron archivados por Auto de 26 de julio del propio año confirmado en apelación por Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza del 29 de septiembre siguiente. La demanda interpuesta por el Sr. Pedro Jesús dio lugar a los autos de juicio de menor cuantía 185 de 1.995 del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Ejea de los Caballeros en los que recayó Sentencia desestimatoria el 9 de enero de 1.996, y en el mismo sentido se manifestó en apelación la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de 7 de mayo siguiente. Contra esta resolución se formalizó por la representación procesal de Dn. Pedro Jesús recurso de casación articulado en doce motivos, si bien carece de contenido alguno el correspondiente al número diez. En los tres primeros motivos se denuncia el defecto procesal de incongruencia, el primero al amparo del número segundo y los otros dos del tercero del [art. 1.692 LEC](#) 1.881, y en los ocho restantes se acusan diversas infracciones todas ellas por el cauce del nº 4º del artículo mencionado.

## SEGUNDO

En los tres primeros motivos se formulan denuncias que se incardinan en el [art. 359 LEC](#) 1.881 y que se definen como incongruencia. En el motivo primero, al amparo del nº 2 del art. 1.692, se alega lo que se denomina "incongruencia de excepción autónoma", la cual debe ser rechazada porque el número expresado del [art. 1.692 LEC](#) 1.881 se refiere a "incompetencia o inadecuación del procedimiento", cuestiones que no tienen ninguna relación con el motivo, aparte de que una eventual aplicación de su efecto conducirá a una conclusión absurda en el caso (art. 1.715.1.1º). Además el planteamiento realizado en el desarrollo carece totalmente de



consistencia porque no se suscita ningún defecto de congruencia, ni siquiera de falta de motivación, (a cuyos temas se refieren las diversas Sentencias de esta Sala que se alegan), sino que se razona sobre el tema de fondo, aspecto que nada tiene que ver con la incongruencia, la cual consiste en una falta de conformidad de lo resuelto en la sentencia y las pretensiones formuladas, sin que por lo general quepa apreciarla en las sentencias absolutorias en cuanto las mismas dan respuesta en sentido negativo a las peticiones formuladas, siquiera sea preciso que el fundamento de la desestimación no obedezca a una alteración de la "causa petendi", o acogimiento de una excepción no apreciable de oficio, particulares que no se dan en el caso de autos. En el motivo segundo se acusa, al amparo del número del número 3 (hay que entender inciso segundo) del art. 1.692, la existencia de incongruencia por "omisión de declaraciones". En el cuerpo del motivo se incurre en la confusión de no distinguir la pretensión ejercitada y las alegaciones efectuadas para fundamentarla, pues obviamente si aquellas, como ocurre con las diversas cuestiones sustanciales o con autonomía propia, deben ser respondidas individualmente, no sucede lo mismo con todas las consideraciones, argumentaciones o alegaciones no sustanciales, las cuales no requieren una explicación pormenorizada sino que es suficiente queden cobijadas bajo una apreciación global y genérica. Además en la Sentencia de instancia no se da la omisión denunciada, pues de modo sintético responde a todos los problemas fundamentales de la litis, aparte de que su contenido debe complementarse con el de la Sentencia del Juzgado al que la recurrida se remite de forma expresa en el párrafo final del fundamento jurídico segundo. El motivo tercero, que fundamenta la incongruencia en la existencia de "contradicción entre disposiciones" de la sentencia, debe correr la misma suerte desestimatoria de los anteriores porque ni se da el defecto denunciado, ni el planteamiento formulado es determinante de incongruencia, la cual en su versión interna (por cierto, normalmente susceptible de subsanación mediante recurso de aclaración, [STC Sala 1ª 140/2.001, de 18 de junio](#)) exige una desarmonía o discordancia entre la parte dispositiva de la resolución y el contenido del fundamento determinante, con valor decisivo, del fallo.

## TERCERO

Las circunstancias concurrentes en el caso de autos demandan, según la técnica doctrinal dominante, tratar el tema controvertido, acomodando el examen de sus presupuestos y consecuencias jurídicas, con arreglo a la normativa de la responsabilidad contractual, y más concretamente dentro de los deberes secundarios de protección (Schutzpflichten) que en nuestro Código tienen un sólido fundamento en el art. 1.258 -principio de la buena fe como contenido integrador del contrato-, aunque algún sector doctrinal vea también su soporte, si bien ya solo en la perspectiva del deudor, en la exigencia de la diligencia debida ([art. 1104 CC](#)). El hecho de que la resolución recurrida haya resuelto el pleito en sede de culpa extracontractual, y en la misma línea venga configurado el recurso de casación (aunque en el informe oral ante esta Sala se aludió a los dos tipos de responsabilidad civil por daño), no plantea trastorno alguno desde el punto de vista procesal, porque en la demanda se ejercitaron, en forma subsidiaria, las dos acciones, y por otro lado, dadas las circunstancias del caso, no resulta relevante la aplicación de uno u otro régimen jurídico. Por ello, porque la materia de los deberes de protección y de seguridad y su deslinde de la doctrina del desarrollo anormal del contrato todavía es tema novedoso y no totalmente pacífico, y asimismo porque tampoco hay una jurisprudencia anterior unitaria, y asimismo en el propósito -exigencia- de dar respuesta a la

pretensión ejercitada, en sintonía con la efectividad de la tutela judicial, la argumentación que se expondrá contempla especialmente el litigio desde la óptica extracontractual.

## CUARTO

La base fáctica, tal y como aparece acogida en las sentencias de instancia, y que resulta incólume y vinculante para esta casación, aunque se ha de hacer referencia a algunos datos que no recogidos en aquellas no están en contradicción con los explícitamente apreciados y cuya estimación tiene carácter complementario formando parte del ámbito permitido de la doctrina de la "integración del factum", hace referencia, como ya se dijo esquemáticamente con anterioridad, al fallecimiento producido con ocasión del desarrollo de una prueba o práctica deportiva de "rafting" -descenso en una embarcación por las aguas bravas de un río-. El joven Abelardo, muy aficionado a las actividades acuáticas y conocimientos de submarinismo, concertó por precio con la entidad cultural-deportiva "LUR" la intervención en una prueba de "rafting", encargándose la sociedad del desplazamiento desde Bermeo (Bizkaia) a la provincia de Zaragoza y la organización de la actividad, tanto en lo que se refiere a los medios materiales como personales. El accidente se produjo en el punto del Río Gállego (término municipal de Murillo del Gállego) conocido con el nombre de "Paso del Embudo", desfiladero de especial dificultad, y en el que la balsa neumática que portaba a los ocho participantes y el monitor Sr. Juan Enrique quedó encallada en una roca. Para desembarancarla el monitor dio orden a todos los tripulantes que pasasen a popa con el fin de que al producir una mayor presión en la parte trasera pudieran actuar a modo de palanca o contrapeso respecto de la parte delantera, y seguidamente mediante un impulso brusco con un pie sobre una roca consiguió liberar la embarcación, la cual debido a la fuerte corriente se balanceó cayendo tres de los que iban en la misma al agua, y si bien dos de ellos fueron recogido en piraguas de apoyo, no fue posible conseguirlo con Abelardo pese a que el Sr. Juan Enrique trató de elevarlo a la balsa agarrándole por una mano. La muerte del joven no se produjo por ahogamiento sino por una contusión que hace suponer que sufrió un fuerte golpe contra una roca.

El análisis minucioso de todos los pormenores del caso no permite apreciar ninguna omisión imputable a ninguno de los demandados. Dejando a un lado afirmaciones genéricas o abstractas (omisión de medidas de seguridad, prudencia, cuidado, precaución o cautela) que sin mas concreción no pueden servir para fundamentar una responsabilidad civil por daño porque, en otro caso, la mera afirmación sin conocer su "ratio" presupondría la existencia de la responsabilidad, no se advierte que es lo que se dejó de hacer, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, que efectuado, pudiera haber evitado el resultado lesivo, salvo la no realización de la actividad, lo que por pertenecer exclusivamente a la causalidad física (equivalencia de condiciones) no es suficiente para apreciar la responsabilidad. Planteado el tema en perspectiva del criterio de imputación subjetivo se da un supuesto claro de ausencia de culpa. La Sentencia del Juzgado habla de caso fortuito y en la misma línea se manifiesta la de la Audiencia ("no puede culparse -dice- al monitor que al caer fortuitamente el accidentado se golpease en la cabeza con una roca produciéndose la muerte por traumatismo craneoencefálico"). No hay culpa porque no se omitió la diligencia exigible en ninguno de los aspectos de la actividad desplegada; y ello se comprueba si se para mientes en las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar ([párrafo primero](#) del art. [1104 CC](#) que es aplicable en materia de culpa extracontractual). En primer lugar no se observa ninguna

deficiencia en la organización de la actividad. Afirma la parte recurrente que se cometieron múltiples irregularidades que revelan la evidente negligencia, tanto de la Asociación como del monitor demandados. Pero ninguna de las que menciona es relevante. El que la Asociación haya dado o no el justificante de pago de la excursión carece de incidencia causal. Se insiste mucho en la falta de instrucción adecuada, y al efecto se alega que no se dio a los participantes la información debida acerca de los posibles riesgos que podría entrañar la práctica del "rafting" en ese río, ciertamente peligroso, y que no se dieron explicaciones para afrontar emergencias y consejos mínimos para la utilización de la ropa de seguridad y como evitar posibles imprevistos. Se añade que no se aconsejó sobre medidas de seguridad a los ocupantes de la embarcación en la cual viajaba Abelardo , ya que llegaron los últimos y con total celeridad se les indicó que se colocaran el material de seguridad y se dispusieran a comenzar la prueba. El planteamiento no puede ser acogido porque se contradice con la testifical valorada en la instancia, no concuerda con el contenido de la posición novena del pliego de posiciones a formular al Sr. Juan Enrique (f. 326 de autos), y, sobre todo, en lo que se refiere a Abelardo , éste no ignoraba todas las circunstancias expresadas pues no era la primera vez que hacía "rafting" y además conocía el punto concreto del accidente, y en cuanto a los restantes ocupantes su hipotética (a los meros efectos dialécticos) inexperiencia no consta incidiera en el desarrollo causal. En segundo lugar, en cuanto al material empleado no se aprecia el mínimo descuido. La balsa -lancha Avon Pathmaker- era totalmente adecuada para la actividad, y gozaba de todos los elementos de seguridad -cuerda de seguridad, juego de poleas y cuerda alrededor denominada "línea de vida"- . El material de protección individual compuesto de traje completo de neopreno, chaleco salvavidas y casco (es de observar que cuando se rescató el cadáver se comprobó que el barboquejo estaba abrochado) eran de primera calidad. En tercer lugar, no se plantea ninguna problemática en cuanto al equipo de apoyo; es más, fue éste el que rescató a los otros dos tripulantes caídos de la embarcación y que no se habían golpeado contra las rocas. En cuarto lugar, en cuanto a la zona elegida para el descenso se le tacha por la parte recurrente de excesivamente peligrosa (más peligroso de lo normal, e incluso se señala que el monitor buscó el tramo más peligroso al efecto de realizar el rafting de manera más espectacular). Y se resalta que en el momento de la actividad había una fuerte corriente no evaluada por el Sr. Juan Enrique , pues dada tal circunstancia debía tenerse previsto algún tipo de alternativa, desviando la prueba a otra zona menos peligrosa y comprometida. Las afirmaciones relativas a la existencia de circunstancias en el momento de desarrollarse la actividad distinta de las normales en el lugar (aumento de la fuerza del agua) carecen de soporte fáctico, por lo que en modo alguno se daba un incremento del riesgo previsible, y que el punto en que se produjo el evento es peligroso no cabe duda, pero entendido ese peligro como mayor dificultad técnica y que no excede de las que suele haber en descensos de este tipo y que han de sortear los participantes, tratándose por lo demás de un lugar conocido y de habitual paso por los que realizan los descensos. En quinto lugar, no cabe hacer ningún reproche a la maniobra de desencallamiento de la balsa ordenada por el monitor, tanto en cuanto dispuso que los ocupantes pasaran a popa para hacer contrapeso, como al dar el golpe con el pie contra una roca para liberar a la nave, lo que obviamente hubo de ser brusco a fin de conseguir sacarla de donde se hallaba trabada. El que como consecuencia de todo ello la nave se balancee por el efecto de las aguas e incluso colisione lateralmente con otras rocas no supone una actitud descuidada o imprudente del ejecutor de la maniobra. Por último, tampoco hubo descuido ninguno en la actividad desplegada para intentar el rescate, cuestión que no precisa de más atención al no hacerse especial hincapié en el recurso.

La ausencia de culpa, incluso en su mínimo grado de levísima, excluye la imputación subjetiva, porque se ha agotado por los demandados la diligencia que las circunstancias exigían.

Pero tampoco se aprecia responsabilidad desde la perspectiva de un exclusivo criterio de imputación objetivo, pues si la generación de determinados riesgos puede acarrear la responsabilidad civil por daño, en el sistema de culpa extracontractual del [art. 1902 CC](#) no cabe erigir el riesgo en factor único de la responsabilidad y es preciso que se dé una conducta adecuada para producir el resultado dañoso. En el caso es cierto que existía una situación de riesgo (como dice la Sentencia recurrida el "rafting" es una actividad deportiva consistente en el deslizamiento mediante bote neumático por aguas bravas que debe calificarse de peligrosa, porque tiene para los participantes un indudable riesgo de vuelco o caída al agua por el propio recorrido turbulento de las aguas"), pero se trataba de una actividad voluntaria, cuyo peligro era conocido por el solicitante, y el accidente se produjo dentro del ámbito del riesgo asumido y aceptado. Hubo asunción de riesgo, y no concurrió por parte de los demandados ningún incremento o agravación del riesgo asumido. Esta conclusión responde al criterio que viene siguiendo en concreto esta Sala en relación con supuestos similares. Y aunque no son muchas las resoluciones en materia de accidentes con ocasión de prácticas deportivas, cabe señalar por su semejanza casuística las Sentencias de 22 de octubre de 1992 (lesiones sufridas con ocasión de juego de pelota a pala), 20 de marzo de 1996 (accidente practicando el esquí), 20 de mayo de 1996 (colisión de lancha a motor con escollo sumergido a escasa profundidad en pantano), y 14 de abril de 1999 (accidente en curso de aprendizaje de parapente).

## QUINTO

Por lo razonado es evidente que no cabe acoger ninguno de los motivos relativos al fondo del asunto, los cuales en una consideración concreta y sucinta se rechazan por las razones siguientes. El motivo cuarto, en el que se denuncia infracción del art. 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, porque este precepto no ha sido invocado con anterioridad en el proceso, apareciendo citado por primera vez en casación, y además no se menciona que parte del mismo ha sido infringida ni en que sentido se ha podido producir su conculcación. El motivo quinto decae porque ni se aprecia negligencia en la conducta del monitor Sr. Legarra, ni en los responsables de la Asociación demandada, ni es apreciable la responsabilidad objetiva que se postula, por lo que no se han infringido los arts. [1902](#) y [1903 CC](#). El motivo sexto, en el que también se denuncia infracción de los preceptos citados del [Código Civil](#), en este caso por interpretación errónea, no es aceptable porque alude a la deficiente organización de la prueba de Rafting como causa del resultado dañoso de un modo abstracto y ambiguo, habiendo quedado ya explicadas las razones que excluyen el juicio de valor causal, y sin que frente a ello nada diga la invocación -mera alusión- a la doctrina de la "culpa virtual" (posiblemente se pretende hacer referencia a "causalidad virtual") porque no se da explicación alguna sobre su operatividad, y el supuesto no tiene similitud alguna con los de hipotética valoración con arreglo a dicha teoría. En el motivo séptimo se alega la infracción del [art. 1253 CC](#) y jurisprudencia de esta Sala sobre presunciones judiciales. Con independencia del criterio restrictivo que rige en casación en orden a la verificación del tema de presunciones, el adecuado planteamiento del mismo exige, bien, indicar que datos fácticos fijados en la instancia permiten sentar conclusiones lógicas, que alegadas, no fueron tenidas en cuenta por la resolución recurrida, o bien razonar en que inferencias efectuadas por el juzgador "a quo" no

se respetó el criterio del buen sentido, acogiendo conclusiones ilógicas o arbitrarias en relación con la base fáctica previamente fijada. Y obviamente se incurre en defectuosa formulación cuando el motivo se limita a sentar la obligación de tutelaje y control de la prueba y la forma de realizarse y que a consecuencia de la actividad y mala organización se provocó el resultado dañoso. En el motivo octavo se alega la infracción por no aplicación del [art. 1214 CC](#) y se menciona en el desarrollo la inversión de la carga de la prueba en relación con "la falta de la debida diligencia y prudencia": Cuando los hechos básicos han sido probados no cabe invocar la doctrina sobre la carga de la prueba. El resultado de la valoración probatoria efectuada a la instancia no se traduce en una falta de prueba de la culpa, sino que se da una situación de ausencia de culpa, pues el fundamento fáctico existente permite configurar el juicio jurídico de haberse actuado con la diligencia debida. El motivo noveno, que denuncia no haberse aplicado debidamente el [art. 1902 CC](#), alude a un tema totalmente ajeno a este proceso (la responsabilidad derivada de la supuesta deficiente asistencia médica prestada por la Dra. Consuelo ), y, por otro lado, vuelve a insistir en tema de carga de prueba que no tienen encaje en el precepto mencionado y que además ya ha sido objeto de atención a propósito del motivo anterior. Finalmente en los motivos undécimo y duodécimo (ya antes se dijo que no hay motivo décimo) se acusa error en la apreciación de la prueba sin invocar, como es preceptivo, ninguna norma que contenga una regla de prueba que haya podido ser infringida por la resolución recurrida. Obviamente no contienen normas de prueba los [arts. 359 LEC 1881](#) (al que se refiere el motivo undécimo por remisión al motivo tercero) y 1902, 1903, 1089 y 1101 [CC](#), y no constituyen jurisprudencia valorable en Casación la recogida en las Sentencias de las Audiencias Provinciales. Por último la declaración del demandado Sr. Juan Enrique relativa a que dio una patada a la roca para desembarancar la embarcación, tanto en la perspectiva causal del accidente, como en la de la corrección de la maniobra, podría determinar uno u otro juicio de valor, y lo mismo ocurre respecto de la orden dada a los ocupantes de la embarcación que estaban en proa para que pasaran a popa, (todo lo que ya fue antes examinado), pero en modo alguno puede servir de fundamento a un error en apreciación de la prueba documental como se pretende en el motivo duodécimo.

## SEXTO

La desestimación de todos los motivos conlleva la del recurso de casación, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas, ([art. 1715.3 LEC 1881](#)), sin perjuicio de aplicar en su caso los efectos de beneficio de asistencia judicial gratuita.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador Dn. Roberto Alonso Verdu en representación procesal de Dn. Pedro Jesús contra la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el 7 de mayo de 1996, en el Rollo 78 del propio año, en la que se confirma en apelación la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia de Ejea de los Caballeros el 9 de enero de 1996 en el juicio de menor cuantía 185/95, y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el recurso, sin perjuicio

---

de la aplicación de los efectos, en su caso, del beneficio de Justicia Gratuita. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- ROMAN GARCIA VARELA.- JESUS CORBAL FERNANDEZ.- ANTONIO ROMERO LORENZO.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Corbal Fernández, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.





Roj: **STS 4137/2002** - ECLI: **ES:TS:2002:4137**

Id Cendoj: **28079110012002102249**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/06/2002**

Nº de Recurso: **3834/1996**

Nº de Resolución: **581/2002**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **PEDRO GONZALEZ POVEDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Junio de dos mil dos.

VISTO por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Sección Primera de la Iltma. Audiencia Provincial de Gerona, como consecuencia de juicio de mayor cuantía nº490/93, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número UNO de Figueres, sobre daños por negligencia médica, cuyo recurso fue interpuesto por PREVISION POPULAR DE SEGUROS, S.A., y DON Bruno , representados por el Procurador de los Tribunales Don Miguel Angel de Cabo Picazo, en el que son recurridos DON Donato , DOÑA María Luisa y DON Pedro Antonio , que intervienen en su propio nombre y haciéndolo los dos primeros además de por sí, en nombre y representación de sus hijos menores de edad DON Jose Luis , DON Jose Miguel y DON Carlos Manuel , todos ellos representados por el Procurador de los Tribunales Don Eduardo Morales Price.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Figueres, fueron vistos los autos de mayor cuantía nº 490/93, seguidos a instancias de Don Donato , Doña María Luisa y Don Pedro Antonio , todos ellos con la misma representación procesal contra Previsión Popular de Seguros, S.A. y contra Don Bruno , sobre negligencia médica.

Por la representación de la parte actora se formuló demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: "... dictar en su día sentencia en virtud de la que estimando íntegramente bien la acción de responsabilidad extracontractual que se ejercita con carácter principal, bien la acción de responsabilidad contractual que se ejercita con carácter subsidiario para el supuesto que la primer fuese desestimada, se condene a los demandados conjunta y solidariamente: A) Al pago a Carlos Manuel , de la suma total de cien millones de pesetas (ptas. 100.000.000.-) con más los intereses legales correspondientes.- B) Al pago a Donato y a María Luisa , en la suma de cincuenta millones de pesetas (ptas. 50.000.000.-) para cada uno de ellos, con más los intereses legales correspondientes.- C) Al pago a Pedro Antonio , Jose Luis y Jose Miguel , en la suma de veinte millones de pesetas (ptas. 20.000.000.-) para cada uno de ellos, con más los intereses legales correspondientes y D) Al pago de las costas que se causen en el presente juicio por imperativo legal". Asimismo solicitaba el recibimiento del juicio a prueba.

Admitida a trámite la demanda, por la representación de los demandados se contestó a la misma, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: "... teniéndome por opuesta a ella a tenor de los hechos, excepciones y fundamentos legales que en lo principal se articulan, y tras los trámites procesales de rigor, dicte sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda absuelva a mis representados de todos sus pedimentos, con expresa imposición de las costas del juicio a la parte actora, por imperativo legal".

Por providencia de fecha 14 de Junio de 1.994, se acordó dar traslado para réplica y dúplica, con el resultado que obra en autos.





Por el Juzgado se dictó sentencia en fecha 30 de Mayo de 1.995, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "FALLO.- Con estimación parcial de la demanda de juicio de mayor cuantía, promovida por Don Donato , Doña María Luisa y Don Pedro Antonio , representados por la Procuradora Doña Rosa María Bartolomé Foraster, contra Don Bruno y contra Previsión Popular de Seguros, representados por la Procuradora Doña Ana María Bordas Poch, condeno a los demandados a que conjunta y solidariamente abonen a los demandantes las siguientes cantidades: A) A Carlos Manuel , la cantidad de veinte millones de pesetas.- B) A Donato , la de diez millones de pesetas.- C) A María Luisa , la de diez millones de pesetas.- D) A Pedro Antonio , Jose Luis y Jose Miguel , la de cinco millones de pesetas a cada uno de ellos.- No ha lugar a la condena solicitada de pago de intereses y no se hace expreso pronunciamiento en cuanto al pago de las costas, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, y sustanciada la alzada, la Sección Primera de la Iltma. Audiencia Provincial de Gerona, dictó sentencia en fecha 17 de Octubre de 1.996, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS.- que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la representación de Doña María Luisa , Don Donato , Pedro Antonio y Don Jose Luis Don Jose Miguel y Don Carlos Manuel , como el interpuesto por la representación de Don Bruno y la Cia. Mercantil Previsión Popular de Seguros, S.A. revocamos parcialmente la misma, en el sentido de condenar a los demandados a que conjunta y solidariamente abonen a Don Donato , y Doña María Luisa , la suma de cuarenta millones de pesetas en la forma dicha.- Absolviendo a dichos demandados, de toda otra petición indemnizatoria a favor de otros actores; ratificando el pronunciamiento relativo a costas e intereses de primera instancia, que se hacen igualmente extensivos a los de esta alzada". Asimismo fue formulado Voto Particular cuyo fallo es del tenor siguiente: "FALLO.- Que desestimando el recurso de apelación interpuestos (sic) por la Procuradora Doña Rosa María Bartolomé Foraster en nombre y representación de Don Donato , Doña María Luisa , y Pedro Antonio , contra la sentencia de 30 de Mayo de 1.995, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Figueres, en los autos de menor cuantía nº 490/93, y estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Ana María Bordas en nombre y representación de Don Bruno y Previsión Popular de Seguros, S.A. contra la sentencia de 30 de Mayo de 1.995, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Figueres, en los autos de menor cuantía nº 490/93, de los que este Rollo dimana, y revoco dicha resolución, declarando: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Rosa María Bartolomé Foraster, en nombre y representación de Don Donato , Doña María Luisa , y Don Pedro Antonio , se absuelve a los demandados Don Bruno y Previsión Popular de Seguros, S.A. de todos los pedimentos de la misma, sin hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las dos instancias".

TERCERO.- Por el Procurador de los Tribunales Don Miguel Angel de Cabo Picazo, en nombre y representación de Don Bruno y de la compañía mercantil Previsión Popular de Seguros, S.A., se formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos:

Primero.- "Quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, provocando indefensión a esta parte demandada, consistente en violación, por inaplicación de los artículos 504 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prescindiendo total y absolutamente de lo en ellos dispuesto, así como en violación, por aplicación indirecta en forma indebida de los artículos 862 y/o 863.2º de la propia ley procesal".

Segundo.- "Infracción de ley consistente en violación del artículo 1.101 del Código Civil, por aplicación indebida del mismo".

Tercero.- "Infracción de ley consistente en violación del artículo 1.101 del Código Civil, por aplicación indebida del mismo, en conexión con violación, por no aplicación, de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de ese Alto Tribunal, que se citarán, relativa a la necesaria concurrencia de los requisitos de acción culposa, realidad del daño y nexo de causalidad entre ambos, para que nazca la obligación de indemnizar".

Cuarto.- "Infracción por aplicación indebida del artículo 1.101 del Código Civil y por no aplicación del artículo 1.214 del propio ordenamiento sustantivo, en relación con infracción, por inaplicación de las normas dimanantes de la doctrina jurisprudencial sentada en las sentencias de ese alto Tribunal de 6 de Marzo de 1.995, 6 de Abril de 1.995, 28 de Julio de 1.995, 6 de Octubre de 1.995, 7 y 10 de Noviembre de 1.995, 29 de Diciembre de 1.995 y en la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra con fecha 24 de Mayo de 1.995, entre otras muchas que en las propias resoluciones invocadas se citan".

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, por el Procurador Sr. Morales Price, en la representación que ostentaba de la parte recurrida, se presentó escrito impugnando el mismo.



QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes personadas la celebración de vista pública, se señaló para al votación y fallo del presente recurso, el día VEINTINUEVE de MAYO, a las 10,30 horas, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **PEDRO GONZÁLEZ POVEDA**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- como fundamento de la pretensión indemnizatoria actuada en estos autos frente a Don Bruno , 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 1.989, María Luisa , de 40 años de edad, madre de tres hijos, que había tenido un aborto espontáneo en el mes de Enero de 1.989, acudió a la consulta de Don Bruno , quien comprobó que la paciente se hallaba embarazada de dos meses y medio; transcurrido el periodo de gestación, durante el cual la Sra. María Luisa fue atendida por el doctor Bruno , aquella dió a luz el día 9 de Octubre de 1.989, 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 Donato y Doña María Luisa 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. María Luisa acudió al Dr. Bruno 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. Bruno , diciéndole que no se preocupara que todo iba normal. Así se lo expresó tanto a la Sra. María Luisa como a su esposo el Sr. Donato , a este último en conversaciones que ocasionalmente habían tenido en el bar que éste regentaba, al cual acudió en alguna ocasión el Sr. Bruno .

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 aquella de la facultad de optar por acudir a la interrupción del embarazo dentro del plazo legal permitido.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso, acogido al ordinal 3º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, provocando indefensión a la parte, por inaplicación de los artículos 504 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por violación, por aplicación indirecta en forma indebida de los artículos 862 y/o 863.2º de la misma Ley.

Tal infracción entienden los recurrentes se cometió por la Sala de instancia al acordar traer a los autos, en calidad de mejor proveer y mediante expreso requerimiento a la parte apelante, de las facturas y presupuestos acreditativos de lo que pudiera representar el importe de los daños y perjuicios por dicha parte reclamados en la demanda, documentos que tal parte ni aportó con la misma, ni invocó tan siquiera en la fase declarativa del proceso. Tal planteamiento del motivo pone de manifiesto la improcedencia del mismo al no guardar los preceptos que se dicen conculcados relación alguna con la facultad que a los Juzgados y Tribunales de instancia atribuye el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, facultad que es, en realidad, la que se pretende discutir en el motivo y que, como reconoce la parte recurrente, no es recurrible, falta de recurribilidad que pretende eludirse en el motivo por esta artificiosa vía. En consecuencia se desestima el motivo.

TERCERO.- El motivo segundo, al amparo del artículo 1.692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia violación, por aplicación indebida del artículo 1.101 del Código Civil. Dice la sentencia de 19 de Febrero de 2.000 en cuanto al artículo 1.101 que "es doctrina reiterada de esta Sala (sentencias de 30 de Enero de 1.993, 6 de Octubre de 1.995, 22 de Febrero y 29 de Septiembre de 1.997) que el precepto citado, al limitarse a enumerar las causas que hacen surgir el deber de indemnizar daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, no puede servir, dada la generalidad de su contenido, para fundamentar un recurso de casación por transgresión de la norma en él contenida, a no ser que se armonice con los específicos que, para cada uno de los supuestos concretos, establece el Código Civil", cita de esos preceptos específicos que no se hace en el motivo que, por ello, ha de ser desestimado.

CUARTO.- El motivo tercero, con el mismo amparo procesal que el anterior, denuncia violación, por aplicación indebida del mismo artículo 1.101 del Código Civil, en conexión con violación, por no aplicación, de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que cita. Se dice en la fundamentación del motivo que aún y cuando



se considerara que la falta de información que la sentencia recurrida imputa al Dr. Bruno , pudiera integrar, en alguna forma, una figura de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, la inexistencia de daño real y la falta de relación causal entre el que pudiera estimarse producido y tal tipo de incumplimiento obligacional impediría la aplicación del deber de indemnizar daños y perjuicios.

No obstante lo dicho en el anterior fundamento de esta resolución sobre la falta de idoneidad del artículo 1.101 del Código Civil, la Sala entra a examinar este motivo al alegarse conjuntamente infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias que se citan.

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, 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.

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 2.001 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, 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. María Luisa 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.

La estimación de este tercer motivo determina, sin necesidad de entrar en el examen el cuarto, la casación y anulación de la sentencia recurrida así como la revocación de la de primera instancia, lo que, a su vez, lleva a la desestimación de la demanda.

QUINTO.- La desestimación de la demanda comporta la condena en costas de los actores, de acuerdo con el artículo 523.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No procede hacer especial condena en las costas causadas en los recursos de casación y de apelación, a tenor de los artículos 1.715.3 y 710.2 de la citada Ley.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Don Bruno y la entidad mercantil Previsión Popular de Seguros, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona de fecha diecisiete de Octubre de mil novecientos noventa y seis, que casamos y anulamos. Y, con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Figueras de fecha treinta de Mayo de mil novecientos noventa y cinco, debemos declarar y declaramos no haber lugar a la demanda formulada por Don Donato , Doña María Luisa y Don Pedro Antonio contra los aquí recurrentes a quienes absolvemos de la misma. Con expresa condena a los actores de las costas de primera



instancia, sin perjuicio del beneficio de justicia gratuita que tienen reconocido. Sin hacer expresa condena en las costas causadas en los recursos de apelación y de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con remisión de los autos y rollo de apelación recibidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Ignacio Sierra y Gil de la Cuesta.- **Pedro González Poveda**.- Antonio Gullón Ballesteros. Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro González Poveda**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

**Gleitman v. Cosgrove**

**49 N.J. 22 (1967)**

**227 A.2d 689**

JEFFREY ROBERT GLEITMAN, AN INFANT BY HIS GUARDIAN AD LITEM, IRWIN GLEITMAN AND SANDRA GLEITMAN, PLAINTIFFS-APPELLANTS, v. ROBERT COSGROVE, JR. AND JEROME DOLAN, DEFENDANTS-RESPONDENTS.

**The Supreme Court of New Jersey.**

Argued November 21, 1966.

Decided March 6, 1967.

\*23 Mr. Louis Santorf argued the cause for appellants (Mr. Leon A. Consales, attorney).

Mr. John W. Griggs argued the cause for respondents (Messrs. Morrison, Lloyd & Griggs, attorneys).

\*24 The opinion of the court was delivered by PROCTOR, J.

This is a malpractice suit for money damages. The trial judge dismissed the complaint of the infant plaintiff at the close of plaintiffs' case, and dismissed the complaints of his father and mother after all the evidence was heard. The appeal was certified to this Court on its own motion pursuant to R.R. 1:10-1(a) prior to argument in the Appellate Division.

The first count of the complaint is on behalf of Jeffrey Gleitman, an infant, for his birth defects. The second count is by his mother, Sandra Gleitman, for the effects on her emotional state caused by her son's condition. And the third count is by his father, Irwin Gleitman, for the costs incurred in caring for Jeffrey. Defendants, Robert Cosgrove, Jr. and Jerome Dolan, are physicians specializing in obstetrics and gynecology engaged together in the practice of medicine in Jersey City.

Sandra Gleitman consulted defendants on April 20, 1959. She was examined by Dr. Robert Cosgrove, Jr. and found by him to be two months pregnant. She informed him that on or about March 20, 1959 she had had an illness diagnosed as German measles. Mrs. Gleitman testified that Dr. Cosgrove, on receipt of this information and on inquiry by her, told her that the German measles would have no effect at all on her child.

For the next three months Mrs. Gleitman received her prenatal medical care from the army doctors at Fort Gordon, Georgia where her husband was stationed. She informed the army doctors about the German measles she had had in her early pregnancy, and they instructed her to ask her regular physician about this when she returned home.

She next consulted defendants in July at which time she saw Dr. Dolan. Mrs. Gleitman testified that she repeated her inquiry about the effects of German measles and again received a reassuring answer. These inquiries and answers occurred on each of her subsequent monthly visits.

\*25 On November 25, 1959 Mrs. Gleitman was delivered of a boy, Jeffrey, at the Margaret Hague Maternity Hospital in Jersey City. Although at first the baby seemed normal, a few weeks later the substantial defects which Jeffrey has in sight, hearing, and speech began to become apparent. He has had several operations which have given him some visual capacity, and he attends a special correctional institute for blind and deaf children. His physical condition, which is seriously impaired, is not in dispute on this appeal.

Plaintiffs' medical expert, Dr. Louis Fraulo, gave his opinion that Jeffrey's condition was causally related to the viral disease of German measles which Mrs. Gleitman had in March. Dr. Fraulo testified that women who have German measles in the first trimester of their pregnancy will produce infants with birth defects in 20 to 50 per cent of the cases. Dr. Fraulo further stated that a physician who finds pregnancy and is given a history of German measles occurring during the term of pregnancy should inform his female patient of the likelihood of birth defects. In answer to a hypothetical question based on Mrs. Gleitman's testimony, Dr. Fraulo stated that defendants had deviated from generally accepted medical standards by not informing their pregnant patient of the likelihood of birth defects. A patient so informed, Dr. Fraulo testified, could then decide whether to bear the baby or have the pregnancy terminated by an abortion.

Dr. Robert Cosgrove, Jr. agreed that Mrs. Gleitman had consulted him for her pregnancy on April 20, 1959 and had thereafter been the patient of Dr. Dolan and himself until November 25, 1959 when Jeffrey was born. He further agreed that the history given him had included the illness of German measles in March, and acknowledged that his duty as a physician required him to inform his patient of the possibility of birth defects. He testified, however, that in the presence of Dr. Samuel Cosgrove, since deceased, and a woman who appeared to be the mother of Mrs. Gleitman, he told his patient of a 20 per cent chance her baby would have some defect. He \*26 also stated that he informed her that some doctors would recommend and perform an abortion for this reason, but that he did not think it proper to destroy four healthy babies because the fifth one would have some defect.

Dr. Dolan testified that Mrs. Gleitman, whom he first saw in July when in any event it was too far along in the pregnancy for a medically safe abortion, had never asked him about the effects of German measles, and that he had never mentioned these effects to her. Dr. Dolan, as well as Dr. Edward C. Waters, who was called as an expert for defendants, agreed that a physician had the duty of informing his patient as to the likelihood of birth defects which they both estimated would occur in some 20 to 25 per cent of the cases where a female has German measles in the first trimester of her pregnancy.

The theory of plaintiffs' suit is that defendants negligently failed to inform Mrs. Gleitman, their patient, of the effects which German measles might have upon the infant then in gestation. Had the mother been so informed, plaintiffs assert, she might have obtained other medical advice with a view to the obtaining of an abortion. Plaintiffs do not assert that Mrs. Gleitman's life or health was in jeopardy during the term of her pregnancy.

As noted above the trial judge dismissed the three counts without submitting any of them to the jury. The claim of infant plaintiff was dismissed for failure to show that acts of the defendants were the proximate cause of Jeffrey's condition, and the claims by his mother and father were dismissed because the trial judge believed the suggested abortion would be criminal in New Jersey under N.J.S. 2A:87-1.

Because the complaint was dismissed on motion for judgment by defendants, the testimony on behalf of plaintiffs together with all reasonable inferences therefrom will be assumed to be true. The motion for judgment of dismissal concedes for purposes of the motion the truth of plaintiffs' evidence. *Melone v. Jersey Central Power & Light Co.*, 18 N.J. 163, 170 (1955). Specifically, on this appeal we must take it \*27 to be the fact that Dr. Cosgrove, Jr. affirmatively misled Mrs. Gleitman on April 20, 1959 by telling her that the German measles she had in March would have no effect at all on her child then in gestation (despite the conflict in the evidence on this point).

For our discussion of this case we will assume that somehow or somewhere Mrs. Gleitman could have obtained an abortion that would not have subjected participants to criminal sanctions, and that she did not do so because she relied on the incorrect advice of the defendants.

At the outset it must be clearly understood that there is no suggestion by plaintiffs that defendants could have ordered any therapy whether surgery, drugs or otherwise which would have decreased the possibility that the infant then in gestation would be born with birth defects. The present case is sharply different from those cases where a deviation from standard medical practice affects the chances that an infant will be born with birth defects. In *Sylvia v. Gobeille*, R.I., [220 A.2d 222](#) (Sup. Ct. 1966), plaintiff alleged that defendant physician should have given her mother gamma globulin when the mother consulted him for German measles which she had while pregnant. It was alleged that this therapy would have decreased the likelihood that plaintiff would be born with physical defects. In the present case there is no allegation that gamma globulin or any other therapy might have helped.[1]

The right of an infant to sue for prenatal torts was established in this State by *Smith v. Brennan*, 31 N.J. 353 (1960), where a child in gestation received injuries when his mother was in an automobile accident:

"The semantic argument whether an unborn child is 'a person in being' seems to us to be beside the point. There is no question that conception sets in motion biological processes which if undisturbed \*28 will produce what every one will concede to be a person in being. If in the meanwhile these processes can be disrupted resulting in harm to the child when born, it is immaterial whether before birth the child is considered a person in being. And regardless of analogies to other areas of the law, justice requires that the principle be recognized that a child has a legal right to begin life with a sound mind and body." *Id.*, 31 N.J., at p. 364.

An essential part of the cause for action set forth in *Smith v. Brennan* is the "disruption" or proximate cause of injury by act of commission or omission which results in impairment to what otherwise would be a normal healthy child. In the present case there is no contention that anything the defendants could have done would have decreased the likelihood that the infant would be born with defects. The conduct of defendants was not the cause of infant plaintiff's condition.



The infant plaintiff is therefore required to say not that he should have been born without defects but that he should not have been born at all. In the language of tort law he says: but for the negligence of defendants, he would not have been born to suffer with an impaired body. In other words, he claims that the conduct of defendants prevented his mother from obtaining an abortion which would have terminated his existence, and that his very life is "wrongful."

The normal measure of damages in tort actions is compensatory. Damages are measured by comparing the condition plaintiff would have been in, had the defendants not been negligent, with plaintiff's impaired condition as a result of the negligence. The infant plaintiff would have us measure the difference between his life with defects against the utter void of nonexistence, but it is impossible to make such a determination. This Court cannot weigh the value of life with impairments against the nonexistence of life itself. By asserting that he should not have been born, the infant plaintiff makes it logically impossible for a court to measure his alleged damages because of the impossibility of making the comparison required by compensatory remedies. As a recent commentator put the matter:

\*29 "[N]o comparison is possible since were it not for the act of birth the infant would not exist. By his cause of action, the plaintiff cuts from under himself the ground upon which he needs to rely in order to prove his damage." Tedeschi, "On Tort Liability for 'Wrongful Life,'" 1 Israel L. Rev. 513, 529 (1966).

The two cases from other states which have considered the theory of action for "wrongful life" were brought by illegitimate children for damages caused by their birth out of wedlock, and in both cases policy reasons were found to deny recovery. *Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill. App.2d 240, 190 N.E.2d 849 (App. Ct. 1963), cert. denied 379 U.S. 945, 85 S. Ct. 444, 13 L. Ed. 2d 545 (1964), and *Williams v. State of New York*, 18 N.Y.2d 481, 276 N.Y.S.2d 885, 223 N.E.2d 343 (Ct. App. 1966).

We hold that the first count of the complaint on behalf of Jeffrey Gleitman is not actionable because the conduct complained of, even if true, does not give rise to damages cognizable at law.

The mother and father stand in a somewhat different position from the infant. They are equally subject to the factual circumstance that no act by the defendants could have decreased the likelihood that the infant would be defective. However, Mrs. Gleitman can say that an abortion would have freed her of the emotional problems caused by the raising of a child with birth defects; and Mr. Gleitman can assert that it would have been less expensive for him to abort rather than raise the child.

A considerable problem is raised by the claim of injury to the parents. In order to determine their compensatory damages a court would have to evaluate the denial to them of the intangible, unmeasurable, and complex human benefits of motherhood and fatherhood and weigh these against the alleged emotional and money injuries. Such a proposed weighing is similar to that which we have found impossible to perform for the infant plaintiff. When the parents say their child should not have been born, they make it impossible \*30 for a court to measure their damages in being the mother and father of a defective child.

Denial of the claim for damages by adult plaintiffs is also required by a close look at exactly what it is they are here seeking. The thrust of their complaint is that they were denied the opportunity

to terminate the life of their child while he was an embryo. Even under our assumption that an abortion could have been obtained without making its participants liable to criminal sanctions, substantial policy reasons prevent this Court from allowing tort damages for the denial of the opportunity to take an embryonic life.

It is basic to the human condition to seek life and hold on to it however heavily burdened. If Jeffrey could have been asked as to whether his life should be snuffed out before his full term of gestation could run its course, our felt intuition of human nature tells us he would almost surely choose life with defects as against no life at all. "For the living there is hope, but for the dead there is none." Theocritus. See Ryan (M.D.), "Humane Abortion Laws and the Health Needs of Society," 17 West. Res. L. Rev. 424, 428-430 (1965); and for a recent statement on "the rights of the fetus" see Conniff, "The World of the Unborn," The New York Times, January 8, 1967, § 6 (Magazine), pp. 97-98.

The right to life is inalienable in our society. A court cannot say what defects should prevent an embryo from being allowed life such that denial of the opportunity to terminate the existence of a defective child in embryo can support a cause for action. Examples of famous persons who have had great achievement despite physical defects come readily to mind, and many of us can think of examples close to home. A child need not be perfect to have a worthwhile life.

We are not faced here with the necessity of balancing the mother's life against that of her child. The sanctity of the single human life is the decisive factor in this suit in tort. Eugenic considerations are not controlling. We are not talking here about the breeding of prize cattle. It may have been \*31 easier for the mother and less expensive for the father to have terminated the life of their child while he was an embryo, but these alleged detriments cannot stand against the preciousness of the single human life to support a remedy in tort. Cf. Jonathan Swift, "A Modest Proposal" in Gulliver's Travels and Other Writings, 488-496 (Modern Library ed. 1958).

Though we sympathize with the unfortunate situation in which these parents find themselves, we firmly believe the right of their child to live is greater than and precludes their right not to endure emotional and financial injury. We hold therefore that the second and third counts of the complaint are not actionable because the conduct complained of, even if true, does not give rise to damages cognizable at law; and even if such alleged damages were cognizable, a claim for them would be precluded by the countervailing public policy supporting the preciousness of human life.

In the view we have taken of the case we need not consider whether the abortion which plaintiffs were denied the opportunity to obtain would have been illegal. Our statute provides criminal sanctions for abortions which are performed "without lawful justification." N.J.S. 2A:87-1 and see N.J.S. 2A:170-76. The only justification so far held lawful by our courts is preservation of the mother's life. *State v. Shapiro*, 89 N.J.L. 319 (E. & A. 1916); *State v. Brandenburg*, 137 N.J.L. 124 (Sup. Ct. 1948). It may well be that when a physician performs an abortion because of a good faith determination in accordance with accepted medical standards that an abortion is medically indicated, the physician has acted with lawful justification within the meaning of our statute and has not committed a crime. See § 207.11 Model Penal Code, comment 4, 153-154 (Tent. Draft No. 9 1959), and cf. *Sanitary Vendors, Inc. v. Byrne*, 40 N.J. 157 (1963).

For the foregoing reasons the judgment of the trial court dismissing the three counts of the complaint is affirmed.

\*32 FRANCIS, J. (concurring).

I concur in the opinion of Justice Proctor, except that I prefer to deal more specifically with the problem of criminality of a eugenic abortion of the type involved in this case.

It may be noted that the dismissal of the suit as to the adult plaintiffs in the trial court did not take place at the close of the plaintiffs' proof. The factual defense was presented, and thereafter defendants' motion to dismiss was granted. Thus on one side of the controversy we have Mrs. Gleitman's assertion (1) that she told Dr. Cosgrove of her experience with German measles (rubella) when she first consulted him about her pregnancy, (2) that she inquired of Dr. Cosgrove on that occasion and thereafter whether her child would be defective as a result of the disease, and (3) that he and later Dr. Dolan assured her there was nothing to be concerned about, the child would not be affected. On the other side, we have Dr. Cosgrove's testimony that when Mrs. Gleitman informed him of the rubella, he advised her that the incidence of damage to babies of mothers who had the disease in the early stages of their pregnancy was about 20%. He said also that he told her there were places where abortions were performed for that reason, but that he did not consider it proper to handle obstetrics cases in that way; he did not think that in order to eliminate one baby who might be deformed, the destruction of four more babies who might be perfectly normal was "a very reasonable way to conduct the practice of medicine." Not only did he make it plain that he would not do such an abortion, but he also testified that in his view the operation would be criminal in New Jersey and in every other state as well.

On this appeal, as Justice Proctor pointed out, the issue of credibility between Mrs. Gleitman and the doctors is not before us. The defense version of the affair is mentioned primarily because of its bearing on another aspect of the case to be discussed hereafter. The narrow question presented to this Court for decision is: assuming the truth of Mrs. Gleitman's testimony, does the law recognize a cause of action against a \*33 doctor who fails to tell a pregnant wife who has had rubella in the first trimester of her pregnancy that her child may be defective, and who fails to tell her she may elect to have an abortion performed by him under proper auspices or, if he will not do so, by another physician who is not opposed to the operation, or in some other state or country where such operations are sanctioned. If there is such a legally cognizable claim against the doctor, then the trial court's judgment must be reversed and the case remanded for trial by a jury which will resolve the matter of credibility between the disputants.

I

Under the existing statute, N.J.S. 2A:87-1, it is a crime to commit an abortion "without lawful justification." Plaintiff Mrs. Gleitman contends that contraction of German measles during the first trimester of her pregnancy constituted lawful justification for the destruction of her child in this State by a New Jersey doctor. She claims further that even if this type abortion is criminal in this State, it was malpractice for Doctors Cosgrove and Dolan not to advise her that as a result of the rubella her child might be defective and that in such cases it is or may be possible in some states or countries to obtain an abortion. Resolution of these problems requires a study of the background of our abortion law.

The statutory crime of abortion had its origin in 1849. See L. 1849, p. 266, which became effective on March 1, 1849. The act said:

"That if any person or persons, maliciously or without lawful justification, with intent to cause and procure the miscarriage of a woman then pregnant with child, shall administer to her, prescribe for her, or advise or direct her to take or swallow any poison, drug, medicine, or noxious thing; and if any person or persons maliciously, and without lawful justification, shall use any instrument, or means whatever, with the like intent \* \* \* shall, on conviction thereof, be adjudged guilty of a high misdemeanor; and if the woman die in consequence thereof, shall be punishable by fine, not exceeding one thousand dollars, or imprisonment at hard labour for any term not exceeding fifteen years, or both; and if the woman doth not die in consequence thereof, such offender shall, on conviction thereof, be adjudged guilty of a misdemeanor, \*34 and be punished by fine, not exceeding five hundred dollars, or imprisonment at hard labour, for any term not exceeding seven years, or both."

The impetus for the legislative action is interesting and significant. Abortion was a crime at common law, but guilt was subject to certain exceptions. During 1848 or early 1849 one Cooper was indicted for abortion. The Supreme Court quashed the indictment because under the common law the crime was not present unless the child was quick within the mother's womb when the abortion was committed. The court said the offense was against the life of the child, and in contemplation of law life commenced "at the moment of quickening, at that moment when the embryo gives the first physical proof of life." [1] Since there was no quickening, there was no life to be destroyed and consequently the defendant could not be convicted. The Chief Justice, who wrote the opinion, suggested that if the good of society required elimination of the evil of prequickening abortion he supposed it was "far better than it should be done by legislative enactments" rather than by judicial extension of the common law penal code. And he said the court deemed it "unwise upon this subject to occupy debatable ground." *State v. Cooper*, 22 N.J.L. 52 (Sup. Ct. 1849). [2]

\*35 The response of the Legislature, once it foresaw the result in *Cooper*, was galvanic. The statute quoted above was enacted even before the court announced its decision. The requirement for quickening of the fetus as an indispensable element of the crime was eliminated. Causing "the miscarriage of a woman then pregnant with child \* \* \* without lawful justification" was established as the criminal offense. In 1872 a change was made in the act. The original statute declared that if the woman died as the consequence of the abortion, one penalty would follow; if she did not die, a lesser penalty was specified. The 1872 supplement provided for a certain penalty if the woman or child died; and a lesser one if neither died. Since that time there has been no change of substance in the description of the offense. The 1952 revision of the Crimes Act, which put the statute in its present more concise form, eliminated only a redundancy in the description of the crime. Whereas the earlier laws spoke of causing or procuring the miscarriage of "a woman then pregnant with child," the revision put the crime in terms of causing or procuring "the miscarriage of a pregnant woman." N.J.S. 2A:87-1. However, the revision continued in force the provision for more severe punishment if the "woman or child shall die" as a consequence of the abortion.

The 1849 act and the subsequent legislative treatment reveal an unquestionable intention to enlarge the scope of the common law crime of abortion. An equally obvious purpose was to enlarge the protection offered by the common law so as to include the embryo or fetus en ventre

sa mere. The references to "pregnant with child" and to the more severe penalties if the mother or child died from an abortion have deep significance. Obviously the pregnancy contemplated by the Legislature was the condition which begins at the moment of conception and terminates with delivery of the child. *State v. Loomis*, 90 N.J.L. 216 (E. & A. 1916). The lawmakers were saying as a matter of public policy that the moment the womb becomes instinct with embryonic life, it \*36 should be unlawful to interrupt the ordinary development of that life "without lawful justification" (of which more later). In my judgment, the most important consequence of the statute is the legislative recognition and sequential incorporation in the law of the principle that the child as a legal entity begins at conception; as of that time it has a legal existence as a separate entity, as distinguished from a mere part of its mother's body. Distinctions based upon physical status during gestation such as embryo, fetus and viability lost their earlier impact on the crime of abortion. It was not until relatively recent years that the judiciary became aware of the full portent of the legislation.

The former Supreme Court in *Cooper* commented that for many purposes in the law of property and inheritance, the child in utero had been considered in being. But the Court felt itself bound by the common law precedent requiring the fetus to be quick before it could be considered legally in being for administration of the criminal law of abortion. The immediate response of the Legislature in 1849 to the circumstances of *Cooper* makes plain its design that the law should accept the child as in being from the instant of conception. Seven years ago our Court by unanimous vote gave full recognition to the principle that the unborn child at all stages of its gestative life is a legally existing entity. *Smith v. Brennan*, 31 N.J. 353 (1960).[3]

Rather extensive research satisfies me that at common law the only defense to an indictment for abortion was that destruction of the fetus was reasonably believed by the operating \*37 physician to be necessary to preserve the mother's life.[4] Although there is no New Jersey case expressly stating this rule, Chief Justice Case speaking for the former Supreme Court in *State v. Brandenburg*, 137 N.J.L. 124, 126-127 (1948), in sustaining an abortion conviction rejected the contention that the following jury charge was erroneous:

"Lawful justification is used in the sense of necessity. It is a defense that the destruction of the child's life was necessary to save that of the mother, but it should be remembered that necessity of this class must be strictly limited. The right can only be exercised in extremity."

The Court found it "unnecessary to consider whether under our statute and the construction thereof given by our courts threatened impairment of a woman's health, as distinguished from the saving of her life, constitutes lawful justification."

Weighty corroboration for the view that the only defense at common law to the charge of causing an abortion was that it was done to save the life of the mother is to be found historically in the action taken by legislatures throughout the country. Since the early 1800's 46 states have adopted statutes making abortions criminal unless performed to save the mother's life. Seven states added, as another justification, aborting to save the life of the child. A few states and the District of Columbia sanction as a defense that the abortion was necessary to preserve the health of the mother or to prevent \*38 serious and permanent bodily injury. Four states, including New Jersey, provide no specific exception to the general prohibition against abortion. Annotation, Tentative Draft, Model Penal Code, *supra*, at pp. 152-153; George, "Current Abortion Laws: Proposals and Movements for Reform," 17 W. Res. L. Rev. 371, 375-376 (1965). These four speak in terms of

"unlawful" abortion, "unlawfully" performing acts intended to cause abortion, and in New Jersey, as set forth earlier, the prohibition is against committing the abortion "without lawful justification."

In an area of the criminal law such as an abortion statute, which is so intimately related to public policy, ethics and morals, the nature of the offense prohibited depends strictly upon the language employed by the Legislature. And the intention conveyed and intended to be conveyed by the language must be determined in the ambiance of the time of its use, here 1849. At that time the only defense acceptable to the common law was that the abortion was performed to save the life of the mother. To me, therefore, it is inescapable that when the Legislature incorporated the words "without lawful justification" in its description of the crime, the justification intended was the only one then recognized, i.e., to save the life of the mother. See Perkins, Criminal Law, supra, pp. 106-107. Moreover, the exception in its precise terms remained unchanged through the 1872 supplement and the 1898 and 1952 revisions of the Crimes Act. Also, it should be recalled that in *State v. Brandenburg*, supra, which was decided in 1948, the Supreme Court declined to hold or to give any indication that an abortion performed not to save the life of the mother, but for some reason pertaining to her health, would be within the statutory excuse. And, although not of overwhelming import, it is of some significance that after *Brandenburg* the Legislature did not in the ensuing years, particularly in the 1952 revision, enlarge the long-standing meaning of "without lawful justification."

It is a cardinal principle of statutory construction that the enactment under consideration must be viewed and interpreted \*39 in the light of the contemporary scene at the time the Legislature acted. No one, even the most sincere advocate of enlargement of the perimeter of justifiable cause for abortion, would suggest that the 1849, 1872 or 1952 Legislatures had in mind sanctioning eugenic abortions. The tenet referred to finds generally accepted expression in 50 Am. Jur. Statutes, § 236 (1944, Supp. 1966) to the effect that there is a tendency to construe the language of a statute in the light in which it may appear to a particular judge when his construction is to be given. But

"\* \* \* such an approach to the question is erroneous. Since, in determining the terms of a statute, the aim is to discover the connotation which the legislature attached to the words, phrases, and clauses employed, the words of a statute must be taken in the sense in which they were understood at the time when the statute was enacted, and the statute must be construed as it was intended to be understood when it was passed."

This statement accords with the long-standing sentiment of the New Jersey courts. For example, the former Court of Errors and Appeals in *Crater v. County of Somerset*, 123 N.J.L. 407, 413 (1939), said:

"It suffices to add that we are under a duty to refer to the history of the times `to ascertain the reason for, and the meaning of the provisions of a statute, and to the general state of opinion, public, judicial and legislative, at the time of enactment. And the unmistakable evidence of such contemporaneous circumstances of the intention of the legislature should govern the construction of a statute whose terms are left doubtful by its language, and whose object is the correction of an abuse."

See also, *Magierowski v. Buckley*, 39 N.J. Super. 534, 553-554 (App. Div. 1956); and especially *Carlo v. Okonite-Callender Cable Co.*, 3 N.J. 253, 265 (1949), where this Court said:

"It is well established \* \* \* that statutes are to be construed with reference to the common law and that a statute which is claimed to \*40 impose a duty or establish a right [or a justification] which was not recognized by the common law will be strictly interpreted to avoid such asserted change. To effectuate any change in the common law the legislative intent to do so must be clearly and plainly expressed." (Bracketed words added)

The sum of all the above is that in my judgment the "without lawful justification" exception applies only when the death of the mother can be reasonably anticipated to result from natural causes unless the child is destroyed. Additionally it means that I do not believe judges have a roving commission to pour into an exception in a penal statute volatile content which is plainly at odds with the original legislative intention, because of personal beliefs that eugenic considerations ought to provide justifiable cause for abortion. Our duty in this highly charged public policy area is to say what the law is and not what we think it ought to be. What it ought to be is a matter for the legislative branch of the government, and we must assume that branch will be conscientiously responsive to the requirements of public health and welfare, and the social and economic exigencies of the times. If it is not as responsive as the people believe contemporary life demands, the remedy rests with them and not with the courts.

No one claims an abortion was necessary to save Mrs. Gleitman's life. In fact the uncontradicted testimony is to the contrary. Thus, destruction of the fetus because of the previous rubella would have been a crime, as Dr. Cosgrove conceived it to be. Furthermore, it would have been a crime in all of our sister states where preservation of the life of the mother is the only warrant for an induced miscarriage. And even if Dr. Cosgrove, believing in good faith that such an interruption of pregnancy was lawful, had performed the operation or arranged for some other New Jersey doctor to do so, he would have been guilty of the criminal offense. Cf. *Adams v. State*, 200 Md. 133, 88 A.2d 556 (Ct. App. 1952); *State v. Ellrich*, 10 N.J. 146 (1952).

\*41 II

In seeking some support for the argument that the 1849 Legislature intended "lawful justification" for an abortion to include preservation of the health of the mother as well as her life, reference is made to *State v. Murphy*, 27 N.J.L. 112, 114-115, where in 1858, nine years after adoption of the statute, the Supreme Court said:

"\* \* \* The design of the statute was not to prevent the procuring of abortions, so much as to guard the health and life of the mother against the consequences of such attempts."

If the court meant to suggest that the only purpose of the 1849 act was to protect the life and health of the mother, I disagree. There is nothing in the legislative language to support that idea. It seems to me there were two objectives, of at least equal importance. One was to provide greater protection for the child in utero than was given under the common law. To accomplish this, the safeguard against abortion was moved backward from the time when the child became quick, to the moment of conception. Important sequelae have flowed directly or indirectly from this change, the most recent of which may be found in the *Smith v. Brennan* view of this Court that the unborn child exists as a legal entity from the moment of conception. The second objective was to furnish



additional protection for the life and health of the mother by establishing the criminal liability for the abortionist as of the beginning of the pregnancy. This broader view of the aim of the 1849 law seems to have been the opinion of this Court in *State v. Siciliano*, 21 N.J. 249, 258 (1956), and *In re Vince*, 2 N.J. 443 (1949).

Whatever the merit of the statement in *State v. Murphy*, it supplies no basis for plaintiffs' claim that "lawful justification" for an abortion was intended by the 1849 act to include preservation of the health of the mother as well as to save her life. It is perfectly clear that the *Murphy* court in referring to the purpose of the statute, in making abortion a \*42 crime if committed at any time during the period of gestation, as being to protect the life and health of the mother, was talking about safeguarding the mother from the possible dangerous consequences of an abortion. It was not intimating a view that the statute was intended to protect her from the consequences of her pregnancy beyond the safeguard provided by the common law, i.e., if her life came into danger from the pregnancy she could be aborted without criminal liability for the abortionist. There is no inconsistency between these ideas or purposes. The statute recognized the dangers to life and health associated with abortion attempts, and in the public interest made such attempts, successful or otherwise, criminal. But, it accepted also the sensible common law attitude that occasionally, when a condition arising out of the pregnancy puts the mother's life in danger, the individual interest in safeguarding life must be regarded as paramount and the public policy against abortion subordinate. In this event the bar against abortion vanishes.

At times the line of demarcation between danger to life and danger to health from the pregnancy may be a shadowy one. In such case the honest expertise of the medical profession must be relied upon, and where the credibility of the operating physician is in issue, the decision as to whether he reasonably believed the woman's life was in danger ordinarily will be left to the jury. In this connection the Iowa Supreme Court said, "It [is] not essential that the peril to life should be imminent. It [is] enough that it be potentially present, even though its full development might be delayed to a greater or less extent. Nor [is] it essential that the doctor should believe that the death of the patient would be otherwise certain in order to justify him in affording present relief." *State v. Dunkleberger*, 206 Iowa 971, 221 N.W. 592, 596 (1928). Compare *Rex v. Bourne*, supra, which should not be regarded as a very worthwhile precedent. Both court and physician subverted the phrase "solely for the protection of the life of the woman" to serve the sympathetic expediency of the case. *Quay*, "Justifiable Abortion Medical and Legal \*43 Foundations," 49 *Geo. L.J.* 395 (1961); and cf. *State v. Gunther*, 169 S.W.2d 404 (Mo. Sup. Ct. 1943); *State v. Rudman*, 126 Me. 177, 136 A. 817 (Sup. Jud. Ct. 1927); *Hatchard v. State*, 79 Wis. 357, 48 N.W. 380 (Sup. Ct. 1891); *Commonwealth v. Wheeler*, 315 Mass. 394, 53 N.E.2d 4 (Sup. Jud. Ct. 1944).

Suppose we assume for purposes of the present case that "lawful justification" for destroying the child includes danger to the mother's health from the pregnancy is plaintiffs' alleged cause of action in any better position? The uncontradicted medical proof is that Mrs. Gleitman enjoyed good health through the full period of her pregnancy and the delivery of the child. Doctors Cosgrove and Dolan testified that she had a normal and uneventful period of gestation and delivery. Neither she nor any doctor testified to the existence of any adverse health condition which would justify the therapy of an abortion. Consequently, even if serious danger to the mother's health from the pregnancy itself or from the effect of the pregnancy prior to a full term delivery or some other physical or mental disability were to be regarded as within the statutory justification, the thesis would not be applicable here. And no case so holding has been furnished to us from any one of the few of our sister states whose statutes accept serious health problems of

the mother as a basis for abortion. Even in Massachusetts, where judicial construction has excluded from the "unlawful" category an abortion necessary to save a woman "from great peril to her life or health" (*Commonwealth v. Brunelle*, 341 Mass. 675, [171 N.E.2d 850](#) (1961)), no decision indicates that the circumstances present here would justify the operation.[5]

\*44 During the trial and on this appeal plaintiffs refer to the operation, which they say Mrs. Gleitman was entitled to have, as a "therapeutic" abortion. Obviously that is a misnomer. A therapeutic abortion is an induced interruption of a pregnancy, the continuance of which will jeopardize the life or health of the mother. *Schmidt's Attorney's Dictionary of Medicine* (Matthew Bender & Co., Inc., 1965) 1966 Supplement p. 159; *Maloy, Medical Dictionary for Lawyers* (2d ed. 1951. Callaghan & Co.) p. 5; *Application of Grand Jury of County of Kings*, 286 App. Div. 270, 143 N.Y.S.2d 501 (App. Div. 1955).

A termination of pregnancy of the type involved in this case is described properly in the Chief Justice's dissent as a eugenic abortion. Eugenics is the science which addresses itself to improving the stock, whether human or animal; to means and methods of improving the physical and mental qualities of future generations by control of mating and reproduction. *Schmidt's*, supra, p. 284. In the context of a case like the present one, a eugenic abortion would be one based on the probability or possibility that the fetus may be born in a mentally or physically abnormal condition. No American statute authorizes such an abortion. George, *Current Abortion Laws: Proposals and Movements for Reform*, supra, p. 394. Thus it is criminal not only in New Jersey but in all of our sister states as well. Certain it is that no judicial decision has been found in this country which accepted a eugenic abortion for rubella as a defense to a criminal indictment.

In addition to the reasons already expressed for my belief that a eugenic abortion in cases of rubella is not founded in justifiable cause within the contemplation of our statute, some further explanation of the basis for my conviction that resolution of the issue should be left to the Legislature seems called for.

The effect of rubella contracted in the first trimester of a woman's pregnancy as the cause of mental or physical abnormality in the child is spoken of as if it were horrendous in \*45 degree and virtually certain in all cases. But this is not so. According to varying statements in the record, the incidence of defective children ranges from 10% to 50%, in early pregnancy rubella cases. Referring to a 1963 article entitled "Infectious Diseases During Pregnancy" which was produced while he was on the witness stand, Dr. Cosgrove said he agreed with the statement therein that most authorities "report anomalies in only ten to twenty per cent of infants whose mothers are infected during the first trimester." It seems to be undisputed generally in the medical profession that presently there is no way of telling in advance of delivery whether such a child will be defective or the extent of any defect. In any given case there appears to be no certainty, only a variable statistic. Also, in "Humane Abortion Laws and the Health Needs of Society" by Dr. Kenneth J. Ryan, Professor of Obstetrics and Gynecology at the School of Medicine of Western Reserve University, 17 W. Res. L. Rev. 424, 428-429 (1965), it is noted that "In a careful prospective study which followed the 227 infants of mothers who contracted rubella during pregnancy, the incidence of mental retardation was no different than in the general population; ninety-two per cent of the children were attending regular schools eight to eleven years after birth. Many of the defects of these children were correctible." But the proponents of eugenic abortions in first trimester rubella cases advocate destruction of every fetus to serve the variable statistics.

Moreover, congenital defects from rubella run a broad spectrum. It is certain the children are not all as disabled as the unfortunate Gleitman boy. For example, blindness may be partial or total; it may be unilateral or bilateral. In many cases the degree of impairment may be different between the two eyes, and in some, one eye may be perfectly normal while the other is impaired. See, Roy & Deutsch, "The Congenital Rubella Syndrome Ocular Pathogenesis and Related Embryology," 62 *Am. J. Ophthal.* 236, 238 (1966). The same imbalance may occur in hearing impairment. "Rubella Virus and the Human Foetus," 1965 *Brit. Med. J.* 1014, 1015; see \*46 also, Sheridan, "Final Report of a Prospective Study of Children Whose Mothers had Rubella in Early Pregnancy," 1964 *Brit. Med. J.* 536, 537-538. It might well be noted here also that in Dr. Ryan's article, *supra*, at page 429, he points out that "In this country's rubella epidemic of 1964-1965, many women were aborted with and without good evidence of risk, since other viral infections often masquerade as clinical rubella." Yet the eugenic abortion advocates would destroy every fetus when associated with an early pregnancy rubella. But the proposed Model Penal Code suggests only that an abortion be authorized when there is substantial risk that "continuance of the pregnancy" would mean that "the child would be born with grave physical or mental defect." Section 230.3 (2). (Emphasis added.)

There are doctors who feel that abortion in rubella cases represents a negative approach. They hold the view that their profession is devoted to the preservation of life, not to its destruction; that the major efforts in this field should be based on research and pointed toward prevention, not destruction. In the article in *The New York Times*, Conniff, "The World of the Unborn," referred to by Justice Proctor, it is said that "one line of research already far advanced toward success seeks a vaccine for the mother against German measles (or rubella)," p. 96.

There are many conditions and diseases of the mother which result in defective children. At one time tuberculosis was called "the most significant indication for therapeutic abortion in point of frequency" but abortion for that reason is practically nonexistent today. See, Dr. Kenneth R. Niswander, Associate Professor of Obstetrics and Gynecology at the State University of New York, "Medical Abortion Practices in the United States," 17 *W. Res. L. Rev.* 403, 416 (1965). The doctor noted "of the abortions in a recent Buffalo study, tuberculosis accounted for 33 to 50 per cent of the abortions in the 1940's, about 10 per cent in the 1950's, and none during the years 1958 to 1965." The advent of drug therapy produced this change. *Id.*, at p. 409. Cardiovascular \*47 disease in pregnant women was treated frequently in the past as a proper basis for therapeutic abortion. But "with improved prenatal care (including the significant advances recently provided by cardiac surgery), the number of women with cardiovascular disease whose life is actually in danger during pregnancy has decreased substantially." Dr. Niswander, *supra*, at page 407. In the Buffalo study referred to above, "cardiovascular indications were present in about 15 per cent of the pregnancy interruptions in the 1940's; the incidence had decreased to approximately 5 per cent in the 1950's and became practically non-existent in the 1960's." *Id.*, at page 416. I have no doubt that other instances of this kind can be found. According to Dr. Niswander, "Taussig, in his volume published in 1936, lists a myriad of medical indications for abortion. Since the publication of [his] book, there has been a gradual transition in medical thinking, and some of the diseases formerly used as indications for abortion no longer obtain." *Id.*, at page 416, citing Taussig, *Abortion, Spontaneous and Induced: Medical and Social Aspects* (1936). See also the references in *The World of the Unborn*, *supra*, pp. 96-100, to the success of fetologists in treating the fetus in utero and guarding against some birth defects thereby. As the author hopefully puts it:

"People at work on the frontiers of obstetrics foresee, by all these means, not just an end to birth defects, but actual enhancement of intelligence and improvement of the bodily organs by `genetic engineering.'" Id., at page 100.

In referring to some of the medical aspects of the problem here, I do not pretend to any professional knowledge, certainly not to any expertise. And lacking capacity to evaluate the statements in the various articles mentioned, I do not offer them as gospel. I suspect there are few judges here or elsewhere in the country who are qualified to speak authoritatively on the medical phases of the problem. But the limited judicial knowledge and the lack of assistance given \*48 by the actual record submitted are the very reasons why broadening of the scope of legally permissible abortions should be left in the hands of those who promulgated the statute, i.e., the Legislature. I am as certain as any human can be that the legislators never intended to authorize abortion simply because of rubella occurring in the first trimester of a woman's pregnancy. If abortion of that type is to be regarded as supported by justifiable cause, those public policy-makers who created the criminal offense should be regarded by the courts as having the primary right to say so. A Legislature is much better equipped to reach an informed judgment on such a controversial and emotional matter. It can study the problem by means of a committee of its own, which would seek information and advice from experts in obstetrics, gynecology and fetology. Predilections of judges in such a sensitive policy-making area of the criminal law are no substitute for educated judgment.

Under all the circumstances of this case, in my judgment it would have been a crime for Doctor Cosgrove or Dolan or any other New Jersey physician to abort the normal pregnancy of Mrs. Gleitman because she had had rubella in the first trimester of her pregnancy. Consequently, the defendants did not violate any legal duty which would make them liable in damages to her or her husband or their child, even if they failed to advise her of the possibility that her child might be defective, and that there were places where she could have an abortion performed, if she elected to do so.

Furthermore, as I suggested above, no such abortion has ever been sanctioned as lawful in any other state. The contrary appears to be the case, and even more strongly so than in New Jersey, because in all but a minimal number of states, by express statutory provision, preservation of the life of the mother is made the only excuse for abortion. But, even if there were some state or foreign country where an abortion for rubella were lawful, in the face of the present strong public policy of New Jersey against such an abortion, no cause of action for damages should be recognized in New Jersey if a \*49 local physician did not advise his patient that some such forum existed.

Accordingly for the reasons expressed by Justice Proctor, as well as the additional grounds set forth herein, I agree that the order of the trial court dismissing the plaintiffs' claims should be affirmed.

JACOBS, J. (dissenting).

When Mrs. Gleitman told her obstetricians that she had German measles (rubella), they were placed under a clear duty to tell her of its high incidence of abnormal birth. That duty was not only a moral one but a legal one as well. Cf. *Salgo v. Leland Stanford Jr. University*, [154 Cal. App. 2d 560](#), 578, 317 P.2d 170, 181 (1957); *Mitchell v. Robinson*, [334 S.W.2d 11](#), 18 (Mo. Sup.

Ct. 1960); *Natanson v. Kline*, 186 Kan. 393, [350 P.2d 1093](#), 1101, rehearing denied 187 Kan. 186, [354 P.2d 670](#) (1960); *Dowling v. Mutual Life Insurance Co. of New York*, 168 So. 2d 107, 116 (La. Ct. App. 1964), certiorari denied 247 La. 248, 170 So. 2d 508 (1965); *DiRosse v. Wein*, 24 A.D.2d 510, 261 N.Y.S.2d 623, 624, leave to appeal denied 16 N.Y.2d 487, 264 N.Y.S.2d 1030, 212 N.E.2d 447 (1965); Annot., 79 A.L.R.2d 1028 (1961). If the duty had been discharged, Mrs. Gleitman could have been safely and lawfully aborted and have been free to conceive again and give birth to a normal child. Instead she was told, according to her testimony which the majority assumes for present purposes to be true, that her child would not be at all affected. In reliance on that she permitted the pregnancy to proceed and gave birth to a child who is almost blind, is deaf and mute and is probably mentally retarded. While the law cannot remove the heartache or undo the harm, it can afford some reasonable measure of compensation towards alleviating the financial burdens. In declining to do so, it permits a wrong with serious consequential injury to go wholly unredressed. That provides no deterrent to professional irresponsibility and is neither just nor compatible with expanding principles of liability in the field of torts. See *Ekalo v. Constructive \*50 Serv. Corp. of America*, 46 N.J. 82, 93 (1965); *Falzone v. Busch*, 45 N.J. 559 (1965); *Smith v. Brennan*, 31 N.J. 353 (1960).

While the wrong was done directly to Mrs. Gleitman, in truth and reality it vitally affected her entire immediate family. Her husband's standing and injury alongside her should be self-evident since he was as intimately concerned with the pregnancy and its consequences as was his wife. See *Ekalo v. Constructive Serv. Corp. of America*, supra, 46 N.J., at p. 93. And while logical objection may be advanced to the child's standing and injury, logic is not the determinative factor and should not be permitted to obscure that he has to bear the frightful weight of his abnormality throughout life, and that such compensation as is received from the defendants or either of them should be dedicated primarily to his care and the lessening of his difficulties. Indeed, if this were suitably provided for in the ultimate judgment, the technical presence or absence of the child as an additional party plaintiff would have little significance.

I find no substantial basis for the majority's notion that it would be "impossible" for the court or jury to deal properly with the matter of compensatory damages. The plaintiffs' thesis, which a jury could reasonably accept, is that, were it not for the breach of duty, the pregnancy would have been lawfully terminated and the plaintiffs would have been spared not only the incalculable emotional distress but also the readily measurable medical and maintenance expenses causally related to the abnormality. Surely a judicial system engaged daily in evaluating such matters as pain and suffering, which admittedly have "no known dimensions, mathematical or financial" (*Botta v. Brunner*, 26 N.J. 82, 95 (1958)), should be able to evaluate the harm which proximately resulted from the breach of duty. Indeed, even if there were more evaluation complexities than are truly present here, they would not furnish any sound basis for the total denial of recovery. See *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*, [282 U.S. 555](#), 51 S. Ct. 248, 75 L. Ed. 544 (1931); *Martin v. \*51 Bengue, Inc.*, 25 N.J. 359, 373 (1957); *Jenkins v. Pennsylvania R.R. Co.*, 67 N.J.L. 331, 334 (E. & A. 1902). In the *Story Parchment Co.* case the Supreme Court expressed the following thoughts which bear emphasis here:

"Where the tort itself is of such a nature as to preclude the ascertainment of the amount of damages with certainty, it would be a perversion of fundamental principles of justice to deny all relief to the injured person, and thereby relieve the wrongdoer from making any amend for his acts. In such case, while the damages may not be determined by mere speculation or guess, it will be enough if the evidence show the extent of the damages as a matter of just and reasonable inference,

although the result be only approximate. The wrongdoer is not entitled to complain that they cannot be measured with the exactness and precision that would be possible if the case, which he alone is responsible for making, were otherwise. *Eastman Kodak Co. [of New York] v. Southern Photo Materials Co.*, [273 U.S. 359](#), 379, 47 S. Ct. 400, 71 L. Ed. 684, 691. Compare *The Seven Brothers (D.C.)* 170 F. 126, 128; *Pacific [Steam Whaling] etc. v. Alaska Packers' Ass'n*, 138 Cal. 632, 638, 72 P. 161." 282 U.S., at p. 563, 51 S.Ct., at p. 250, 75 L.Ed., at p. 548.

The majority rests its rejection of the plaintiffs' action not only on its expressed difficulties with damages but also on its views as to the State's "public policy." But there is no policy favoring the breach of duty here or its immunization. Nor is there any dispute that the Gleitmans could have terminated the pregnancy lawfully outside New Jersey, at least in some foreign country. While the majority does not pass on the issue, I believe that the pregnancy could also have been terminated lawfully within New Jersey. It should be borne in mind that Mrs. Gleitman had rubella during the first or second month of her pregnancy; studies have indicated that the danger of grave abnormality is highest when the rubella is contracted that early, with some estimates running as high as 60 per cent. See 287 *The Lancet* 373 (1964). During the first trimester, which was well before any quickening, the pregnancy could have been humanely terminated by an operation which is well-recognized in medical circles as "painless, simple and safe." See Guttmacher, "An Obstetrician-Gynecologist \*52 Examines New York's Abortion Law," December 5, 1966.

In *State v. Cooper*, 22 N.J.L. 52 (Sup. Ct. 1849), the termination of pregnancy before any quickening was held not to constitute a criminal offense at common law. During the year of *Cooper*, a New Jersey statute was enacted declaring abortions performed maliciously or without lawful justification to be criminal without regard to quickening. L. 1849, p. 266. But at that time in history, all abortions were considered medically dangerous, and the design of the statute, according to contemporaneous judicial expressions, "was not to prevent the procuring of abortions, so much as to guard the health and life of the mother against the consequences of such attempts." *State v. Murphy*, 27 N.J.L. 112, 114 (Sup. Ct. 1858).

It is highly significant that, although New Jersey's abortion statute has been amended from time to time, its scope has always been expressly confined by the Legislature to abortions performed "maliciously or without lawful justification." See L. 1849, p. 266; L. 1872, p. 45; L. 1881, p. 240; L. 1898, p. 827; R.S. 2:105-1; N.J.S. 2A:87-1. At no time has the New Jersey Legislature departed from its general terminology by specifically defining, as many other state legislatures have, the particular situations which would constitute lawful justification. In *State v. Brandenburg*, 137 N.J.L. 124, 127 (Sup. Ct. 1948), Chief Justice Case indicated no doubt that preserving the mother's life would be justification although he declined to express any opinion as to whether preserving her health would suffice. In Massachusetts, the courts have assumed that under comparable legislative terminology, abortions are permissible to save the mother's life "or to prevent serious impairment of her health, mental or physical". *Commonwealth v. Brunelle*, 341 Mass. 675, [171 N.E.2d 850](#), 852 (1961). And in our own State it is well-known that abortions have been and are being performed in good faith by highly qualified physicians in highly reputable hospitals, when necessary to preserve the life or health of the mother, \*53 or to preclude the quickening of the fetus in rubella cases and the like. See *Waugh, J., in Sanitary Vendors, Inc. v. Byrne*, 72 N.J. Super. 276, 287 (Law Div. 1962), affirmed 40 N.J. 157 (1963).

After a painstaking study of current medical and legal practice and thought, the reporters of the American Law Institute submitted a proposed penal code permitting termination of pregnancy



where the physician believes that continuance would gravely impair the physical or mental health of the mother, or that the child would be born with grave physical or mental defect, or that the pregnancy resulted from rape or incest. Model Penal Code (Tentative Draft No. 9, May 8, 1959) § 207.11, p. 144. See also Model Penal Code (Proposed Official Draft, May 4, 1962) § 230.3, p. 189. They also suggested that this result might be reached by judicial interpretation of statutes which prohibit unlawful abortion "without defining what is unlawful." Tentative Draft No. 9, at p. 154.

When the New Jersey Legislature enacted its abortion statute, it was clearly altering and not speaking in terms of the common law under which all terminations of pregnancy before quickening were noncriminal. It could have but did not speak in absolute prohibitory terms. Similarly it could have but deliberately chose not to confine the statutory exception to the preservation of the mother's life or to any other specific and defined grouping. Instead it used the phrase "maliciously or without lawful justification" (N.J.S. 2A:87-1), thus necessarily leaving the matter to interpretation by the judiciary; it took much the same course in N.J.S. 2A:170-76, where it prohibited the utterance of abortifacients "without just cause." While it must have contemplated that the judiciary would endeavor to carry out the over-all legislative purpose, it must also have contemplated that interpretation of its broad and flexible terminology would appropriately be made from time to time in the light of prevailing conditions. See *State v. Hudson County News Co.*, 35 N.J. 284 (1961); *Sanitary Vendors, Inc. v. \*54 Byrne*, supra, 40 N.J. 157; 2 Sutherland, *Statutory Construction* § 5102 (3d ed. 1943); cf. *Pirkey Bros. v. Commonwealth*, 134 Va. 713, 114 S.E. 764 (1922), where the court, in sustaining an ancient Sunday law prohibiting labor other than "work of necessity or charity," pointed out that the statutory exception "must be construed with reference to the conditions under which we live." See N.J.S. 2A:171-1; see also *State ex rel. Heck's, Inc. v. Gates*, 149 W. Va. 421, [141 S.E.2d 369](#), 378-379 (1965); cf. N.J.S. 2A:171-5.8; *State v. Monteleone*, 36 N.J. 93 (1961).

In *State v. Hudson County News Co.*, supra, 35 N.J. 284, this Court had occasion to deal with N.J.S. 2A:115-2 which declares the sale of obscene literature to be criminal when made "without just cause"; as here, the Legislature had not defined the scope of the exception and the court proceeded to do so in the light of modern conditions and considerations. Similarly in *Sanitary Vendors, Inc. v. Byrne*, supra, 40 N.J. 157, this Court gave meaning to the exception in N.J.S. 2A:170-76 which prohibits the sale of contraceptives "without just cause"; it concluded that contraceptives may now generally be sold by physicians and druggists but may not be sold promiscuously through vending machines in public places. 40 N.J., at p. 165. In both cases the judicial efforts were extended towards sustaining the legislative enactments by giving current content to their general phraseology, thus affording fair warning to those who might thereafter be affected and thereby avoiding any due process attacks. In neither case did anyone suggest that the court was precluded by the doctrine of separation of powers from taking that course and that consequently the statute must be stricken in its entirety, a result which courts traditionally strain to avoid. See *Grand Union Co. v. Sills*, 43 N.J. 390, 408-411 (1964); *Ward v. Scott*, 11 N.J. 117, 122-128 (1952).

If, as the cited history indicates, the New Jersey Legislature was primarily concerned with the "health and life of the mother" (*State v. Murphy*, supra, 27 N.J.L., at p. 114), then surely a therapeutic termination of pregnancy to preserve \*55 her life or health may be considered as falling within the contemplation of the statutory exception. And when the legislative purpose and general terminology are viewed alongside current medical science and understanding, a good faith



eugenic termination "in accordance with accepted medical standards that an abortion is medically indicated," as the majority opinion phrases it, may also properly be considered as falling within the contemplation of the exception. See 2 Sutherland, supra, § 5102. Should the Legislature differ with any of this, it is of course at liberty to adopt an enactment clearly expressing its wishes and directions. In the meantime, common fairness to the physicians of New Jersey and those entrusted to their care, suggests that the question not be left open and that any doubts be resolved in favor of the individual's freedom of determination and noncriminality. See 3 Sutherland, supra, §§ 5604, 5605.

Justice SCHETTINO agrees with this dissent and joins me in voting to reverse the dismissal of the complaint and to remand the matter for trial.

WEINTRAUB, C.J. (dissenting in part).

The legality of a eugenic abortion in New Jersey, which now overshadows the question whether plaintiffs should be compensated, entered this case rather tangentially. If such an abortion were criminal and if also such an abortion performed on a New Jersey domiciliary in a jurisdiction which deems the abortion to be lawful would nonetheless offend the policy of our State, then it would be arguable that our courts should not award damages against a physician who allegedly deprived a woman of an option thus to violate our statute or its policy by an act done here or elsewhere. The trial court took that view of the matter in directing judgment against the mother and father.

I

The majority opinion finds it unnecessary to decide whether a eugenic abortion runs afoul of our criminal law. Although \*56 usually it is good judicial craftsmanship in such circumstances to abstain, especially if an issue is sticky, here the very suggestion that a question remains as to whether a eugenic abortion is criminal will be quite as forbidding as a flat holding that it is.

We know from material available to us that in cases of rubella during the first trimester of pregnancy abortions have been performed in New Jersey by reputable doctors in reputable hospitals, all of whom have believed such abortions to be lawful. In fact every doctor who testified in this case, including the defendants themselves, said that good medical practice requires informing a pregnant woman of the danger of deformity or defect if she has had German measles during the first trimester of her pregnancy, and, there being no other reason suggested for that advice, I assume good medical practice requires it to the end that she may seek an abortion, here or somewhere. When the highest court of the State even intimates the practice may be criminal, I would doubt that a reputable doctor or reputable institution would take the risk. Rather the question will likely be presented by some back-alley abortionist with all the diversion from the merits that a character of that kind can induce. Meanwhile, we can be sure, the pregnant woman who until now has had the services of the highest run of medical men and the safety of a hospital will deliver herself to dirty hands, if she can afford it, for a woman unwilling to risk the tragedy of rubella is not apt to accept anyone's judgment that she has no more say than a broodmare.

I have difficulty with the constitutionality of the abortion statute, at least as it would be applied here. The statute, N.J.S. 2A:87-1, makes guilty of a high misdemeanor any person who "without lawful justification" does any of the forbidden things with the intent to cause a miscarriage. The

penalty is severe, the maximum imprisonment being seven years, N.J.S. 2A:85-6, unless "the woman or child shall die," in which event the imprisonment may be for 15 years, N.J.S. 2A:87-1. The statute, however, does not define \*57 "lawful justification"; it does not say what fact medical, sociological or economic shall be "lawful justification."

We are not dealing with the delegation of legislative power to administrative agencies, as to which in some situations the Legislature may leave a problem to an agency for detailed solution. See *Shelton College v. State Board of Education*, 48 N.J. 501 (1967). Nor are we dealing with an offense which defies perfect definition so that there inevitably remain marginal areas in which one who enters is nonetheless conscious of a risk. See *Boyce Motor Lines v. United States*, [342 U.S. 337](#), 340, 72 S. Ct. 329, 96 L. Ed. 367, 371 (1952). As to the subject before us, it is a simple matter to tick off the specific situations and to state the ones in which "lawful justification" shall be found. Thus we readily know the question is whether "lawful justification" should exist (1) if there is a substantial risk to the life of the mother; or (2) if there is a substantial risk to the physical or mental health of the mother; or (3) if there is a like risk that the child will be born with grave physical or mental defect; or (4) if the pregnancy resulted from incest or rape (common law or statutory); or (5) if the mother is unmarried; or (6) if there will be economic or sociologic hardship; or (7) if the woman consents, for any or no reason. The Model Penal Code, § 230.3 (Proposed Official Draft, May 4, 1962), states specifically what constitutes justification, and lists essentially the first four factual patterns I have just set forth. Thus there is no reason why a legislature could not itself say what shall constitute justification.

There are two constitutional facets to legislative vagueness or ambiguity. One concerns the individual, who is entitled by due process to a reasonably explicit warning as to what he may not do. The other concerns the division of responsibility between the legislative and judicial branches of government, for although, I have no doubt, the judiciary inevitably has a creative role in deciding civil controversies, I do not believe it has a like responsibility with respect to criminal liability. As to that subject, it is the Legislature which \*58 should decide what conduct shall be punishable, and although the judiciary should labor to find the legislative intent and to sustain it within constitutional bounds, it is something else to permit the Legislature to pass the policy decision to the judiciary. The point would be plain if the statute recited in so many words that the legislators were unable to agree upon what ought to be justification for a consensual abortion, and being thus unable to agree, the policy problem is assigned to the Supreme Court of the State with the hope that a majority of the Court will work it out. A delegation, with such frankness, would, I am sure, be refused by the Court, and yet the issue is the same whenever a court is unable to discover what the Legislature intended and must therefore read into the statute what the judge thinks the legislators ought to have agreed upon if they had his wisdom and courage.

In this connection, it is helpful to refer to two recent opinions of our Court. *State v. Hudson County News Co.*, 35 N.J. 284 (1961), involved N.J.S. 2A:115-2 which makes it a crime to utter, expose or sell obscene or indecent books, etc., "without just cause." The action was for a declaratory judgment. The phrase "without just cause" was attacked as too vague in terms of the individual's right to be forewarned. The subject being obscenity, as to which all efforts to be precise have failed, the Court correctly recognized the legislative problem and accorded the individual a needed measure of protection by restraining the terms of the statute, first, by requiring a "scienter" consisting of the vendor's actual knowledge of the content of the book (at p. 295), and, second, by concluding that "just cause" exists "where the nature of the possession and distribution is not related to the appeal to prurient interest" (at p. 297), thereby finding

concreteness for the phrase "without just cause" in the very subject of the legislative ban, obscenity.

More troublesome, in my view, is N.J.S. 2A:170-76 which makes it a disorderly persons offense to expose for sale or sell contraceptives "without just cause." This statute was sustained in *Sanitary Vendors, Inc. v. Byrne*, 40 N.J. 157 \*59 (1963). Again, as in the case just discussed, the attack was in terms of due process, that is, the individual's right to forewarning, and not in the further terms of separation of the powers of government. There this Court found the legislative intent was to deal with the mode of vending, rather than to prevent a sale, and holding that the Legislature meant no more than to ban a mode of vending that would aid parties to illicit sexual relations, the Court concluded that a sale by vending machine was bad whereas a sale across the druggist's counter was not. The Court thought the situation was "nonmarginal" and noted that a judicial statement of the statute's meaning in a declaratory judgment proceeding served to give the individual ample warning for the future. But in *Sanitary Vendors* there seems not to have been raised the question whether the statute was just an incomplete act of legislation whereby the Legislature passed to the judiciary for gestation the touchy subject of contraception.

Contraception and abortion have this in common, that whereas in most areas of criminal prohibition the fact of evil is evident to most people, here there is evil or none at all depending wholly upon a spiritual supposition, for while men agree it is wrong to take life, yet, knowing nothing about the void before or after their earthly presence, they cannot agree upon the point at which a living thing should be thought to be human in its being. We know there is "life" in the ovum and sperm before conception, but as to the morality of contraception, every argument starts from and returns to an ethical or religious assumption. Hence he who opposes and he who supports contraception is equally sure he serves the dignity of man. And so as to abortion, men cannot agree upon the stage at which an embryo or fetus has a claim to acquire life in human form strong enough to override a woman's right to her own bodily integrity. It is not surprising, therefore, that as to both contraception and abortion, the legislators were able to agree only upon such vagueness as "without just cause" and "without lawful justification."

\*60 I have not overlooked the possibility that the Legislature meant by "lawful justification" to refer to the justification available with respect to the common-law crime and thus spoke with specificity. I think that thesis cannot be accepted.

The common-law crime had a different object in view. The common-law offense was designed to protect the life of the fetus, and upon the postulate that life began when the fetus stirred in the mother's womb, it was an abortion thereafter which alone was criminal. *State v. Cooper*, 22 N.J.L. 52 (Sup. Ct. 1849). The statute, which was enacted in 1849 (L. 1849, p. 266), the year of the *Cooper* decision, had a different, or at least still another, objective; it was to protect the pregnant woman in her life and in her health, and to that end the statute made the abortion a crime on the part of third persons, whether the child was quick or not. So in *State v. Murphy*, 27 N.J.L. 112, 114-115 (Sup. Ct. 1858), the court said:

"\* \* \* The design of the statute was not to prevent the procuring of abortions, so much as to guard the health and life of the mother against the consequences of such attempts."

and that:

"\* \* \* No act of hers is made criminal by the statute. Her guilt or innocence remains as at common law. Her offense at the common law is against the life of the child. The offense of third persons, under the statute, is mainly against her life and health. The statute regards her as the victim of crime, not as the criminal; as the object of protection, rather than of punishment."

This view has been repeated in a series of cases since then.[1]

\*61 The statutory objective being different, we ought not to assume that the Legislature meant by "lawful justification" to refer to the justification the common law devised with respect to a common-law offense created to serve another value. If the common law, being concerned solely with the life of the fetus, recognized only the preservation of the life of the mother as justification for the destruction of a fetus that is quick, we could not safely conclude that the statute intended, at least before the fetus is quick (and that is the situation involved in this case), that the sole justification for an abortion would be the preservation of the life of the mother. If the preservation of the health of the mother was within the object of the statute, the statute would be turned against her if she could not have terminated a pregnancy which is a threat to her health equal to or greater than the health risk in the abortion. The question whether the woman's health may justify an abortion under the statute was expressly left open in *State v. Brandenburg*, 137 N.J.L. 124, 127 (Sup. Ct. 1948). I note that when the Massachusetts statute read as our statute reads, protection of her health was found to be lawful justification. *Commonwealth v. Wood*, 77 Mass. 85 (Sup. Jud. Ct. 1858); see *Commonwealth v. Brunelle*, 341 Mass. 675, [171 N.E.2d 850](#) (Sup. Jud. Ct. 1961).

Further, it is so easy to state what shall be justification that it is unlikely the legislators, if they were in agreement, would have expressed it by such indirection, especially since the common law itself was rather obscure upon the topic.[2]\*62 The vast majority of the State legislatures defined justification in explicit terms.[3]

In any event, if "lawful justification" does refer to the common law, the question would remain whether we could find in the common law the answer to the question whether a eugenic abortion is justifiable. The reason is that the common-law judge never dealt with the question. Then (and as well in 1849 when the statute was adopted) there apparently was no medical basis to anticipate a defective offspring. The ravages of rubella were first established in 1941, and the hazards of X-ray and certain drugs are also recent discoveries. Accordingly we cannot know how the common-law judge would have dealt with such a situation, even if the fetus were quick.

For these reasons I have grave doubt that the statute contains a full legislative decision. The Comment in the Model Penal Code (Tentative Draft No. 9, May 8, 1959) suggests that a court might find it permissible to abort a probably defective offspring under the few statutes which prohibit "unlawful" abortions (pp. 153-154). Perhaps so, and if it is, it would be equally true of a statute which speaks of "lawful justification." At any rate, I could not conclude the statute expresses a discernible legislative intent to make such an abortion criminal. In an area in which so many disagree with honor, in which, even in States which define justification in terms of the life of the mother, there has been widespread belief that a eugenic abortion in such circumstances is lawful,[4] I am not willing to find that it is not. I believe pregnant \*63 women would not accept that decision unless their ethical or religious conviction accorded with it. For the others, if they could afford the illegal abortion, the result would be all the risks of that business. I would leave it to the Legislature to condemn such an abortion if it is so minded.

## II

With respect to the claim advanced on behalf of the infant, I agree with the majority that it cannot be maintained. Ultimately, the infant's complaint is that he would be better off not to have been born. Man, who knows nothing of death or nothingness, cannot possibly know whether that is so.

We must remember that the choice is not between being born with health or being born without it; it is not claimed the defendants failed to do something to prevent or reduce the ravages of rubella. Rather the choice is between a worldly existence and none at all. Implicit, beyond this claim against a physician for faulty advice, is the proposition that a pregnant woman who, duly informed, does not seek an abortion, and all who urge her to see the pregnancy through, are guilty of wrongful injury to the fetus, and indeed that every day in which the infant is sustained after birth is a day of wrong. To recognize a right not to be born is to enter an area in which no one could find his way.

As to the mother and father, the situation is different. I think the option to abort is hers, and that a wrong is done her (and derivatively her spouse) if she is not told of the risk or is assured there is none. Defendants say they did advise her, and of course we do not pass upon the factual dispute between them and her. The question is whether she was entitled to have the jury find where the truth lies, and hence the question before us is only whether she would be entitled to recover if she satisfied a jury (1) that, as she claims, she was told there was no risk of a defective child and (2) that she would have elected an abortion if she had been correctly informed.

\*64 Troublesome, however, is the measure of damages. Two major elements come to mind at once the cost of medical cure and the cost of maintenance of the child who is so deformed or defective as to require special care.

In a case of tortious injury the right to cure and care belongs to the injured party, and basically that is equally true if the injured person is a child even though a parent who pays for cure or care pursuant to the duty the law imposes upon a parent may sue in his own name to recover that loss. In the usual case, the parent's claim, at least in its inception, is derivative and dependent upon the accrual of a right in the child. See *Orr v. Orr*, 36 N.J. 236, 239 (1961). In a sense the parent is subrogated pro tanto to the child's cause of action. If here the parent's claim is viewed in these conventional terms, there can be no recovery for the expense of cure or care because defendants did not injure the child.

But there is an injury to the mother, and the question is whether a claim for the infant's cure and care can be said to flow from that injury. Even though there is an obvious connection between the loss of the option to abort and those costs, it seems to me that the parent's claim for the infant's cure and care must ultimately presuppose it would have been to the child's own interest not to have been born. The claim for cure and care is the child's, whether it is asserted on the child's behalf against a wrongdoer or against the mother or father or anyone else who in law must furnish it, and when a parent seeks to shift that burden to a tortfeasor, it must be, I think, upon the premise that the tortfeasor did a wrong to the child. If the child's estate bore the cost of cure and care as in some cases it might, the child could not recover that cost from the physician for the reason already given. It would be anomalous to say that a physician, although not liable to an infant who incurred that dollar loss, must pay for it when someone else, whether father, mother, other relative, or the State itself, incurs the expense.

But in other respects the mother is hurt in her own right by the denial to her of her option to accept or reject a \*65 parental relationship with the child. The father, too, although his right is wholly dependent upon the mother's decision, is so directly concerned in her decision that he may fairly be regarded as a victim of a wrong done to her. No doubt it would be difficult to assess the amount of the injury, but the law should try to compensate for it, if only to reinforce the duty of due care. I would permit the trier of the facts to put a price on the loss of that option.

I would stress that the valuation could not be made by contrasting the defective child with a normal one, because that was not the option. We cannot go on the hypothesis that the mother would have had the abortion and thereafter conceived and delivered a healthy child. We are dealing with human beings and not with fungibles, and the damages are those suffered with respect to this child. The pain of the parents must be measured against the joy they find in him as he is.

It would be difficult to strike a net balance between the intangible pluses and minuses in a parent-child relationship, and it would be the rare case in which a parent would testify that it is his or her present wish that the child had not been born. No one who has witnessed the love of a parent for an imbecile could expect so crass a computation from the parent's lips. But I believe that even without such testimony an outsider could evaluate the injury, and I would recognize a right in the parents to seek that evaluation, subject to careful judicial supervision, in order to support the woman's right to choose whether to risk this misfortune.

For affirmance Justices FRANCIS, PROCTOR, HALL and HANEMAN 4.

For reversal in part Chief Justice WEINTRAUB 1.

For reversal Justices JACOBS and SCHETTINO 2.

# BECKER v. SCHWARTZ

46 N.Y.2d 401 (1978)

*Dolores E. Becker et al., Respondents, v. Eugene D. Schwartz et al., Appellants. Steven M. Park et al., Individually and as Administrators of The Estate of Lara E. Park, an Infant, Deceased, Respondents-Appellants, v. Herbert Chessin et al., Appellants-Respondents.*

Court of Appeals of the State of New York.

Submitted November 27, 1978.

Decided December 27, 1978.

## **Attorney(s) appearing for the Case**

*Norman Bard, Joseph T. Mirabel and Walter F. Wortman for appellants in the first above-entitled action.*

*John Anthony Bonina for respondents in the first above-entitled action.*

*Richard A. Young, Stephen J. Pribula and Anthony M. Sola for appellants-respondents in the second above-entitled action.*

*Gerald L. Gould for respondents-appellants in the second above-entitled action.*

*Chief Judge BREITEL and Judge JONES concur with Judge JASEN; Judge FUCHSBERG concurs in a separate opinion in which Judge COOKE concurs; Judge GABRIELLI concurs in part and dissents in part and votes to modify in a memorandum; Judge WACHTLER taking no part.*

---

[46 N.Y.2d 405]

JASEN, J.

From its earliest days, the common law steadfastly clung to the notion that "in civil court the death of a human being could not be complained of as an injury." (*Baker v Bolton*, 1 Camp 493, 170 Eng Rep 1033 [KB, 1808].) Judicial hesitance to chart a novel course beyond the safe harbors afforded by prevailing legal theory, particularly the principle that a tort died with its victim



(*Huggins v Butcher*, 1 Brown & Gold 205, 123 Eng Rep 756 [CP, 1607]), spurred legislative recognition of the cause of action since known as "wrongful death". (See, generally, Prosser, Torts [4th ed], § 127.) Ironically, in the relatively brief period since the enactment of the first wrongful death statute (Fatal Accidents Act, 1846, 9 & 10 Vict, ch 93), evolving legal theory has come full cycle. Although no longer shackled by the conceptual difficulties formerly posed by a "wrongful death" action, courts have again been drawn toward the murky waters at the periphery of existing legal theory to test the validity of a cause of action for what has been generically termed "wrongful life".

In *Becker v Schwartz*, Dolores Becker, then 37 years of age, conceived a child in September, 1974. After Dolores and her husband, Arnold Becker, learned of the pregnancy in October, they engaged the services of defendants, specialists in the field of obstetrics and gynecology. Thereafter, from approximately the tenth week of pregnancy until the birth of their child, Dolores Becker remained under defendants' exclusive care. Tragically, on May 10, 1975, Dolores Becker gave birth to a retarded and brain-damaged infant who suffers, and will

[46 N.Y.2d 406]

continue to suffer for the remainder of her life, from Down's Syndrome, commonly known as mongolism.<sup>1</sup>

It is plaintiffs' contention that throughout the period during which Dolores Becker was under the care of defendants plaintiffs were never advised by defendants of the increased risk of Down's Syndrome in children born to women over 35 years of age. Nor were they advised, allege plaintiffs, of the availability of an amniocentesis test<sup>2</sup> to determine whether the fetus carried by Dolores Becker would be born afflicted with Down's Syndrome.

Plaintiffs commenced this action seeking damages on behalf of the infant for "wrongful life", and, in their own right, for the various sums of money they will be forced to expend for the long-term institutional care of their retarded child. Plaintiffs' complaint also seeks damages for the emotional and physical injury suffered by Dolores Becker as a result of the birth of her child, as well as damages for the injury suffered by Arnold Becker occasioned by the loss of his wife's services and the medical expenses stemming from her treatment.

Upon motion by defendants, Special Term dismissed plaintiffs' complaint in its entirety as failing to state a cause of action. The Appellate Division modified the order of Special Term, however, sustaining plaintiffs' complaint except to the extent that it seeks recovery of damages "for psychiatric injuries or emotional distress of plaintiff Dolores E. Becker and to the extent that plaintiff Arnold Becker's claim for loss of services and medical expenses is based upon such psychiatric injuries". (60 A.D.2d 587.) Defendants now appeal to this court on a certified question.

In the companion case, *Park v Chessin*, Hetty Park gave birth in June, 1969 to a baby who, afflicted with polycystic

[46 N.Y.2d 407]

kidney disease,<sup>3</sup> died only five hours after birth. Concerned with a possible reoccurrence of this disease in a child conceived in the future, Hetty Park and her husband, Steven Park, consulted defendants, the obstetricians who treated Hetty Park during her first pregnancy, to determine the likelihood of this contingency. In response to plaintiffs' inquiry, defendants are alleged to have informed plaintiffs that inasmuch as polycystic kidney disease was not hereditary, the chances of their conceiving a second child afflicted with this disease were "practically nil". Based upon this information, plaintiffs allege that they exercised a conscious choice to seek conception of a second child. As a result, Hetty Park again became pregnant and gave birth in July, 1970 to a child who similarly suffered from polycystic kidney disease. Unlike their first child, however, plaintiffs' second child survived for two and one-half years before succumbing to this progressive disease.

Alleging that contrary to defendants' advice polycystic kidney disease is in fact an inherited condition, and that had they been correctly informed of the true risk of reoccurrence of this disease in a second child, they would not have chosen to conceive, plaintiffs commenced this action seeking damages on behalf of the infant for "wrongful life" and, in their own right, for the pecuniary expense they have borne for the care and treatment of their child until her death. Plaintiffs' complaint also seeks damages for the emotional and physical injuries suffered by Hetty Park as the result of the birth of her child; damages for emotional injuries and expenses suffered by Steven Park; damages for the injury suffered by Steven Park occasioned by the loss of his wife's services; and damages on behalf of plaintiffs, as administrators of their child's estate, for wrongful death.

Upon defendants' motion to dismiss plaintiffs' complaint, Special Term sustained those causes of action seeking damages for: "wrongful life"; plaintiffs' pecuniary expense in caring for the child; Hetty Park's emotional and physical injuries stemming from the birth; and Steven Park's loss of his wife's services. On appeal taken by defendants, the Appellate Division modified by further dismissing so much of plaintiffs'

[46 N.Y.2d 408]

complaint as seeks damages "(1) for the mental anguish or emotional distress of plaintiff Hetty B. Park and (2) for the loss of that plaintiff's services, insofar as the claim for loss of services is based upon her mental anguish or emotional distress". (60 A.D.2d 80, 95.) Plaintiffs and defendants cross-appeal to this court on a certified question.

At the outset, emphasis must necessarily be placed upon the posture in which these cases are now before this court. The question presented for review is not whether plaintiffs should ultimately prevail in this litigation, but rather, more narrowly, whether their complaints state cognizable causes of action. For the purposes of our review, limited as it is to an evaluation of the sufficiency of plaintiffs' complaints, their allegations must be assumed to be true. (See *Howard v Lecher*, 42 N.Y.2d 109, 112; *Cohn v Lionel Corp.*, 21 N.Y.2d 559, 562; *Kober v Kober*, 16 N.Y.2d 191, 193.) Accordingly, we accept, without expressing any opinion as to defendants' liability, each of plaintiffs' allegations: to wit, that defendants failed to inform plaintiffs accurately of the risks involved in their pregnancies, and, in *Becker*, of the availability of an amniocentesis test; and, that had they been accurately informed, plaintiffs would have, in *Park*, chosen not to conceive a second child, and, in *Becker*, undergone an amniocentesis test, the results of which would have precipitated a decision on their part to terminate the pregnancy.

Even as a pure question of law, unencumbered by unresolved issues of fact, the weighing of the validity of a cause of action seeking compensation for the wrongful causation of life itself casts an almost Orwellian shadow, premised as it is upon concepts of genetic predictability once foreign to the evolutionary process. It borders on the absurdly obvious to observe that resolution of this question transcends the mechanical application of legal principles. Any such resolution, whatever it may be, must invariably be colored by notions of public policy, the validity of which remains, as always, a matter upon which reasonable men may disagree.

Thoughtful analysis of the validity of "wrongful life" as an emerging legal concept requires, in the first instance, a clear understanding of the alleged wrong upon which the cause of action is predicated. Not surprisingly, the term "wrongful life" has functioned as a broad umbrella under which plaintiffs alleging factually divergent wrongs have sought judicial recognition

[46 N.Y.2d 409]

of their claims.<sup>4</sup> To be distinguished from the cases before us are those in which recovery is sought for what may perhaps be most appropriately labeled "wrongful conception", wherein parents, one of whom has undergone an unsuccessful surgical birth control procedure, have sought damages for the birth of an unplanned child. There, damages have not been sought on behalf of the child — a healthy and normal infant — but by the parents for expenses attributable to the birth, including the pecuniary expense of rearing the child. Judicial reaction to the "wrongful conception" cause of action has been mixed.<sup>5</sup> In a somewhat similar vein, recovery has been sought for damages incurred upon the birth of a child attributable to a "wrongful diagnosis" of an existing pregnancy, resulting in the deprivation of the mother's choice to terminate the pregnancy within the permissible time period. (Compare *Debora S. v Sapega*, 56 A.D.2d 841, and *Ziembra v Sternberg*, 45 A.D.2d 230 [sustaining cause of action], with *Rieck v Medical Protective Co.*, 64 Wis.2d 514[rejecting cause of action].)

While courts have struggled with the concepts of "wrongful conception" or "wrongful diagnosis" as cognizable causes of action, they have had little difficulty in rejecting a cause of action which may be distinguished by use of the term "wrongful birth". In the latter cause of action an illegitimate, but

[46 N.Y.2d 410]

otherwise healthy child, seeks recovery in his or her own behalf for the injury suffered as a consequence of his or her birth into this world as a stigmatized child. To this point, courts have refused to sustain this cause of action. (See *Williams v State of New York*, 18 N.Y.2d 481 [action against State which had custody of mother]; *Stills v Gratton*, 55 Cal.App.3d 698 [action against physician for alleged negligent performance of an abortion]; *Zepeda v Zepeda*, 41 Ill.App.2d 240, cert den 379 U.S. 945 [action against father]; *Slawek v Stroh*, 62 Wis.2d 295 [action against father].)

Standing distinctly apart from claims based upon a wrongful conception, a failure to diagnose a pregnancy, or an illegitimate birth, in which the essence of the wrong for which compensation is sought is the birth of a healthy and normal — albeit, unplanned — child, plaintiffs' claims are premised upon the birth of a fully intended but abnormal child for whom extraordinary care and treatment is required. It is not contended that the defendant physicians' treatment of Dolores Becker and Hetty Park caused the abnormalities in their infants (see *Renslow v Mennonite Hosp.*, 67 Ill.2d 348 [sustaining cause of action based upon blood transfusion given to mother]; *Sylvia v Gobeille*, 101 R.I. 76 [sustaining cause of action based upon failure to prescribe drug during pregnancy]; cf. *Jorgensen v Meade Johnson Labs.*, 483 F.2d 237 [sustaining cause of action based upon injurious oral contraceptive]), but only that had plaintiffs been properly advised by defendants of the risks of abnormality, their infants would never have been born.

Irrespective of the label coined, plaintiffs' complaints sound essentially in negligence or medical malpractice. As in any cause of action founded upon negligence, a successful plaintiff must demonstrate the existence of a duty, the breach of which may be considered the proximate cause of the damages suffered by the injured party. (See Restatement, Torts 2d, § 281; Prosser, Torts [4th ed], § 30.)

An examination of plaintiffs' complaints leads to the conclusion that, insofar as plaintiffs allege claims on behalf of their infants, whether denominated as claims for wrongful life or otherwise, they have failed to state legally cognizable causes of action. If it be assumed that under the facts at bar defendants, as physicians, owed a duty to the infants *in utero* as well as to their parents (cf. *Woods v Lancet*, 303 N.Y. 349), defendants' breach of that duty may be viewed as the proximate

[46 N.Y.2d 411]

cause for the infants' birth. Had Hetty and Steven Park been accurately advised by their physicians of the chances that a future child of theirs would suffer from polycystic kidney disease, they allege that they would not have chosen to conceive a second child. Similarly, had Dolores and Arnold Becker been accurately advised of the chances that their already conceived child would be born afflicted with Down's Syndrome, and of the availability of an amniocentesis test, they allege that they would have undergone that test, and had it indicated the presence of Down's Syndrome in their child, that they would have terminated the pregnancy within the permissible time period. (See *Roe v Wade*, 410 U.S. 113; Penal Law, § 125.05.)

However, there are two flaws in plaintiffs' claims on behalf of their infants for wrongful life. The first, in a sense the more fundamental, is that it does not appear that the infants suffered any legally cognizable injury. (Cf. *Williams v State of New York*, 18 N.Y.2d 481, 484, *supra*.) There is no precedent for recognition at the Appellate Division of "the fundamental right of a child to be born as a whole, functional human being" (60 AD2d, at p 88). Surely the use of somewhat similar words in another context affords no such basis. (Cf. *Endresz v Friedberg*, 24 N.Y.2d 478, 483, distinguishing *Woods v Lancet*, 303 N.Y. 349.) Whether it is better never to have been born at all than to have been born with even gross deficiencies is a mystery more properly to be left to the philosophers and the theologians. Surely the law can assert no competence to resolve the issue, particularly in view of the very nearly uniform high value which the law and mankind has placed on human life, rather than its absence. Not only is there to be found no predicate at common law or in statutory enactment for judicial recognition of the birth of a defective child as an injury to the child; the implications of any such proposition are staggering. Would claims be honored, assuming the breach of an identifiable duty, for less than a perfect birth? And by what standard or by whom would perfection be defined?

There is also a second flaw. The remedy afforded an injured party in negligence is designed to place that party in the position he would have occupied but for the negligence of the defendant. (See *Martin v Dierck Equip. Co.*, 43 N.Y.2d 583, 589.) Thus, the damages recoverable on behalf of an infant for wrongful life are limited to that which is necessary to restore the infant to the position he or she would have occupied were

[46 N.Y.2d 412]

it not for the failure of the defendant to render advice to the infant's parents in a nonnegligent manner. The theoretical hurdle to an assertion of damages on behalf of an infant accruing from a defendant's negligence in such a case becomes at once apparent. The very allegations of the complaint state that had the defendant not been negligent, the infant's parents would have chosen not to conceive, or having conceived, to have terminated rather than to have carried the pregnancy to term, thereby depriving the infant plaintiff of his or her very existence. Simply put, a cause of action brought on behalf of an infant seeking recovery for wrongful life demands

a calculation of damages dependent upon a comparison between the Hobson's choice of life in an impaired state and nonexistence. This comparison the law is not equipped to make. (See *Smith v United States*, 392 F.Supp. 654; *Stewart v Long Is. Coll. Hosp.*, 35 A.D.2d 531, affd 30 N.Y.2d 695; *Gleitman v Cosgrove*, 49 N.J. 22; *Jacobs v Theimer*, 519 S.W.2d 846 [Tex]; *Dumer v St. Michael's Hosp.*, 69 Wis.2d 766.) Recognition of so novel a cause of action requiring, as it must, creation of a hypothetical formula for the measurement of an infant's damages is best reserved for legislative, rather than judicial, attention. (Cf. *Moore v Metropolitan Life Ins. Co.*, 33 N.Y.2d 304, 313; *Codling v Paglia*, 32 N.Y.2d 330, 344-345.) Accordingly, plaintiffs' complaints insofar as they seek damages on behalf of their infants for wrongful life should be dismissed for failure to state legally cognizable causes of action.

There remains for consideration, however, the validity of plaintiffs' causes of action brought in their own right for damages accruing as a consequence of the birth of their infants. There can be no dispute at this stage of the pleadings that plaintiffs have alleged the existence of a duty flowing from defendants to themselves and that the breach of that duty was the proximate cause of the birth of their infants. That they have been damaged by the alleged negligence of defendants has also been pleaded. Unlike the causes of action brought on behalf of their infants for wrongful life, plaintiffs' causes of action, also founded essentially upon a theory of negligence or medical malpractice, do allege ascertainable damages: the pecuniary expense which they have borne, and in *Becker* must continue to bear, for the care and treatment of their infants. Certainly, assuming the validity of plaintiffs' allegations, it can be said in traditional tort language that but for the defendants' breach of their duty to advise plaintiffs,

[46 N.Y.2d 413]

the latter would not have been required to assume these obligations. Calculation of damages necessary to make plaintiffs whole in relation to these expenditures requires nothing extraordinary. The fact that plaintiffs' wrongful life claims brought on behalf of their infants do not state legally cognizable causes of action inasmuch as they fail to allege ascertainable damages in no way affects the validity of plaintiffs' claims for pecuniary loss. Plaintiffs state causes of action in their own right predicated upon a breach of a duty flowing from defendants to themselves, as prospective parents, resulting in damage to plaintiffs for which compensation may be readily fixed. (See *Jacobs v Theimer*, 519 S.W.2d 846 [Tex], *supra*; *Dumer v St. Michael's Hosp.*, 69 Wis.2d 766, *supra*.) There is now no occasion, in passing on the sufficiency of the complaints to state a cause of action, to determine with particularity what items of expense or loss may properly be taken into account in computation of the damages recoverable. Such questions properly await consideration and resolution presumably on trial, after liability has been proved, if it can be. (See *Johnson v Yeshiva Univ.*, 42 N.Y.2d 818.)

Of course, this is not to say that plaintiffs may recover for psychic or emotional harm alleged to have occurred as a consequence of the birth of their infants in an impaired state. The recovery of damages for such injuries must of necessity be circumscribed. Controlling on this point is *Howard v Lecher* (42 N.Y.2d 109, *supra*), in which parents of a child born afflicted with Tay-Sachs disease sought recovery for the trauma they endured witnessing their child succumb to this degenerative disorder. Similar to the present cases, the plaintiffs in *Howard* alleged that their physician failed to inform them of the risk involved in their pregnancy and of the availability of tests to determine whether their child would be born afflicted with Tay-Sachs disease. Had they been so advised, the plaintiffs maintained, they would have undergone the available tests, the results of which, if indicative of the presence of Tay-Sachs disease in their unborn child, would have precipitated a decision on their part to terminate the pregnancy.

While sympathetic to the plight of these parents, this court declined for policy reasons to sanction the recovery of damages for their psychic or emotional harm occasioned by the birth and gradual death of their child. To have permitted recovery in *Howard*, we observed, would have "inevitably led

[46 N.Y.2d 414]

to the drawing of artificial and arbitrary boundaries." (42 NY2d, at p 113, *supra*.)

Contrary to the contention of the dissent, to permit plaintiffs to recover for pecuniary loss while precluding recovery for alleged emotional injuries suffered as a result of their infants' birth does not run counter to this court's decision in *Johnson v State of New York* (37 N.Y.2d 378). In *Johnson*, we sustained a cause of action for emotional harm predicated upon the plaintiff's receipt of a notice informing her of the death of her mother when, in fact, she was very much alive. In so holding, we recognized the existence of a duty on the part of the defendant flowing to the plaintiff daughter to refrain from issuing such notices in a negligent manner. The breach of that duty, we held, entitled the plaintiff to recover damages for "the proven harmful consequences proximately caused by the breach." (37 NY2d, at p 383, *supra*.) Recovery was, therefore, permitted not only for the plaintiff's pecuniary loss, but also for emotional harm caused by the tortious act.

Seizing upon the broad principle stated in *Johnson*, the dissent posits that recognition of a duty flowing directly from defendants to plaintiffs would require recognition of plaintiffs' right to recover damages for emotional harm, as well as for pecuniary loss occasioned by the birth of their infants. To do so, maintains the dissent, would eviscerate our holding in *Howard v Lecher* (42 N.Y.2d 109, *supra*). However, nothing in *Johnson* mandates this result.

*Johnson* held only that once a duty flowing directly from a defendant to a plaintiff is breached, the plaintiff may recover damages for "the proven harmful consequences proximately caused by



the breach." (37 NY2d, at p 383, *supra*.) We had little difficulty in concluding that the psychological impact resulting from a daughter's receipt of a notice incorrectly indicating that her mother had expired would be debilitating. That a daughter might receive such notice with mixed emotions lacks any rational basis in human experience. The same cannot be confidently said with respect to the birth of a child, the conception of which was planned and fully desired by the parents. To be sure, parents of a deformed infant will suffer the anguish that only parents can experience upon the birth of a child in an impaired state. However, notwithstanding the birth of a child afflicted with an abnormality, and certainly dependent upon the extent of the affliction, parents may yet experience a love that even an abnormality cannot fully

[46 N.Y.2d 415]

dampen. To assess damages for emotional harm endured by the parents of such a child would, in all fairness, require consideration of this factor in mitigation of the parents' emotional injuries. (See Restatement, Torts, § 920.) Unlike the case in *Johnson* where the element of mitigation was not involved, and unlike plaintiffs' causes of action for pecuniary loss in the instant cases, calculation of damages for plaintiffs' emotional injuries remains too speculative to permit recovery notwithstanding the breach of a duty flowing from defendants to themselves. As in the case of plaintiffs' causes of action for damages on behalf of their infants for wrongful life, the cognizability of their actions for emotional harm is a question best left for legislative address.

Accordingly, in *Becker v Schwartz* the question certified is answered in the negative. The order of the Appellate Division should be modified, with costs, by dismissing plaintiffs' complaint except to the extent that it seeks recovery of the sums expended for the long-term institutional care of their retarded child.

In *Park v Chessin*, the question certified is answered in the negative. The order of the Appellate Division should be modified, with costs, by dismissing plaintiffs' complaint except to the extent that it seeks recovery for the sums expended for the care and treatment of their child until her death.

FUCHSBERG, J. (concurring).

I agree with the majority opinion insofar as it dismisses the "wrongful life" causes of action brought on behalf of each of the two infants. However, I would not posit that disposition on a professed inability to calculate the extent and amount of the damages.

My own reason is a more fundamental one. There can be no tort "except in the case of some individual whose interests have suffered" and in cases such as these there is no way of showing that the "interests" of the infants have suffered at all (Prosser, Torts [4th ed], § 30).

My point will become more concrete if we contrast the basis for the parents' own causes of action here with that of their children. Essentially, the claim of the parents in each case is that, but for the defendants' dereliction in failing to properly inform the parents of the great risk that their children would be born in hopelessly and permanently deformed states, the parents would have arranged to have the pregnancy terminated in the one case, and, in the other, the child would not

[46 N.Y.2d 416]

have been conceived at all. The direct consequence of the medical malpractice, the parents allege, was to frustrate the intended exercise of the legal right in such circumstances (see *Roe v Wade*, 410 U.S. 113) to have avoided the special responsibilities and attendant physical, economic or psychic damage thus imposed upon them. As Judge JASEN'S opinion makes clear, a cause of action is thus spelled out.

But the same cannot be said about the two infants' causes of action. It is undisputed that the defendants neither created nor added to the children's abnormalities; the claim is simply that, but for their failure to act in accordance with accepted medical standards, the children would not have been born. Who then can say, as it was essential to the parents' causes of action that they say for themselves, that, had it been possible to make the risk known to the children-to-be — in their cellular or fetal state or, let us say, in the mind's eye of their future parents — that the children too would have preferred that they not be born at all?

To ordinary mortals, the answer to the question obviously is "no one". Certainly the answer does not lie in the exercise by the children, if their mental conditions permit, of subjective judgments long after their births. Therefore, whatever be the metaphysical or philosophical answer — speculative, perhaps debatable, but hardly resolvable — and however desirable it may be for society to otherwise treat these problems with sensitivity, I am compelled to conclude that the matter is just not justiciable (cf. *Williams v State of New York*, 18 N.Y.2d 481, 484 [DESMOND, Ch. J.]; *Stewart v Long Is. Coll. Hosp.*, 58 Misc.2d 432, 436, mod on other grounds 35 A.D.2d 531, affd 30 N.Y.2d 695; *Gleitman v Cosgrove*, 49 N.J. 22, 63 [WEINTRAUB, Ch. J., dissenting opn]; Note, 87 Yale LJ 1488, 1500-1502; Comment, 13 Wayne L Rev 750, 756-757).

In my view, it is therefore unnecessary to reach the "uncertainty of damages" rationale on which the majority opinion lays such great stress. For if the right to bring a "wrongful life" action could be conceptualized, it is not to be assumed, given the elasticity with which tort law adapts to the need to fix damages for intangible injuries, that difficulty in their calculation would immunize the tort-feasor from damages (see Note, 55 Minn L Rev 58, 62-67). It is, for instance, a recognized axiom, not peculiar to traditional tort law alone, that where a wrong "itself is of such a nature as to preclude the ascertainment of the amount of damages with certainty, it

[46 N.Y.2d 417]

would be a perversion of fundamental principles of justice to deny all relief to the injured person, and thereby relieve the wrongdoer from making any amend for his acts" (*Story Parchment Co. v Patterson Co.*, 282 U.S. 555, 563; see, also, Prosser, Torts [4th ed], § 30; Birnbaum & Rheingold, Torts, 28 Syracuse L Rev 525, 564-565).

Now a word regarding the majority's determination that the causes of action brought for the parents' damages in their own right are viable save to the extent they seek damages for emotional injury. While I join in that determination too, as to emotional injury I do so on the constraint of the court's earlier decision in *Howard v Lecher* (42 N.Y.2d 109). I also note that, in joining Judge COOKE in dissent in *Howard*, I took the majority's determination in *Howard* to be a further step, albeit via the quicksand of an asserted public policy, in the retreat *Tobin v Grossman* (24 N.Y.2d 609) had signalled for the time from the forward-looking principles reflected by earlier cases such as *Ferrara v Galluchio* (5 N.Y.2d 16) and *Battalla v State of New York* (10 N.Y.2d 237).

Finally, I call attention to one other fact. To the extent that plaintiffs Hetty Park and Dolores Becker have suffered ascertainable damages in the form of pain and suffering attendant upon their pregnancies (in *Ms. Park's* case for the entire pregnancy and in *Ms. Becker's* case for its continuance beyond the point when she claims it would have been terminated), these would appear to be clearly compensable. Thus, if the damages question were before us, these more traditional elements of damages would be distinguishable from those proscribed by *Howard*, i.e., psychic or emotional harm alleged to have resulted from the birth of the infants in an impaired state.

WACHTLER, J. (dissenting in part).

Insofar as this opinion relates to the case of *Becker v Schwartz*, I agree with the majority that the suit for "wrongful life" brought on behalf of the infant should be dismissed. I would, however, also dismiss the parents' collateral suit for the expense of rearing an unwanted child.

A doctor who provides prenatal care to an expectant mother should not be held liable if the child is born with a genetic defect. Any attempt to find the physician responsible, even to a limited extent, for an injury which the child unquestionably inherited from his parents, requires a distortion or abandonment

[46 N.Y.2d 418]

of fundamental legal principles and recognition, by the courts, of controversial rights and duties more appropriate for consideration and debate by a legislative body. These problems, which are always present when the child born with a genetic disorder seeks to hold the doctor responsible, are compounded when the parents seek compensation, on their own behalf, for collateral injuries occasioned by emotional distress or the increased cost of caring for a handicapped child.

The heart of the problem in these cases is that the physician cannot be said to have caused the defect. The disorder is genetic and not the result of any injury negligently inflicted by the doctor. In addition it is incurable and was incurable from the moment of conception. Thus the doctor's alleged negligent failure to detect it during prenatal examination cannot be considered a cause of the condition by analogy to those cases in which the doctor has failed to make a timely diagnosis of a curable disease. The child's handicap is an inexorable result of conception and birth.

Nevertheless the plaintiffs, parents and child, urge that the doctor should be held liable for the child's handicapped life, not because he caused the disorder, but because he is responsible for the child's birth. The theory is that if the doctor had advised the parents of the risk of bearing a handicapped child, and the availability of tests for detecting the disorder, the mother would have consented to the tests, the tests would have revealed the defect, the parents or at least the mother would have decided to have an abortion, the abortion would have been successfully performed and thus the child would not have been forced to lead a life of hardship. However, since the doctor failed or neglected to advise them of the risk, they claim that they were denied the opportunity to take the additional steps which would have terminated the pregnancy and thus the doctor should be held liable for the birth and the child's consequent handicapped existence. Even if we assume, as we must on a motion to dismiss the complaint, that the parents would have made all the difficult decisions leading to an abortion — a conclusion which could be certain, if ever, only in retrospect — we must still go to great lengths to find that the doctor's failure to detect the defect was the cause, indeed the proximate cause, of the child's handicapped life. And the causal relationship is even more remote when the parents

[46 N.Y.2d 419]

seek to recover for an injury they have suffered as a result of the alleged injury to the child.

But the problems extend beyond causation. There is also the question as to what right the doctor violated and to whom the right belongs. The infant essentially claims that she had a right not to be born when birth would necessarily mean a life of hardship. The majority notes that the damages for violation of such a right would be impossible to assess. But on an even more fundamental level this cause of action must fail because the courts have long refused to recognize that such a right exists (*Williams v State of New York*, 18 N.Y.2d 481).

"Impossibility of entertaining this suit", we said in the *Williams* case (at p 484), "comes not so much from difficulty in measuring the alleged `damages' as from" the fact that this "is not a suable wrong that is cognizable in court." A majority at the Appellate Division apparently felt that this holding was dictated by the fact that abortion was then illegal, an impediment which has now been removed in many cases. That however was not the basis for our determination in *Williams*. The antiabortion law was not mentioned in the opinion and, in fact, the case did not involve a

claim that the plaintiff should have been aborted, but that she should not have been conceived. It was alleged that her mother had been raped while a patient at a State mental institution and the plaintiff sought damages from the State for the social stigma and loss of legal rights that she must suffer as an illegitimate child. We noted that "[i]f the pleaded facts are true, the State was grievously neglectful as to her mother, and as a result the child may have to bear unfair burdens" (*Williams v State of New York, supra*, at p 484). Nevertheless we refused to recognize a right to be "born under one set of circumstances rather than another" as a "brand new ground for suit" (*Williams v State of New York, supra*, at pp 483, 484; see, also, *Tobin v Grossman*, 24 N.Y.2d 609, 614). And of course whether the infant was wrongfully conceived, as in *Williams*, or could have been legally aborted, as in the case now before us, is of no practical significance. In either event there is no right not to be born, even into a life of hardship, and thus no right cognizable at law which the defendant can be said to have violated.

Since the infant's suit must be dismissed, the parents' cause of action for the costs of "special treatment, teaching, care, medical services, aid and assistance throughout the lifetime of

[46 N.Y.2d 420]

the infant" should be dismissed as well. A parent's right to recover expenses occasioned by an injury to the child "is based upon and arises out of the negligence which causes the injury to the child. The injury to the child results in a two-fold action, one for the father and one for the child" (*Psota v Long Is. R. R. Co.*, 246 N.Y. 388, 395-396; cf. *Maxson v Delaware Lackawanna & Western R. R. Co.*, 112 N.Y. 559; *Gray v Brooklyn Hgts. R. R. Co.*, 175 N.Y. 448). Thus the parents' suit for the pecuniary losses is derivative; it cannot stand alone (*Reilly v Rawleigh*, 245 App Div 190; *Kotary v Spencer Speedway*, 47 A.D.2d 127; *O'Hearn v O'Hearn*, 55 A.D.2d 766; cf. *Maxson v Tomek*, 244 App Div 604, mot for lv to app den 268 N.Y. 726). If the child cannot establish a good cause of action to recover for its injury, the parents' suit for collateral losses, flowing from the injury to the child, must also fail (see, e.g., *Gleich v Volpe*, 32 N.Y.2d 517; *Warmesley v Long Is. Banana Co.*, 35 N.Y.2d 953; see, also, *Glendenning v Feld*, 285 App Div 604).

The majority, disregarding this principle, has held instead that the doctor owed a duty directly to the parents and thus they may recover, for a violation of their own rights, the special costs of raising the handicapped child. This involves the creation of a completely new tort. It also conflicts with our decision in *Howard v Lecher* (42 N.Y.2d 109) in which we held that the parents of a child born with a genetic defect could not recover from the doctor for the emotional distress that they had suffered as a result of the child's birth, even though the defect could have been detected and the pregnancy aborted if the doctor had advised the parents of the risk and the available medical tests. That determination was based on our prior decision in *Tobin v Grossman* (24

N.Y.2d 609, 611, *supra*) in which we said: "no cause of action lies for unintentional harm sustained by one, solely as a result of injuries inflicted directly on another".

The majority's attempt to distinguish *Howard* misses the point of the holding. The fact that the damage in the case now before us may be easily ascertained is of no consequence. We did not find that the damages in *Howard* were impossible to assess, nor did we refer to damages in the opinion. Neither is there any merit to the suggestion that we denied relief in that case solely because the parents sought to recover for mental injury, as opposed to the pecuniary losses requested here. That circumstance was not the controlling factor. Rather it was the indirect nature of the parents' injury which was found to be

[46 N.Y.2d 421]

dispositive. Thus we rejected the argument made by the plaintiffs and the dissenting Judges that the doctor owed a duty to the mother so that "the injury was inflicted directly upon the individual claiming the harm and the same individual to whom the duty was owed was the one directly injured by the breach" (*Howard v Lecher, supra*, at p 116 [COOKE, J., dissenting]). Today, little more than a year after *Howard* was decided, a majority of the court has rejected the basis for the holding and has adopted the dissenting view.

In fact if, as the majority now holds, the doctor did breach a duty directly owed to the parents, there is no longer any reason why they should not be entitled to recover for their emotional suffering as well as the pecuniary loss. Our decision in *Johnson v State of New York* (37 N.Y.2d 378) is directly in point. In that case the plaintiff brought a claim against the State for emotional harm and pecuniary losses after State hospital employees had negligently misinformed her that her mother had died. After concluding that the plaintiff "was the one to whom a duty was directly owed by the hospital, and the one who was directly injured by the hospital's breach of that duty" we set aside the Appellate Division's determination that recovery should be limited to pecuniary losses. We stated at pages 383-384: "not only justice but logic compels the further conclusion that if claimant was entitled to recover her pecuniary losses she was also entitled to recover for the emotional harm caused by the same tortious act. The recovery of the funeral expenses stands only because a duty to claimant was breached. Such a duty existing and such a breach of that duty occurring, she is entitled to recover the proven harmful consequences proximately caused by the breach. In the light of the *Battalla* [10 N.Y.2d 237] and *Ferrara* [5 N.Y.2d 16] cases (*supra*) and the reasoning upon which they are based, recovery for emotional harm to one subjected directly to the tortious act may not be disallowed so long as the evidence is sufficient to show causation and substantiality of the harm suffered, together with a 'guarantee of genuineness' to which the court referred in the *Ferrara* case". Certainly, in the present case, it could not be said that the parents' claim of emotional suffering is any less genuine than their claim of pecuniary loss.

In addition, although the parents in this case only seek compensation for the special expenses necessary for the care of a handicapped child, there is no logical reason why in other cases, parents should not be entitled to have the doctor also

[46 N.Y.2d 422]

pay the normal costs of supporting the child. After all, if the doctor had not breached his duty, the child would never have been born and the parents would not have been burdened with any of the costs of support.

And there will inevitably be other costs, even more difficult to assess. A doctor exposed to liability of this magnitude will undoubtedly, in marginal cases, be inclined to practice "defensive medicine" by advising abortion rather than run the risk of having to pay for the lifetime care of the child if it is born with a handicap. Thus the majority's decision will involve human costs as well, in those cases where otherwise healthy children will be unnecessarily aborted as the only alternative to the threat of pecuniary liability.

In sum, by holding the doctor responsible for the birth of a genetically handicapped child, and thus obligated to pay most, if not all, of the costs of lifetime care and support, the court has created a kind of medical paternity suit. It is a tort without precedent, and at variance with existing precedents both old and new. Indeed the members of the majority are divided among themselves as to what principle of law requires the doctor to pay damages in this case. The limits of this new liability cannot be predicated. But if it is to be limited at all it would appear that it can only be confined by drawing arbitrary and artificial boundaries which a majority of the court consider popular or desirable. This alone should be sufficient to indicate that these cases pose a problem which can only be properly resolved by a legislative body, and not by courts of law.

Accordingly, the order of the Appellate Division should be reversed and the third and fourth causes of action dismissed.

GABRIELLI, J. (concurring in part and dissenting in part).

I dissent in part and vote to modify the order of the Appellate Division by dismissing the complaint for the reasons stated by Judge WACHTLER in *Becker v Schwartz*.

Order modified, with costs to defendants, in accordance with the opinion herein, and, as so modified, affirmed. Question certified answered in the negative.

Order modified, with costs to defendants, in accordance with the opinion herein, and, as so modified, affirmed. Question certified answered in the negative.



## **L e i t s a t z**

**zum Beschluß des Ersten Senats vom 12. November 1997**

- 1 BvR 479/92 -

- 1 BvR 307/94 -

**Die Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Arzthaftung bei fehlgeschlagener Sterilisation und fehlerhafter genetischer Beratung vor Zeugung eines Kindes verstößt nicht gegen Art. 1 Abs. 1 GG.**

# BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

- 1 BvR 479/92 - - 1 BvR 307/94 -



## IM NAMEN DES VOLKES

In den Verfahren

über

### die Verfassungsbeschwerden

1. des Herrn Dr. T...,

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Rudolf Sottung und Partner,  
Maximiliansplatz 12, München -

gegen

a) das Urteil des Oberlandesgerichts München vom 20. Februar 1992 - 1  
U 2278/91 -,

b) das Urteil des Landgerichts München I vom 16. Januar 1991 - 9 O 738/  
90 -

- 1 BvR 479/92 -,

2. des Herrn Professor Dr. H...

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Hartmut Neifer und Partner,  
Wöhrdstraße 5, Tübingen -

gegen

a) das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 16. November 1993 - VI ZR  
105/92 -,

b) das Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 19. März 1992 - 14 U  
57/89 -

- 1 BvR 307/94 -

hat das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat - unter Mitwirkung

des Vizepräsidenten Seidl, der Richter Grimm,

Kühling,

der Richterinnen Seibert,

Jaeger,

Haas

und der Richter Hömig,

Steiner

am 12. November 1997 beschlossen:

**Die Verfassungsbeschwerden werden zurückgewiesen.**

**G r ü n d e :**

**A.**

Die zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Verfassungsbeschwerden betreffen die Rechtsprechung der Zivilgerichte, nach der die Unterhaltspflicht für ein Kind bei fehlgeschlagener Sterilisation oder fehlerhafter genetischer Beratung einen zu ersetzenden Schaden darstellen kann. 1

**I.**

Verfahren 1 BvR 479/92 2

1. Der Beschwerdeführer ist ein niedergelassener Urologe. Er beriet den Ehemann der Klägerin des Ausgangsverfahrens in Fragen der Familienplanung und nahm an ihm einen ärztlichen Eingriff zum Zwecke der Sterilisation vor. Die Sterilisation mißlang; der Patient wurde hierüber nicht aufgeklärt. Seine Ehefrau gebar im Mai 1984 ihren vierten Sohn. Der Beschwerdeführer und dessen Haftpflichtversicherung lehnten Schadensersatzansprüche ab. 3

2. a) Im Ausgangsverfahren verlangte die Ehefrau Schadensersatz wegen des Unterhaltsaufwands für das Kind sowie ein Schmerzensgeld wegen der ungewollten Schwangerschaft und der Geburt des Kindes. 4

Das Landgericht verurteilte den Beschwerdeführer zur Leistung des Regelunterhalts für nichteheliche Kinder und zur Zahlung eines Zuschlags von 70 vom Hundert des Regelunterhalts für den Betreuungsaufwand. Da die Mutter allein geklagt hatte, wurde ihr nach dem Rechtsgedanken von § 1360 Satz 2 und § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB nur die Hälfte des zu ersetzenden Gesamtunterhaltsaufwands zugesprochen. Daneben hielt das Landgericht ein Schmerzensgeld in Höhe von 6.000 DM für angemessen. 5

Im einzelnen führte das Landgericht aus: Zwischen dem Beschwerdeführer und dem Ehemann der Klägerin sei ein Behandlungsvertrag über die Durchführung einer Sterilisation geschlossen worden. Die Klägerin sei in den Schutzbereich dieses Vertrages mit einbezogen worden, so daß sie Schadensersatzansprüche aus der Schlechterfüllung des Vertrages habe. Der versprochene Sterilisationseingriff sei zum Zwecke der Familienplanung, nicht aus medizinischen Gründen durchgeführt worden. Einer solchen Arztleistung sei es wesenseigen, daß der vertragliche Schutz gegen Schlechterfüllung jedem Ehegatten zukommen solle, weil er durch seine Unterhaltslast betroffen sei. Der Beschwerdeführer habe den Behandlungsvertrag schlecht erfüllt, weil er den Ehemann der Klägerin nicht ordnungsgemäß und umfassend über den Sterilisationseingriff aufgeklärt habe. Die Zuerkennung des Schadensersatzes verstoße nicht gegen die Menschenwürde des Kindes. Nicht das Kind werde als Schaden im juristischen Sinne betrachtet, sondern die durch seine planwidrige Geburt ausgelöste Unterhaltsbelastung der Eltern. Die Existenz des Kindes sei zwar Voraussetzung für diese Unterhaltsbelastung; die haftungsrechtliche Zurechnung der wirtschaftlichen Belastung durch das Kind und die Existenz des Kindes seien jedoch voneinander zu trennen. Der Überbürdung von Unterhaltslasten auf einen Dritten könne man schwerlich die Bedeutung beimessen, die Eltern dokumentierten damit, daß sie sich fortwährend gegen das Lebensrecht des Kindes stellten. Welche innere Einstellung zwischen Eltern und Kind bestehe, hänge nicht davon ab, ob ein Kind "unerwünscht" im Sinne von "planwidrig" gewesen sei. Es habe schon immer unerwünschte Kinder gegeben, die nach ihrer Geburt von ihren Eltern dieselbe Zuwendung erfahren hätten wie sogenannte Wunsch Kinder. Darüber hinaus sei nicht einzusehen, warum sich der Schädiger unter dem Vorwand einer psychologischen Rücksichtnahme auf das Kind seinen Verpflichtungen solle entziehen können. Die Befreiung von der finanziellen Belastung durch den Schädiger habe eine für das Verhältnis der Klägerin zu ihrem Kind förderliche Wirkung, da die infolge der Geburt eingetretenen wirtschaftlichen Belastungen neutralisiert würden.

6

b) Das Oberlandesgericht wies die Berufung des Beschwerdeführers zurück. Es bestätigte das landgerichtliche Urteil nicht nur im Ergebnis, sondern folgte ihm auch in der Begründung in vollem Umfang. Es schloß sich dabei ausdrücklich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an, wonach Schadensersatzansprüche wegen des Unterhaltsaufwands für ein gesundes eheliches Kind bestehen, wenn durch das schuldhafte Verhalten eines Arztes eine wirtschaftlich motivierte Familienplanung durchkreuzt wird.

7

3. Mit der Verfassungsbeschwerde macht der Beschwerdeführer geltend, die Urteile des Landgerichts und des Oberlandesgerichts verletzen die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, Art. 6 und Art. 12 GG sowie aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG.

8

Mit der kritiklosen Übernahme der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs überschritten Landgericht und Oberlandesgericht die Grenzen der zulässigen richterlichen Rechtsfortbildung. Zwar sei die richterliche Rechtsfortbildung grundsätzlich zu-

9

lässig; sie müsse aber anerkannten Gerechtigkeitsvorstellungen entsprechen, eine Lücke im Gesetz schließen und frei von Willkür sein. Letzteres bedeute, daß sie mit den dogmatischen Grundsätzen des jeweiligen Rechtsgebiets vereinbar sein müsse. Diese vom Bundesverfassungsgericht der richterlichen Rechtsfortbildung gesetzten Grenzen hätten die Gerichte verletzt. Die Auffassung, daß der für ein unerwünschtes Kind zu leistende Unterhaltsaufwand einen erstattungsfähigen Schaden darstelle, widerspreche den ethischen Grundvorstellungen, die im Grundgesetz normiert seien. Kinder unterlägen dem Grundrechtsschutz; sie seien kein Schaden. Den Wertungen unserer Rechtskultur und Ethik entspreche es nicht, die rechtliche Betrachtung in materiellen Konsequenzen zu erschöpfen, wenn ein zunächst unerwünschtes Kind geboren werde. Die Rechtsfortbildung sei auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil der Bundesgerichtshof damit eine Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft geschlossen hätte. Die (familienrechtlichen) Regelungen über die wechselseitigen Unterhaltsverpflichtungen in der Familie seien abschließend. Dies zeige insbesondere die Ausnahmevorschrift des § 844 Abs. 2 BGB, die vorliegend zu Unrecht erweitert herangezogen worden sei. Die angegriffenen Entscheidungen seien auch nicht frei von Willkür, denn sie mißachteten anerkannte Grundsätze des Schadensersatzrechts und der juristischen Dogmatik. Die aus der Geburt des Kindes erwachsene familienrechtliche Unterhaltspflicht lasse sich nicht mit anderen rein vermögensrechtlichen Belastungen gleichsetzen. Die Rechtsordnung erlaube es nicht, Schwangerschaft und Geburt eines gesunden Kindes als Schaden im zivilrechtlichen Sinne zu bewerten. Naturalrestitution komme daher nicht in Betracht. Auch mute der Bundesgerichtshof den Eltern systemwidrig nicht die Freigabe des Kindes zur Adoption zum Zwecke der Schadensminderung zu. Andererseits begrenze er aber den Anspruch auf den Regelunterhalt und einen Zuschlag für den Wert der pflegerischen Leistungen. Diese billigkeitsorientierte Schadensreduktion zeige, daß die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - und der ihr folgenden Gerichte im vorliegenden Verfahren - bereits im Ansatz verfehlt sei.

Der Beschwerdeführer sieht sich ferner in seinem Grundrecht auf freie Berufsausübung verletzt, weil durch Richterrecht ein weiterer gesetzlich nicht geregelter Haftungstatbestand geschaffen worden sei. Die haftungsrechtlichen Konsequenzen dieser Judikatur seien so weitreichend, daß sie im Ergebnis sogar einen Eingriff in die Substanz des ärztlichen "Gewerbebetriebs" darstellten (Art. 14 Abs. 1 GG). Die Einführung eines so weitgehenden Haftungstatbestandes mit Schutzwirkungen zugunsten eines unübersehbaren Kreises von Geschlechtspartnern bedürfe der gesetzlichen Regelung. Zum Bereich der verfassungsrechtlich geschützten Berufsausübung gehörten überdies die für den Arzt geltenden ethischen Grundsätze; der Arzt sei in erster Linie verpflichtet, Leben zu erhalten und der Vernichtung keimenden Lebens entgegenzuwirken. Diese ethischen Pflichten würden ins Gegenteil verkehrt, wenn ihm die mit der Geburt eines Kindes einhergehende Unterhaltsverpflichtung als Folge einer fehlerhaften Sterilisation auferlegt würde. Die Zahlungsverpflichtung "bestrafe" ihn für das, was seine ureigene berufliche Aufgabe sei, nämlich Leben zu retten, zu schützen und zu schaffen. Für eine solche Pönalisierung fehle sowohl die ethische

10

Grundlage als auch eine im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG notwendige Eingriffsnorm. Das Berufsbild des Arztes werde durch die Auffassung in den angefochtenen Entscheidungen, der Arzt solle für von ihm nicht verhindertes Leben bezahlen, ad absurdum geführt.

Die angegriffenen Entscheidungen seien auch mit Art. 6 und Art. 1 Abs. 2 GG unvereinbar. Die Durchbrechung des geschlossenen familienrechtlichen Regelsystems verstoße gegen den Grundgedanken des Art. 6 GG, der die Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stelle. Das Kind sei in seiner Menschenwürde betroffen. Schon durch die Zubilligung eines Schmerzensgeldanspruchs der Mutter für die Zeit der Schwangerschaft erfahre das Kind, daß seine Existenz auf einen Schädiger zurückzuführen sei, der in die körperliche Unversehrtheit seiner Mutter eingegriffen habe und hierfür Schmerzensgeld zahlen müsse, während seine Geschwister sämtlich gewünscht und geplant gewesen seien. Das Kind erfahre auch, daß seine Mutter als Ausgleich für seine Betreuung und Pflege monatlich einen Geldbetrag erhalte, während seine Geschwister die gleiche Betreuung ohne eine solche Geldleistung erhielten. Damit bleibe dem Kind seine besondere Situation innerhalb der Familie auf Dauer nicht verborgen. Die Mutter müsse es, um ihre Schadensersatzansprüche zu sichern, auf Dauer zum ungewünschten Kind erklären. Damit werde das Kind zwangsläufig zu der Erkenntnis gelangen, daß sich seine Eltern ihm nur deshalb nicht weniger widmeten als seinen Geschwistern, weil ihnen die Last seiner Existenz durch Schadensersatzzahlungen erleichtert werde.

11

Auch soweit die angegriffenen Entscheidungen der Klägerin ein Schmerzensgeld wegen der durch die Schwangerschaft erlittenen Beeinträchtigungen zusprechen, seien die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten. Würde für eine normale Schwangerschaft, die mit der Geburt eines gesunden, vollentwickelten Kindes ende, ein Schmerzensgeld zuerkannt, werde das Austragen des verfassungsrechtlich geschützten nasciturus als Lebensbeeinträchtigung im Sinne des § 847 BGB verstanden. Die Rechtsordnung erkenne ein haftungsrechtlich relevantes, in Geld formulierbares gesteigertes Genugtuungsbedürfnis für das Durchleben einer normalen Schwangerschaft nicht an. Die Schwangerschaft sei kein Eingriff in die körperliche Integrität der Frau. Diese Rechtsfortbildung sei auch mit dem numerus clausus der Schadensersatzansprüche in § 253 BGB nicht in Einklang zu bringen und verstoße gegen das Willkürverbot. Die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes für eine Schwangerschaft führe darüber hinaus zur Schaffung eines weiteren Haftungstatbestandes mit völlig unübersehbaren Konsequenzen, wodurch unzulässig in die ärztliche Berufsausübung eingegriffen werde.

12

4. Zu der Verfassungsbeschwerde haben das Bayerische Staatsministerium der Justiz, der Präsident des Bundesgerichtshofs und die Klägerin des Ausgangsverfahrens Stellung genommen.

13

a) Das Staatsministerium vertritt die Auffassung, daß die angegriffenen Urteile nicht die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten. Die Gerichte hätten keinen

14

neuen Haftungstatbestand geschaffen. Die angegriffenen Entscheidungen beruhen vielmehr auf einer nachvollziehbaren Auslegung und konsequenter Fortentwicklung des Schadensbegriffs des § 249 BGB. Es sei nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die Stichhaltigkeit der gegen die angegriffene Rechtsprechung vorgebrachten Argumente zu überprüfen, soweit es dabei um einfachrechtliche Fragen, insbesondere die zivilrechtliche Dogmatik, gehe.

Bedenken bestünden jedoch im Hinblick auf die von Verfassungen wegen zu schützende Menschenwürde des Kindes, weil das Bundesverfassungsgericht in einem obiter dictum festgestellt habe, daß die rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle wegen Art. 1 Abs. 1 GG nicht in Betracht komme. Zwar habe sich der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung mit diesem Argument im einzelnen auseinandergesetzt. Es erscheine indessen zweifelhaft, ob es mit den Wertvorstellungen des Grundgesetzes vereinbar sei, die (nicht geplante) Geburt eines Kindes rechtlich allein unter dem Gesichtspunkt der Unterhaltsbelastung der Eltern zu betrachten. Zwar entspreche diese Betrachtungsweise der Dogmatik des Schadensrechts. Dem besonderen, in erster Linie von immateriellen Beziehungen geprägten Verhältnis zwischen Eltern und Kind dürfte diese rein vermögensrechtliche Beurteilung jedoch nicht gerecht werden.

15

Die Zuerkennung von Schmerzensgeld für die mit einer Schwangerschaft verbundenen Beeinträchtigungen sei aus dem Gesichtspunkt der Rechtsfortbildung verfassungsrechtlich unbedenklich. Hiergegen dürften jedoch die gleichen verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen wie gegen die Bewertung des Unterhaltsaufwands für ein ungewolltes Kind als Schaden. Auch die Schwangerschaft der Mutter sei eine vom Dasein des Kindes nicht zu trennende Begleiterscheinung.

16

b) Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat eine Äußerung des Vorsitzenden des VI. Zivilsenats vorgelegt, in der im wesentlichen auf die Rechtsprechung dieses Senats hingewiesen wird. Ferner wird hervorgehoben, daß nur der Ehepartner, nicht aber jeder andere Sexualpartner in den Schutzzweck des Behandlungsvertrags einbezogen sei.

17

c) Die Klägerin des Ausgangsverfahrens hält die angegriffenen Entscheidungen für richtig und verweist darauf, daß bei familienplanerischen Entscheidungen finanzielle Erwägungen und Fragen der persönlichen Entfaltung von nicht unerheblicher Bedeutung seien. Es sei nicht zu verkennen, daß in Einzelfällen aus diesen Gründen auch Lösungen gegen das Kind gefunden würden. Das werdende Kind sei daher in dieser Willensbildungsphase in seinem Dasein erheblich gefährdet. Die Aussicht der Eltern, in einem solchen Fall von dem Arzt, der seine Pflichten schuldhaft verletzt habe, einen angemessenen Beitrag zur Lebensführung der Familie zu erhalten, nehme von den Eltern einen wesentlichen Teil des gegen das Kind gerichteten Entscheidungsdrucks. Es sei nicht nachvollziehbar, daß die Würde eines Menschen einen Dritten von der Haftung für schuldhaft fehlerhaftes Handeln entbinde. Zudem würden nicht nur die unmittelbaren wirtschaftlichen Verhältnisse des Kindes hiervon betroffen; wirt-

18

schaftlich benachteiligt seien in erster Linie alle anderen Familienmitglieder.

## II.

### Verfahren 1 BvR 307/94

19

1. Die Kläger zu 1) und 2) des Ausgangsverfahrens sind die Eltern einer 1982 geborenen von Geburt an geistig und körperlich behinderten Tochter. Weil sie eine genetische Disposition zur Zeugung behinderter Kinder befürchteten, suchten sie im August 1983 die damals vom Beschwerdeführer geleitete Abteilung für klinische Genetik eines Universitätsinstituts auf, um vor dem Entschluß zu einem weiteren Kind die Gefahr von Erbkrankheiten abklären zu lassen. Der Beschwerdeführer unterzeichnete einen Arztbrief, der den beiden Klägern abschriftlich zur Kenntnis gebracht wurde. Danach war eine vererbare Störung äußerst unwahrscheinlich; dem Ehepaar müsse nicht von einer weiteren Schwangerschaft abgeraten werden. Im März 1985 wurde die zweite Tochter mit den gleichen geistigen und körperlichen Behinderungen wie ihre Schwester geboren.

20

2. a) Das Landgericht wies die Klage auf Unterhaltersatz (der Eltern) sowie auf Schmerzensgeld (der Mutter und der behinderten Tochter) mit der Begründung ab, daß den Klägern der Beweis einer pflichtwidrigen Beratung nicht gelungen sei.

21

b) Das Oberlandesgericht sprach den Eltern auf ihre Berufung den Ersatz des materiellen Schadens zu, der ihnen durch den gesamten Unterhaltsaufwand für das behinderte Kind entstanden sei und entstehen werde. Der Mutter billigte es darüber hinaus ein Schmerzensgeld zu. Eigene Ansprüche des Kindes lehnte es ab.

22

Das Oberlandesgericht hielt den Beweis für erbracht, daß die fehlerhafte und unzureichende genetische Beratung für den geltend gemachten Schaden ursächlich gewesen sei, da die geistigen und körperlichen Behinderungen des Kindes - jedenfalls auch - auf eine genetische Störung zurückzuführen seien und die Eltern bei vollständiger und zutreffender Beratung von der Zeugung eines weiteren Kindes Abstand genommen hätten. Der Höhe nach sei den Eltern der gesamte Unterhaltsaufwand zu ersetzen, nicht nur der krankheitsbedingte Mehrbedarf des Kindes. Der Mutter stehe ferner aus Deliktsrecht Schmerzensgeld in Höhe von 10.000 DM zu, weil infolge des Beratungsfehlers Schwangerschaft und Geburt ungewollt gewesen und damit als Körperverletzung anzusehen seien. Dabei wurden stationäre Klinikaufenthalte während der Schwangerschaft infolge drohender Frühgeburt und die Kaiserschnittentbindung wegen vorzeitiger Lösung der Plazenta schmerzensgelderhöhend bewertet. Hingegen wurde eine seelische Belastung "durch das Haben eines gesundheitlich beeinträchtigten Kindes" bei der Schmerzensgeldbemessung nicht berücksichtigt.

23

Die Berufung des Kindes wurde zurückgewiesen, weil mit der Zuerkennung unmittelbarer Schadensersatzansprüche an das geschädigt geborene Kind die Grenzen überschritten würden, innerhalb derer eine rechtliche Anspruchsregelung tragbar sei. Der Mensch habe sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet sei, ohne daß ihm ein Anspruch auf seine Nichtexistenz oder auf Verhütung durch andere

24



zuerkannt werden dürfe (unter Berufung auf BGHZ 86, 240; 89, 95).

c) Das Kind hat die zunächst eingelegte Revision zurückgenommen. Die Revision des Beschwerdeführers wurde vom Bundesgerichtshof lediglich hinsichtlich der vertraglichen Haftung auf Schadensersatz angenommen und zurückgewiesen (BGHZ 124, 128). 25

In den Gründen heißt es: Der Senat halte an seiner Rechtsprechung fest, daß die vertragliche Arzthaftung den Unterhaltsaufwand für ein Kind umfassen könne. Diese Rechtsprechung sei auf den Fall der fehlerhaften genetischen Beratung vor Zeugung eines Kindes übertragbar. Zwar habe der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 28. Mai 1993 im Leitsatz 14 sowie unter D V 6 der Gründe (vgl. BVerfGE 88, 203 <296>) in diesem Punkt Bedenken erhoben. Auch wenn den Ausführungen keine Bindungswirkung zukomme und der Senat seine Rechtsprechung schon mehrfach kritischer Prüfung unterzogen habe, machten sie doch eine neuerliche eingehende Überprüfung der Rechtslage erforderlich. Der Senat vermöge indessen dem Hinweis des Bundesverfassungsgerichts keine Begründung zu entnehmen, die im vorliegenden Fall einer Beurteilung der Aufwendungen für den Unterhalt als Schaden entgegenstehe. 26

Ausgangspunkt für die rechtliche Wertung des Unterhaltsaufwands als Schaden sei die vertragliche Haftung des Arztes für die Erfüllung der medizinischen Anforderungen zur Erzielung des Erfolgs der Behandlung oder Beratung, die er übernommen habe. Dieser haftungsrechtliche Ansatz gelte allerdings nur für Verträge, gegen deren Rechtmäßigkeit keine Bedenken bestünden. Es könne daher offenbleiben, ob ein Schwangerschaftsabbruch, der aus den Gründen des genannten Urteils des Bundesverfassungsgerichts für nicht gerechtfertigt erklärt werden müsse, nach der Rechtsordnung noch Ansatz für einen Schadensersatzanspruch sein könne. Beratungsverträge, durch die bereits die Zeugung eines erbgeschädigten Kindes verhindert werden solle, hätten ebenso wie die auf Vermeidung der Geburt eines Kindes gerichteten Sterilisationsverträge die Herbeiführung eines rechtmäßigen Erfolges zum Ziel. Der Wunsch der Eltern eines behinderten Kindes, die Zeugung eines weiteren Kindes vom Ergebnis einer genetischen Beratung abhängig zu machen, begegne nicht einmal moralischen Bedenken, sondern sei in hohem Maße von elterlicher Verantwortung geprägt. Sei aber ein Vertrag auf ein von der Rechtsordnung erlaubtes Ziel gerichtet, so habe der Arzt für die Erreichung dieses Vertragszwecks durch die Erfüllung der von ihm übernommenen Pflichten auch haftungsrechtlich einzustehen. Insofern ergäben sich keine verfassungsrechtlichen Bedenken; vielmehr werde auch in dem genannten Urteil des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich hervorgehoben, daß die Schlechterfüllung ärztlicher Behandlungs- oder Beratungspflichten grundsätzlich zivilrechtliche Haftungsfolgen auslösen könne. Diene die Übernahme der medizinischen Aufgabe durch den Arzt der Erreichung eines erlaubten Vertragszwecks, könne das nicht ohne rechtliche Verantwortung für den Arzt und nicht ohne Konsequenzen für das Haftungsrecht bleiben. Vielmehr sei der haftungsrechtliche Schutz, der einem Vertragspartner zukommen müsse, letztlich Auswirkung des medi- 27

zinischen Fortschritts, wenn dieser in Einklang mit der Rechtsordnung derartige Möglichkeiten zur Vermeidung der Geburt eines Kindes eröffne. Bei einer solchen Sachlage würde es einen gravierenden Eingriff in das Gefüge vertraglicher Interessen darstellen, wenn der Arzt von den haftungsrechtlichen Konsequenzen einer schuldhaften Verletzung seiner Vertragspflichten freigestellt würde.

Auch unter Berücksichtigung der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts sei kein sich aus der Verfassung ergebender Grund zu erkennen, der einen derart schwerwiegenden Eingriff in die zivilrechtliche Vertragshaftung erforderlich machen könnte. Der Senat halte es schon seit seinem Leiturtel vom 18. März 1980 (BGHZ 76, 249 <253 f.>) für unzulässig, die Existenz des Kindes selbst als Schaden anzusehen. Das stehe in Übereinstimmung mit der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts. Das Schlagwort "Kind als Schaden" stelle eine unangemessene und aus rechtlicher Sicht auch untaugliche Betrachtung dar. Der Schaden bestehe in dem durch die planwidrige Geburt des Kindes ausgelösten Unterhaltsaufwand. Die Unterscheidung zwischen der Existenz des Kindes und seinem unbestreitbaren Wert als Persönlichkeit einerseits und der sich für die Eltern ergebenden Unterhaltsbelastung andererseits bedeute keine künstliche Aufspaltung der "personalen Ganzheit", sondern erweise sich aus schadensrechtlicher Sicht als folgerichtig. Erst die Belastung der Eltern mit dem Unterhalt stelle die den Schaden kennzeichnende Vermögensminderung dar.

28

Die Eltern würden durch die teilweise Beteiligung des Arztes an ihrer wirtschaftlichen Belastung auch nicht von ihrer Unterhaltspflicht gegenüber ihrem Kind freigestellt. Bei dem schadensrechtlich erforderlichen Vergleich der wirtschaftlichen Lage mit und ohne Schadensereignis würden nämlich nicht etwa Existenz und Nichtexistenz des Kindes in dem Sinne miteinander verglichen, daß die Nichtexistenz des Kindes als positiver, seine Existenz hingegen als negativer Vermögensfaktor zu berücksichtigen wäre. Dies müßte unter dem Blickpunkt der Würde des Menschen nach Art. 1 GG verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen. Ein derartiger Vergleich wäre auch aus schadensrechtlicher Sicht verfehlt. Diese beschränke sich allein auf die wirtschaftliche Seite des komplexen Lebenssachverhalts, den die Geburt eines Kindes bedeute. Bei dem für eine Schadensermittlung erforderlichen Vergleich der Vermögenslagen sei nur die wirtschaftliche Situation des Unterhaltsverpflichteten mit und ohne Unterhaltsbelastung in Ansatz zu bringen. Es werde dabei nicht verkannt, daß die wirtschaftliche Belastung erst durch die Existenz des Kindes ausgelöst werde. Dabei handele es sich jedoch um einen naturwissenschaftlichen Kausalzusammenhang, der für sich genommen wertfrei sei. Auch bei einem "Wunschkind" werde die Unterhaltsverpflichtung für die Eltern in der Vermögensbilanz als wirtschaftliche Belastung fühlbar, ohne daß sich dies auf das Verhältnis von Eltern und Kind negativ auswirke.

29

Der Senat habe - mit Stimmen in der Literatur - erwogen, ob es unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten geboten sein könnte, in Beratungsfällen der vorliegenden Art oder bei fehlgeschlagener Sterilisation einen Anspruch auf billige Entschädi-

30

gung in Geld für einen immateriellen Schaden durch die Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Eltern zuzuerkennen. Eine derartige Betrachtung würde aber von einem Vergleich mit der Lage ohne die Existenz des Kindes nicht freistellen. Die Qualifizierung als immaterieller Nachteil für seine Eltern würde vielmehr unmittelbarer und gravierender auf die Person des Kindes ausstrahlen als die Feststellung der wirtschaftlichen Belastung der Eltern und ihre (teilweise) Entlastung durch den Arzt.

Die Anknüpfung der Schadensersatzpflicht an den Unterhalt wirke sich auch nicht negativ auf Persönlichkeit und Dasein des Kindes aus. Die Abnahme der wirtschaftlichen Belastung durch den Arzt sei nämlich entsprechend der Ausgleichsaufgabe von Schadens- und Haftungsrecht auf eine rein vermögensmäßige Bedeutung beschränkt und belege weder das Kind mit einem Makel noch stelle es gar sein Lebensrecht in Frage. Nach dem Gesetz und der schadensrechtlichen Praxis sei der Schadensbegriff nicht mit einer so negativen Bedeutung versehen, daß es sich von daher verbieten müßte, finanzielle Belastungen aus der Geburt eines Kindes als Schaden anzusehen. Insbesondere bedeute die Beurteilung der Unterhaltsbelastung als Schaden im Verhältnis zwischen Eltern und Arzt nicht etwa, daß über das Kind ein Unwerturteil ausgesprochen und es durch die Verbindung mit dem Begriff "Schaden" in seiner Persönlichkeit herabgewürdigt werde.

31

Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs habe bewußt davon abgesehen, die Begriffe Vermögen und Vermögensschaden festzulegen, sie vielmehr der Wissenschaft und Praxis zur Ausbildung überlassen. Die Rechtsprechung habe von Anfang an als Schaden die Verminderung von Aktiv- oder die Vermehrung von Passivposten in einem rechnerischen Vergleich der durch das schädigende Ereignis eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen zugrunde gelegt, die sich ohne das Ereignis ergeben hätte (vgl. Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen BGHZ 98, 212 <217 f.>). Die Differenzmethode sei eine an sich wertneutrale Rechenoperation, enthebe allerdings nicht davon, die in die Differenzbildung einzusetzenden Rechnungsposten wertend nach dem Schutzzweck der Haftung und der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes zu bestimmen. Sei jedoch der Vertrag mit dem Arzt auch darauf gerichtet gewesen, eine Unterhaltsbelastung der Eltern zu vermeiden, so sei diese Belastung sowohl vom Schutzzweck des Vertrages wie auch vom Ausgleichszweck des Schadensersatzes her als Vermögensschaden anzusehen. Mit dem schadensrechtlichen Vergleich der Vermögenslagen werde nicht etwa menschliches Dasein in entwürdigender Weise auf eine buchhalterisch-bilanzierende Sicht verengt. Es gehe um eine Methode zur Ermittlung von vermögensmäßigen Auswirkungen, auf die das Schadensrecht immer angewiesen sei. Bedeute Schadensersatz mithin nach heutigem Verständnis eine gerechte Lastenverteilung nach den jeweiligen Haftungskriterien, nicht aber eine Sanktion schädlichen Verhaltens, so sei nicht ersichtlich, weshalb die Beurteilung der Unterhaltspflicht als Schaden der Würde des Kindes abträglich sein könnte. Die Zubilligung von Schadensersatz gerade in Fällen der vorliegenden Art könne für das Kind sogar dienlich sein, weil hierdurch seine wirtschaftliche Lage verbessert und möglicherweise seine Wertschätzung innerhalb der Familie

32

noch erhöht werde.

Die Überbürdung von Unterhaltslasten auf den behandelnden Arzt erscheine dann besonders einleuchtend, wenn er infolge seines Beratungsfehlers für die mitunter existenzgefährdenden wirtschaftlichen Lasten mitverantwortlich sei, die ein schwerbehindertes, dauernd pflegebedürftiges Kind verursache. Für die Eltern verbleibe auch in solchen Fällen, in denen der Arzt nicht wie bei der Geburt eines gesunden Kindes einen von vornherein durch die Regelunterhaltssätze beschränkten Teil der Unterhaltsbelastung, sondern den durch den Vermögensvergleich erfaßbaren Vermögensaufwand voll zu übernehmen habe, der gesamte übrige Betreuungsaufwand sowie ein beträchtliches Maß an vermögensmäßigen Leistungen und Verzichten, die sie nicht auf den Schädiger abwälzen könnten. Daß diese beschränkte wirtschaftliche Entlastung der Eltern in einem Zusammenhang mit einem verfassungsrechtlich unzulässigen Angriff auf die Würde des Kindes stehen solle, vermöge der Senat nicht zu erkennen.

33

Auch wenn der Schadensausgleich in solchen Fällen die herkömmliche Rechtsauffassung vor Anforderungen stelle, die der Gesetzgeber bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch nicht habe bedenken können, sei die Rechtsprechung zu einer Entwicklung des Haftungs- und Schadensrechts aufgerufen, das hier eine ausreichende Grundlage abgebe, um im Zivilrecht auf den Fortschritt der Fortpflanzungsmedizin und auf die dort in Anspruch genommenen Einwirkungs- und Steuerungskompetenzen angepaßt zu antworten. Wenn und soweit die Inanspruchnahme von Steuerungskompetenz durch die Medizin nicht gegen die Menschenwürde verstoße, könne nach Auffassung des Senats nichts anderes gelten für eine zivilrechtliche Haftung für die Folgen, in denen das Ausmaß der vom Arzt übernommenen Verantwortung sichtbar werde.

34

Der Unterhaltsaufwand für ein schwerbehindertes Kind sei auch nicht teilbar in einen solchen, der für ein hypothetisch gesundes Kind familienrechtlich geschuldet werde, und einen solchen, der durch den Gesundheitsschaden zusätzlich bedingt sei. Der erforderliche Aufwand für die Existenzsicherung eines schwerbehinderten Kindes sei unteilbar. Es sei mit der Achtung vor der Person des Kindes im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar, an seine Existenz und die sich hieraus im einzelnen ergebenden Bedürfnisse den Maßstab eines "normalen" Kindes anzulegen. Die Freistellung der Eltern vom gesamten Unterhaltsbedarf auch in solchen Fällen sei deshalb keinesfalls mit einer Mißachtung der Würde des Kindes verbunden, sondern geeignet, diese schadensrechtlich zu schützen und zu gewährleisten.

35

3. Mit der Verfassungsbeschwerde greift der Beschwerdeführer die Urteile des Oberlandesgerichts und des Bundesgerichtshofs an, soweit er zum Ersatz der Unterhaltsaufwendungen verurteilt worden ist. Er rügt die Verletzung von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG sowie vorsorglich auch Art. 12 und Art. 14 GG.

36

Der Bundesgerichtshof habe bei der Auslegung des Begriffs "Schaden" Verfas-

37

sungsprinzipien, insbesondere Art. 1 Abs. 1 GG, grundlegend unzutreffend bewertet und dadurch die Bindung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht beachtet. Ein solcher Verstoß könne über Art. 2 Abs. 1 GG gerügt werden. Die rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle komme von Verfassungs wegen auch dann nicht in Betracht, wenn das Kind behindert sei. Dies habe der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts im Urteil vom 28. Mai 1993 ausgesprochen. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten, verbiete es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen. Das beruhe auf Art. 1 Abs. 1 GG. Das Kind würde sonst zum bloßen Objekt eines rechtlichen Anspruchs herabgewürdigt; sein Dasein würde zu einem bloßen Schadensposten verkommen, eingestellt in die Schadensberechnung in Gestalt einer "wirtschaftlichen Belastung".

Die Aufspaltung zwischen der Existenz des Kindes und der sich für die Eltern hieraus ergebenden Unterhaltsbelastung sei künstlich und willkürlich. Gerade die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Beschränkung der Betrachtungsweise auf die wirtschaftliche Seite sei es, die das Kind zum bloßen Objekt einer Schadensberechnung herabwürdigte. Durch die Anerkennung der Unterhaltsbelastung als Schaden werde die Unerwünschtheit des Kindes verfestigt und diesem selbst - sobald es die erforderliche Erkenntnisfähigkeit habe - drastisch vor Augen geführt. Daß diese Erkenntnis seelische Schäden des Kindes zur Folge haben werde, lasse der Bundesgerichtshof außer Betracht. Aus dem wertbetonten Gesamtkomplex der durch die Geburt eines Menschen begründeten Sonderbeziehungen ließen sich nicht einzelne Verpflichtungen isolieren. Dadurch werde die personale Ganzheit des Menschen gezeugnet. Der Verbund der zwischen Eltern und Kind gegenseitig bestehenden, verzahnten Rechte und Pflichten könne nicht willkürlich aufgesprengt werden; dies lasse die gegenseitigen immateriellen Beziehungen völlig außer acht.

38

Ein Verstoß gegen spezifisches Verfassungsrecht, der über Art. 2 Abs. 1 GG gerügt werden könne, liege zumindest insoweit vor, als der Beschwerdeführer nicht nur zum Ersatz des aufgrund der Behinderungen sich ergebenden Mehrbedarfs des Kindes verurteilt worden sei, sondern darüber hinaus zum Ersatz des gesamten Unterhaltsaufwands. Die Anerkennung auch des gewöhnlichen Unterhaltsaufwands als Schaden würdige endgültig bereits die bloße Existenz des Kindes zu einer nicht erwünschten wirtschaftlichen Belastung herab. Ein Kind zum Gegenstand eines Anspruchs auf dessen Nichtexistenz zu machen, sei mit der verfassungsrechtlich geschützten Würde dieses Kindes, mit seinem verfassungsrechtlichen Anspruch auf uneingeschränkte Anerkennung seines Lebensrechtes durch die gesamte Rechtsordnung nicht in Einklang zu bringen.

39

Nur vorsorglich werde auch die Verletzung der Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG gerügt. Ein Eingriff in den konkreten Bestand des Vermögens könne auch in einem vollstreckbaren Urteil aufgrund einer verfassungsrechtlich zumindest im vorliegenden Umfang nicht zulässigen Schadensersatzverpflichtung liegen. Ferner werde in sein Grundrecht auf freie Berufsausübung dadurch rechtswidrig eingegriffen,

40

daß er mit einer verfassungsrechtlich nicht zulässigen Begründung auf Schadensersatz in Anspruch genommen würde.

4. Zu der Verfassungsbeschwerde haben der Deutsche Juristinnenbund, die Beklagten zu 2) und 3) (ein Klinikarzt an dem Institut und die Universität) sowie die Kläger des Ausgangsverfahrens Stellung genommen. Der Bundesgerichtshof hat sich auf seine Stellungnahme im Verfahren 1 BvR 479/92 bezogen. 41

a) Der Deutsche Juristinnenbund hält die Verfassungsbeschwerde für begründet, soweit es um die Haftung der Ärzte für den allgemeinen Lebensbedarf eines minderjährigen Kindes geht, hingegen für unbegründet, soweit der Beschwerdeführer verurteilt worden ist, den behinderungsbedingten, in Geld faßbaren Mehrbedarf eines minderjährigen Kindes zu zahlen. Die Gewährleistung des allgemeinen Lebensunterhalts für ein gesundes oder behindertes minderjähriges Kind sei Ausfluß der Personensorge. Sie sei mit der Elternschaft verbunden und von den Umständen der Zeugung oder Geburt auch dann unabhängig, wenn ein Behandlungs- oder Beratungsfehler für die Geburt des Kindes mitursächlich gewesen sei. Personengebundene familienrechtliche Verpflichtungen könnten nicht im Wege des Schadensausgleichs verlagert werden. Etwas anderes gelte für den durch die Behinderung des minderjährigen Kindes bedingten Mehraufwand. Auch insoweit seien die Eltern zur Abdeckung dieses - abgrenzbaren - über die allgemeinen Lebenshaltungskosten hinausgehenden Bedarfs verpflichtet. Für diesen finanziell feststellbaren Mehrbedarf habe ein Schädiger grundsätzlich einzustehen. Insofern gebe die Vorschrift des § 843 Abs. 4 BGB vor, daß ein Schadensersatzanspruch nicht dadurch ausgeschlossen werde, daß ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren habe. Alleiniger Prüfungsmaßstab sei Art. 2 Abs. 1 GG. Eine nicht an der Verfassung ausgerichtete Auslegung des Begriffs Schaden würde zu einer übermäßigen Belastung mit Schadensersatzansprüchen und damit zu einer grundgesetzwidrigen Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit führen. 42

b) Die Beklagten zu 2) und 3) des Ausgangsverfahrens halten die Verfassungsbeschwerde für begründet. Den angefochtenen Entscheidungen liege ein Schadensbegriff zugrunde, der mit den in Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Grundprinzipien unvereinbar sei und den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG verletze. Es könne nicht zwischen dem Dasein eines Kindes als solchem und der damit verbundenen Unterhaltslast unterschieden werden. Vielmehr müsse aus der Verpflichtung zur Achtung der Würde des Menschen die unabdingbare Folgerung gezogen werden, daß der Unterhalt für ein Kind generell nicht als Schaden angesehen werden könne. 43

c) Die Kläger des Ausgangsverfahrens halten die angegriffenen Entscheidungen für verfassungsgemäß. Bei den Ausführungen des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts handele es sich um ein obiter dictum, dem die Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG fehle; denn der Ausspruch über Schaden und Unterhalt sei durch den Gegenstand des Normenkontrollverfahrens nicht geboten gewesen. Die 44

Aufgabe und die Pflicht der Eltern, ihr Kind dauernd als zur Familie voll zugehörig und liebend aufzunehmen, werde durch die Überbürdung des Unterhaltsanspruchs auf einen Dritten nicht geschmälert. Die Würde des Kindes werde dadurch nicht berührt. Das Dasein des Menschen sei an materielle Voraussetzungen oder Bedingungen geknüpft. Wer solche Unterhaltsansprüche zur Entstehung bringe, greife dadurch nicht in die Würde des Erzeugten ein, sondern ermögliche nur seine materielle Existenz. Auch nach § 844 Abs. 2 BGB würden Unterhaltspflichten als Schadenswiedergutmachung auf Dritte übertragen, ohne daß dadurch der Berechtigte in seinem Dasein um seiner selbst willen mißachtet werde.

### III.

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat sich in Form eines Beschlusses vom 22. Oktober 1997 zu dem vorliegenden Verfahren geäußert: Er ist mehrheitlich der Ansicht, daß es sich bei der in BVerfGE 88, 203 <296> geäußerten Rechtsauffassung, es sei von Verfassungs wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht gestattet, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen, um eine die Entscheidung des Senats tragende Rechtsansicht handele. Ferner ist er mehrheitlich der Auffassung, daß die Entscheidung der Vorfrage, ob eine Rechtsansicht tragende Bedeutung hat, von dem Plenum entschieden werden müsse, wenn der Senat, der die Rechtsauffassung geäußert hat, erklärt hat, daß ihr tragende Bedeutung zukomme, während der andere Senat sie nicht für tragend hält. 45

Eine Anfrage nach § 48 Abs. 2 GOBVerfG durch den Ersten Senat ist nicht erfolgt. 46

### B.

Die Verfassungsbeschwerden sind unbegründet. Die angegriffenen Entscheidungen überschreiten nicht die Grenzen, welche der Entwicklung des Rechts durch richterliche Entscheidungen von Verfassungs wegen gesetzt sind (I). Sie verstoßen auch in ihrem sachlichen Gehalt nicht gegen Grundrechte (II). 47

### I.

Die angegriffenen Entscheidungen, mit denen die Beschwerdeführer zu Schadensersatz und Schmerzensgeld verurteilt worden sind, wahren die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, so daß eine Grundrechtsverletzung unter diesem Gesichtspunkt ausscheidet. 48

1. Die der Verurteilung zugrunde liegenden Vorschriften des zivilen Vertrags- und Deliktsrechts (insbesondere §§ 611, 276, 249 BGB sowie § 823 Abs. 1, § 847 BGB) begegnen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie haben von jeher dem Richter als ausreichend bestimmte Grundlage zur Entscheidung von Haftungsfragen gedient. 49

2. Die Auslegung dieser Vorschriften durch die Zivilgerichte überschreitet nicht die Grenzen richterlicher Entscheidungsbefugnis, die sich aus Art. 20 Abs. 2 und 3 GG 50

ergeben.

a) Die Auslegung des einfachen Gesetzesrechts einschließlich der Wahl der hierbei anzuwendenden Methode ist Sache der Fachgerichte und vom Bundesverfassungsgericht nicht auf ihre Richtigkeit zu untersuchen. Das Bundesverfassungsgericht hat nur zu gewährleisten, daß dabei die Anforderungen des Grundgesetzes eingehalten werden. 51

Art. 20 Abs. 2 GG verleiht dem Grundsatz der Gewaltenteilung Ausdruck. Auch wenn dieses Prinzip im Grundgesetz nicht im Sinn strikter Trennung der Funktionen und Monopolisierung jeder einzelnen bei einem bestimmten Organ ausgestaltet worden ist (vgl. BVerfGE 9, 268 <279 f.>; stRspr), so schließt es doch jedenfalls aus, daß die Gerichte Befugnisse beanspruchen, die von der Verfassung eindeutig dem Gesetzgeber übertragen worden sind (vgl. BVerfGE 4, 219 <234>; stRspr). Art. 20 Abs. 3 GG bindet die Rechtsprechung an Gesetz und Recht. Damit wäre es unverträglich, wenn sich die Gerichte aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben, also objektiv betrachtet sich der Bindung an Recht und Gesetz entziehen würden (vgl. BVerfGE 87, 273 <280> m.w.N.). 52

Diese Verfassungsgrundsätze verbieten es dem Richter allerdings nicht, das Recht fortzuentwickeln. Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers sowie der offenen Formulierung zahlreicher Normen gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse im Gegenteil zu den Aufgaben der Dritten Gewalt. Das gilt insbesondere bei zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Einzelfallentscheidung. Das hat das Bundesverfassungsgericht gerade mit Blick auf das Bürgerliche Gesetzbuch ausgesprochen (vgl. BVerfGE 34, 269 <288 f.>). 53

Der Richter darf sich dabei allerdings nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen. Seine Aufgabe beschränkt sich darauf, diesen unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen. Handelt es sich bei den veränderten Bedingungen um neuartige, durch den wissenschaftlich-technischen Fortschritt geschaffene Handlungs- oder Einwirkungsmöglichkeiten, so wird die Rechtsfindung in der Regel in einer Ausweitung des Anwendungsfeldes einer bereits geläufigen Auslegung bestehen. Die Zwecksetzungsprärogative des Gesetzgebers wird dadurch regelmäßig nicht berührt. 54

Da auch die Rechtsfortbildung das einfache Recht betrifft, obliegt die Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang gewandelte Verhältnisse neue rechtliche Antworten erfordern, ebenfalls den Fachgerichten. Das Bundesverfassungsgericht darf deren Würdigung daher grundsätzlich nicht durch seine eigene ersetzen. Seine Kontrolle beschränkt sich unter dem Gesichtspunkt von Art. 20 GG darauf, ob das Fachgericht bei der Rechtsfortbildung die gesetzgeberische Grundentscheidung respektiert hat und den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung gefolgt ist. 55



b) Diesem Maßstab halten die angegriffenen Entscheidungen sowohl hinsichtlich der vertraglichen Haftung für den Kindesunterhalt als auch in bezug auf das Schmerzensgeld wegen einer gegen den Willen der Frau eingetretenen Schwangerschaft und Geburt stand. 56

Hinsichtlich der Vertragshaftung fußen die angegriffenen Entscheidungen auf dem herkömmlichen Verständnis des Vermögensschadens, wonach grundsätzlich auch Unterhaltsverpflichtungen als Schaden im Sinne des § 249 BGB angesehen werden können, sowie auf der Schadensermittlung nach der Differenzmethode. Der Bundesgerichtshof mißt die vertragliche Haftung am Vertragszweck - Vermeidung von Zeugung und Geburt eines ehelichen Kindes auch aus wirtschaftlichen Gründen - und beschränkt den Schutzbereich des Vertrages auf die Ehepartner. Die Entscheidungen beruhen auf den seit langem entwickelten Grundsätzen zur allgemeinen Vertragshaftung, die auf neue Fälle der ärztlichen Berufstätigkeit erstreckt worden sind. Ob eine Fortentwicklung der Schadensersatzrechtsprechung in eine andere Richtung möglich gewesen wäre, bedarf hier keiner Erörterung, da das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich nicht einfachrechtliche Fragen zur zivilrechtlichen Dogmatik zu überprüfen hat. Es entspricht jedenfalls der Konsequenz des langjährig entwickelten Arzthaftungsrechts, daß in Fällen der vorliegenden Art das Zivilrecht auf neue Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin angemessene Antworten gesucht hat. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß der Bundesgerichtshof zugleich bei der Festlegung des Umfangs der Schadensersatzpflicht rechtsfortbildende Einschränkungen für erforderlich gehalten hat. Der Bundesgerichtshof hat richterrechtlich die Haftung des Arztes im Hinblick auf Wertentscheidungen am Schnittpunkt schadens- und familienrechtlicher Probleme eingengt. Das stellt den Weg für die Schadensermittlung nicht in Frage. 57

Auch soweit die Entscheidungen den ungewollt schwangeren Frauen Schmerzensgeld für die mit der Schwangerschaft und der Entbindung verbundenen Beschwerden zusprechen, sind die Grenzen richterlicher Rechtsfindung nicht überschritten. Die Rüge einer unzulässigen Ausweitung des § 253 BGB berücksichtigt nicht ausreichend, daß § 847 BGB die Geldentschädigung für immaterielle Schäden ausdrücklich zuläßt. Soweit der Bundesgerichtshof eine ungewollte Schwangerschaft als unbefugten erheblichen Eingriff in die körperliche Integrität und damit als Körperverletzung bewertet, bewegt er sich im Rahmen herkömmlicher zivilrechtlicher Dogmatik. 58

## II.

Die im Wege zulässiger richterlicher Auslegung und Rechtsfortbildung getroffenen Entscheidungen sind auch in ihrem sachlichen Gehalt mit dem Grundgesetz vereinbar. 59

Prüfungsgegenstand sind insoweit die Auslegung verfassungsrechtlich unbedenklicher Normen sowie Ergebnis und Begründung der Rechtsgewinnung durch zivilgerichtliche Entscheidungen. Die Beschwerdeführer wenden sich dagegen, daß sie für 60

den Unterhalt eines Kindes haften müssen, wenn sie bei der Sterilisation ihre vertraglichen Pflichten nicht erfüllt haben und deshalb ein Kind zur Welt kommt oder wenn infolge der fehlerhaft durchgeführten genetischen Beratung die Eltern von einer sonst gewählten Verhütung Abstand nehmen und ein behindertes Kind gezeugt und geboren wird. Nach ihrer Ansicht dürfen von Verfassungs wegen weder die Unterhaltspflicht der Eltern als Schaden im Sinne des Vertragsrechts noch die mit der Schwangerschaft und Geburt verbundenen Beschwerden als Schaden im Sinne des Deliktsrechts begriffen werden.

1. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Eigentums in Art. 14 Abs. 1 GG greift zugunsten der Beschwerdeführer nicht ein. Der Schutzbereich dieses Grundrechts wird durch die Auferlegung von Geldleistungspflichten grundsätzlich nicht berührt (vgl. BVerfGE 95, 267 <300>; stRspr). Die Verurteilung der Beschwerdeführer zur Zahlung eines Geldbetrages aus Vertragsverletzung oder aufgrund deliktischer Haftung ist kein Eingriff in ein (etwaiges) Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb, so daß offenbleiben kann, ob sich der Schutz des Art. 14 GG darauf erstreckt (vgl. BVerfGE 84, 212 <232>).

61

2. Am Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG sind die zur Prüfung gestellten Entscheidungen ebenfalls nicht zu messen. Die zivilrechtlichen Folgen der Schlechterfüllung von Verträgen und die Haftung für Schäden, die aus unerlaubter Handlung entstehen, treten unabhängig davon ein, ob die Haftungsvoraussetzungen bei Ausübung des Berufs erfüllt werden oder nicht. Weder die zugrunde liegenden Normen des Zivilrechts noch ihre Anwendung in den Ausgangsverfahren betreffen berufsspezifische Sanktionen. Die Verpflichtung zum Schadensersatz kann allenfalls mittelbar Auswirkungen auf die Ausübung der beruflichen Tätigkeit haben, indem sie die Erwartung sorgfältiger Vertragserfüllung unter Einhaltung des beruflichen Standards nachdrücklich unterstreicht und sich auch auf den Umfang der gebotenen Haftpflichtversicherung auswirkt. Vertrags- und Deliktsrecht gehören jedoch nicht zu den Normen, die nur in Randbereichen auch nicht berufsmäßig Handelnde betreffen und daher in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen; sie haben objektiv keine berufsregelnde Tendenz (vgl. BVerfGE 13, 181 <186>; 52, 42 <54>; 70, 191 <214>; 95, 267 <302>).

62

3. Als Prüfungsmaßstab für die Auferlegung von Geldleistungspflichten verbleibt demnach die in Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit. Das Grundrecht ist allerdings nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet. Dazu zählen alle Rechtsnormen, die formell und materiell mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Art. 2 Abs. 1 GG ist verletzt, wenn bei Auslegung und Anwendung solcher Normen gegen objektives Verfassungsrecht verstoßen wird. Dabei kann hier dahingestellt bleiben, inwieweit es Art. 2 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit einem Beschwerdeführer ermöglicht, sich auf die Verletzung objektiven Verfassungsrechts auch dort zu berufen, wo ihm der Schutzzweck der konkreten Grundrechtsnorm eindeutig nicht zugeordnet werden kann (vgl. hierzu BVerfGE 61, 82 <112 f.>; 85, 191 <205 f.>), diese vielmehr

63

Rechtspositionen zu schützen bestimmt ist, die dem im Ausgangsverfahren obsiegenden Prozeßgegner zuzuordnen sind. Denn die Beschwerdeführer rügen einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG und damit gegen ein tragendes Konstitutionsprinzip und den obersten Grundwert der freiheitlichen demokratischen Grundordnung (vgl. BVerfGE 6, 32 <36, 41>; 45, 187 <227>; 50, 166 <175>; 87, 209 <228>). Ob eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 oder 2 GG von den Beschwerdeführern gerügt werden könnte, bedarf keiner abschließenden Prüfung, weil diesen Vorschriften gegenüber Art. 1 Abs. 1 GG hier kein eigenständiges Gewicht zukommt.

a) Die Antwort auf zivilrechtliche Wertungsfragen wird durch die objektiven Grundsatzentscheidungen beeinflusst, die im Grundrechtskatalog der Verfassung zum Ausdruck kommen. Die Fachgerichte sind danach von Verfassungs wegen verpflichtet, bei der Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften die Grundrechte als "Richtlinien" zu beachten. Ebenso wie bei der Auslegung von Generalklauseln ist bei der Rechtsfortbildung in besonderem Maße auf die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen Bedacht zu nehmen. Übersehen oder verkennen die Gerichte deren Ausstrahlungswirkung bei der Entscheidung eines konkreten Falles, so verletzen sie als Träger öffentlicher Gewalt die dadurch betroffene Prozeßpartei in ihren Grundrechten (vgl. BVerfGE 89, 214 <229 f.> unter Bezugnahme auf BVerfGE 7, 198 <206 f.>). Für das Bundesverfassungsgericht ergibt sich daraus eine Kontrollkompetenz, die allerdings auf verfassungsrechtliche Fragen beschränkt ist. Sie betrifft nur Auslegungsfehler, die eine grundsätzlich unrichtige Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, erkennen lassen und auch in ihrer materiellen Tragweite von einigem Gewicht sind (BVerfGE 18, 85 <93>; 42, 143 <149>; 85, 248 <257 f.>).

64

Bei dieser verfassungsgerichtlichen Kontrolle zivilgerichtlicher Urteile ist zudem zu beachten, daß es geboten sein kann, auch auf seiten der durch die angegriffenen Entscheidungen Begünstigten den Schutzgehalt von Grundrechten in die Abwägung einzustellen. Vorliegend geht es um den Schnittpunkt von ärztlicher Verantwortlichkeit und Familiensphäre. Ermöglicht die Weiterentwicklung der Medizin ärztliche Hilfeleistung in dem höchst privaten und von den Geschlechtspartnern autonom zu verantwortenden Bereich der Zeugung, kommt insbesondere dem Delikts- und Vertragshaftungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Funktion zu, das hierdurch gefährdete Persönlichkeitsrecht von Eltern und Kind, die körperliche Unversehrtheit der Frau und die persönliche Selbstbestimmung der Eltern abzusichern. Der Ausgleich widerstreitender Interessen im einzelnen fällt hierbei der Rechtsprechung zu, soweit das bestehende Haftungsrecht einer solchen Fortentwicklung zugänglich ist. Dabei darf sie berücksichtigen, daß die Eheleute einseitig mit dem Risiko eines ärztlichen Fehlers belastet würden, wenn schuldhaftes ärztliches Handeln in diesem Bereich weitgehend sanktionslos bliebe.

65

b) Bei der Ausformung des Haftungstatbestandes hat der Bundesgerichtshof der Ausstrahlungswirkung des Art. 1 Abs. 1 GG hinlänglich Rechnung getragen.

66

(1) Mit der Menschenwürde als oberstem Wert des Grundgesetzes und tragendem Konstitutionsprinzip ist der soziale Wert und Achtungsanspruch des Menschen verbunden, der es verbietet, ihn zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt (BVerfGE 6, 32 <36, 41>; 30, 1 <26>). Jedem Menschen ist sie eigen ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Verletzbar ist der Wert und Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt (vgl. BVerfGE 87, 209 <228>). Was die Achtung der Menschenwürde im einzelnen erfordert, kann von den jeweiligen gesellschaftlichen Verhältnissen nicht völlig gelöst werden (vgl. BVerfGE 45, 187 <229>). Eine Verletzung des Achtungsanspruchs kann nicht nur in der Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung oder Ächtung von Personen (vgl. BVerfGE 1, 97 <104>), sondern auch in der Kommerzialisierung menschlichen Daseins liegen.

(2) Einen danach relevanten Fehler enthalten die angegriffenen Urteile nicht. 68

Das gilt zunächst für die Annahme, daß Sterilisation und genetische Beratung vor der Zeugung eines Kindes von der Rechtsordnung gebilligt werden und rechtmäßig sind. Unbedenklich ist weiterhin die Annahme, daß ein Arzt, der vertraglich solche Aufgaben übernimmt, für schuldhaftes Fehlverhalten eintreten muß. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß die Unterhaltspflicht für ein Kind in den hier zu beurteilenden Sachverhalten als Schaden anzusehen ist, stellt auch keine Kommerzialisierung dar, die das Kind seines Eigenwertes beraubt. Das Haftungsgefüge des Zivilrechts berührt grundsätzlich auch dort die Menschenwürde nicht, wo ein Schadensersatzanspruch unmittelbar an die Existenz eines Menschen anknüpft. Damit werden nicht Menschen zu Objekten, also zu vertretbaren Größen im Rahmen von vertraglichen oder deliktischen Beziehungen herabgewürdigt. Die zivilrechtlichen Vorschriften und ihre Auslegung durch die Rechtsprechung sind auf eine gerechte Lastenverteilung angelegt. Sie haben nicht zur Folge, daß elementare Persönlichkeitsbereiche kommerzialisieren werden. Die Anwendung des Schadensersatzrechts auf personale Beziehungen macht nicht den Menschen als Person oder seine unveräußerlichen Rechte zum Handelsgut. Ebenso wenig enthält die - teilweise - Verlagerung der Unterhaltlast auf Dritte ein Unwerturteil über den jeweiligen Unterhaltsberechtigten. 69

Die personale Anerkennung eines Kindes beruht nicht auf der Übernahme von Unterhaltspflichten durch die Eltern. Auch nach bürgerlichem Recht ist die Existenz eines Kindes nur eine der tatbestandsmäßigen Bedingungen für die entstehende Unterhaltlast nach den §§ 1601 ff. BGB. Nicht jedes Kind ist unterhaltsbedürftig (§ 1602 Abs. 2 BGB). Unterhaltspflicht und Elternschaft können auseinanderfallen (vgl. BGHZ 72, 299; BGH, NJW-RR 1987, S. 898; BGHZ 129, 297). Der Adoption der Halbwaisen folgt keine volle Unterhaltsverpflichtung (§ 1755 Abs. 1 Satz 2 BGB i.V.m. § 48 Abs. 6 SGB VI). Schon das Reichsgericht unterschied zwischen dem Dasein des Kindes, das nicht als Schaden angesehen wurde, und der den Erzeuger treffenden Unterhaltsverpflichtung, die bei ihm als Vermögensschaden eingeordnet wurde (RGZ 108, 86). Das Bürgerliche Gesetzbuch begründet schadensersatzrechtliche 70

Beziehungen zwischen den zum Unterhalt verpflichteten Familienmitgliedern und einem Schädiger, ohne daß darin eine Herabsetzung oder Vergegenständlichung des Unterhaltsberechtigten zum Ausdruck käme (§ 844 Abs. 2 i.V.m. § 843 Abs. 4 BGB). Derselbe Ausgleichsgedanke wird in zahlreichen modernen Gesetzen zur Produkt-, Umwelt- und Verkehrshaftung aufgegriffen (vgl. die Nachweise bei Heinrichs, in: Palandt, BGB, 57. Aufl. 1998, Vorbem. vor § 249 Rn. 137). Auch die Einbeziehung des nasciturus in die Unfallversicherung setzt voraus, daß die Würde des Kindes nicht dadurch verletzt wird, daß die Unterhaltsverpflichteten eine Teilentlastung erfahren (vgl. BVerfGE 45, 376).

Es ist nicht darüber zu entscheiden, welche Form des Schadensausgleichs besser mit der zivilrechtlichen Dogmatik in Einklang zu bringen ist. Der Bundesgerichtshof hat den Weg über die vertragliche Haftung für materielle Schäden gewählt und nicht den des immateriellen Schadensersatzes, den er ebenfalls erwogen hat. Er hat hierbei darauf abgestellt, daß sowohl die Schadensermittlung über die Differenzmethode als auch die billige Entschädigung in Geld für den durch die ungewollte Zeugung entstandenen Schaden nicht von einem Vergleich der Lebenssituation der Eltern mit oder ohne Kind entbinden. Verfassungsrechtlich ist allein von Belang, daß die vom Bundesgerichtshof angestrebte Lastenverteilung unter Einbeziehung der den Eltern erwachsenden gesetzlichen Unterhaltspflichten nicht gegen Art. 1 Abs. 1 GG verstößt.

71

Es ist auch nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die Argumentation des Bundesgerichtshofs in allen Einzelheiten zu überprüfen. Sie steht nicht in Widerspruch mit Art. 1 Abs. 1 GG. Die zum Schadensersatz verurteilten Ärzte haben freiwillig vertragliche Pflichten übernommen, die von der Rechtsordnung nicht mißbilligt werden. Die ärztliche Hilfeleistung bei der Familienplanung durch Sterilisation oder die Beratung über genetisch bedingte Risiken vor der Zeugung eines Kindes berühren Art. 1 Abs. 1 GG nicht. Widerstreitet solche Hilfeleistung den persönlichen ethischen Überzeugungen eines Arztes, so kann er vom Vertragsschluß Abstand nehmen; die Schlechterfüllung einer freiwillig übernommenen Vertragspflicht kann hierin keine Rechtfertigung finden.

72

Soweit Ärzte in diesem Bereich tätig werden, steht ihre ärztliche Fachkompetenz im Dienst einer von Verantwortung getragenen Elternschaft, wenn die Eltern um der wirtschaftlichen Absicherung bereits geborener Kinder willen oder aus Sorge vor Überforderung - hier durch die Geburt eines zweiten schwerstgeschädigten Kindes - von der Zeugung weiterer Kinder absehen wollen. Zivilrechtliche Haftung für Schlechterfüllung kann in derartigen Fällen die Akzeptanz der Eltern für die dennoch geborenen und in die Familie aufgenommenen Kinder erhöhen, wie der Bundesgerichtshof plausibel dargelegt hat.

73

Die mit den Verfassungsbeschwerden vorgetragene Argumente, daß die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dem System des familienrechtlichen Unterhalts widerspreche oder daß dem Kind psychische Schäden drohen könnten, sofern es da-

74

von erfahre, daß seine Zeugung habe vermieden werden sollen, berühren nicht den Grundgedanken des Art. 1 Abs. 1 GG. Insofern wird geltend gemacht, daß eine finanzielle Entlastung der Eltern angesichts der komplexen Familienbeziehungen andersartige Einbußen nicht verhindert. Das betrifft Fragen der zivilrechtlichen Abwägung, mit denen sich der Bundesgerichtshof im einzelnen auseinandergesetzt hat.

In den Ausgangsverfahren handelt es sich um Kinder, zu denen sich die Eltern nach Zeugung bekannt haben. Durchkreuzte Familienplanung, die vorliegend vom Bundesgerichtshof als Haftungsgrundlage herangezogen worden ist, kann Kindern auf vielfältige Weise bekannt werden. Ob sich hieraus Schäden entwickeln, hängt nicht von der wirtschaftlichen Entlastung der Eltern, sondern von dem Eltern-Kind-Verhältnis nach der Geburt ab. Der zugebilligte Schadensersatzanspruch setzt keine Abwendung vom Kind voraus (vgl. BGHZ 76, 249 <258>; 76, 259 <264> und die Stellungnahme des Bundesgerichtshofs in diesem Verfahren). Auch ist nicht zu befürchten, daß die angegriffenen Urteile eine negative Einstellung der Beteiligten gegen das ungeplant gezeugte Leben hervorrufen oder bestärken könnten. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Ärzte entgegen ihrem ethischen Selbstverständnis nur wegen der drohenden Haftung oder deren Auswirkung auf ihre Berufshaftpflichtversicherung zur Abtreibung raten. Noch ferner liegt, daß sich die Eltern wegen der wirtschaftlichen Belastungen durch ein weiteres oder ein behindertes Kind gegen das Kind entscheiden, wenn ihnen insoweit Entlastung zuteil wird. Eine Verpflichtung zur Schadensminderung durch Abtreibung schließt der Bundesgerichtshof gerade aus. Aus der Sicht der Eltern verwirklicht die hier angegriffene Rechtsprechung vielmehr den notwendigen Schutz gegenüber Gefährdungen, die infolge ärztlicher Beteiligung an Sterilisation oder genetischer Beratung für das Persönlichkeitsrecht der Eltern und deren Selbstbestimmung im Rahmen einer geplanten Elternschaft drohen.

75

### C.

Die vorstehende Beurteilung zwingt nicht dazu, im Hinblick auf die Entscheidung des Zweiten Senats vom 28. Mai 1993 (BVerfGE 88, 203 <296> und Leitsatz 14) das Plenum des Bundesverfassungsgerichts anzurufen. Die Voraussetzungen des § 16 BVerfGG und des § 48 Abs. 1 GOBVerfG liegen nicht vor.

76

### I.

Mit der vom Zweiten Senat im Beschluß vom 22. Oktober 1997 geäußerten Rechtsauffassung hat sich der Erste Senat nicht förmlich zu befassen. Über ein anhängiges Verfahren befinden nur die hierzu nach Gesetz und Geschäftsverteilung berufenen Richter (vgl. BVerfGE 95, 322 <327 ff.>). Das gilt auch für die Frage, ob eine Aussage in einer Entscheidung des anderen Senats zu den tragenden Gründen gehört.

77

### II.

Nach § 16 BVerfGG entscheidet das Plenum des Bundesverfassungsgerichts,

78

wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von der in einer Entscheidung des anderen Senats enthaltenen Rechtsauffassung abweichen will.

1. a) Die Vorschrift unterscheidet sich zwar im Wortlaut von den für die obersten Gerichtshöfe des Bundes maßgeblichen Regelungen für die Anrufung der Großen Senate (vgl. etwa § 132 Abs. 2 GVG). Materiell gelten indessen dieselben Voraussetzungen. Das Bundesverfassungsgericht hat § 16 BVerfGG von Anfang an dahin ausgelegt, daß nur eine beabsichtigte Abweichung von einer Rechtsauffassung, die für die Entscheidung des anderen Senats tragend war, die Anrufung des Plenums gebietet (vgl. BVerfGE 4, 27 <28>; 77, 84 <104>). Diese Auslegung trägt der begrenzten Zuständigkeit der Senate Rechnung, die nur über an sie herangetragene Fälle entscheiden dürfen und deren Aussagen daher nur insoweit bindende Wirkung entfalten können, als ihre Entscheidungen hierauf beruhen.

79

b) Tragend für eine Entscheidung sind jene Rechtssätze, die nicht hinweggedacht werden können, ohne daß das konkrete Entscheidungsergebnis nach dem in der Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Gedankengang entfiel. Nicht tragend sind dagegen bei Gelegenheit einer Entscheidung gemachte Rechtsausführungen, die außerhalb des Begründungszusammenhangs zwischen genereller Rechtsregel und konkreter Entscheidung stehen. Bei der Beurteilung, ob ein tragender Grund vorliegt, ist von der niedergelegten Begründung in ihrem objektiven Gehalt auszugehen. Angesichts der besonderen Tragweite, die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen nach § 31 BVerfGG zukommt, müssen ihre rechtlich bindenden Aussagen auf den auch für Außenstehende erkennbaren Gehalt beschränkt sein. Es kommt nicht darauf an, ob den Richtern bestimmte Rechtsauffassungen wichtig erscheinen, sondern ob sie erkennbar im Begründungszusammenhang für die Entscheidung des Falles erheblich geworden sind.

80

c) Der Zweite Senat hat in seinem Urteil vom 28. Mai 1993 (a.a.O., S. 296 und Leitsatz 14) ausgeführt, eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle komme von Verfassungs wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in Betracht; die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten, verbiete es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen. Diese Ausführungen müssen für Verträge über Schwangerschaftsabbrüche und für Verträge über (rechtmäßige) Sterilisationen und genetische Beratungen im Hinblick auf die unterschiedliche rechtliche Bewertung der Vertragsgegenstände nicht notwendig einheitlich gelten. Soweit der Zweite Senat seine Aussage auch auf Fälle rechtmäßiger ärztlicher Tätigkeit ohne Bezug zu einem Schwangerschaftsabbruch erstreckt haben sollte, weicht die vorliegende Entscheidung davon ab.

81

In diesem Umfang ist die Aussage des Zweiten Senats jedoch nach Ansicht des erkennenden Senats jedenfalls nicht tragend. Die Normenkontrollanträge, über die der Zweite Senat zu entscheiden hatte, betrafen Kernvorschriften des Beratungsmodells, deren Verfassungswidrigkeit die Nichtigkeit der Gesamtregelung zur Folge haben konnte. Zur Überprüfung standen Regelungen des Strafrechts sowie die Frage, in-

82

wieweit der Gesetzgeber auf strafrechtliche Sanktionen verzichten darf und inwieweit ein solcher Verzicht durch anderweitige Regelungen kompensiert werden muß. Ausgehend von einer Schutzpflicht für das gezeugte, aber noch nicht geborene Leben hat er geprüft, ob die Schutzvorkehrungen des Gesetzgebers ausreichend waren. Im Ausgangspunkt hat er dem Gesetzgeber freigestellt, sich zwischen einer Strafrechts- und einer Beratungslösung zu entscheiden, wenn nur deren jeweilige Ausgestaltung unter dem Gesichtspunkt des Lebensschutzes hinreichend wirksam ist (a.a.O., S. 258).

Schon dies legt nahe, daß die Aussagen, die sich mit den rechtlichen Auswirkungen des Beratungskonzepts befassen, nicht allgemein, sondern nur insoweit Geltung beanspruchen, als es um das vom Gesetzgeber verwirklichte Beratungskonzept geht. Dafür spricht auch, daß der Senat dabei auf seine Ausführungen unter D I 1 a Bezug genommen und damit an den Gegenstand seiner Entscheidung, den Schwangerschaftsabbruch und den Schutz der Leibesfrucht durch ärztliche Beratung, angeschlossen hat. Auch ärztliche Beratungsfehler sind im Abschnitt D V des Urteils nur im Zusammenhang mit Schwangerschaftsabbrüchen erörtert worden. Das Beratungskonzept erfordert nach Auffassung des Zweiten Senats einerseits, Schwangerschaftsabbrüche für rechtswidrig zu erklären und andererseits den Arzt in die Schutz Aufgabe einzubeziehen. Auch alle weiteren Aussagen zum Berufs- und Vertragsrecht unter V 1 bis 5 beziehen sich ausschließlich auf Verträge aus Anlaß eines Schwangerschaftsabbruchs. Ein rechtlicher Zusammenhang mit der Vertragshaftung nach rechtmäßiger Sterilisation oder genetischer Beratung wird in der Entscheidung selbst - auch über das Schutzkonzept - nicht hergestellt. Die Erwähnung solcher Fälle findet sich nur in den zum Beleg herangezogenen Rechtsprechungsnachweisen. Auch der Umstand, daß der Senat sich darauf beschränkt hat, die Zivilgerichte lediglich zur Überprüfung ihrer Rechtsprechung aufzufordern, spricht nicht für eine tragende Bedeutung der Aussage.

83

Diese Auffassung über die Tragweite der Aussage des Zweiten Senats wird von der Literatur ganz überwiegend geteilt (Giesen, JZ 1994, S. 286 <288>; Schöbener, JR 1996, S. 89; Deutsch, NJW 1994, S. 776 <777>; Roth, FuR 1993, S. 305 <307>; Schiemann, in: LM BGH, § 249 <A> BGB Nr. 109, Bl. 5; Höfling, in: Sachs, Grundgesetz, 1996, Art. 1 Rn. 27; Boin, JA 1995, S. 425 <427 f.>; Weiß, JR 1994, S. 456 <462>; Ratzel, MedR 1994, S. 200; ausdrücklich offengelassen bei Backhaus, MedR 1996, S. 201 <202>; ebenso Lange, in: LM BGH, § 823 <Aa> BGB Nr. 154; unentschieden Picker, AcP 195 <1995>, S. 483 <499, 522, 531 mit Fn. 133>; vgl. auch Heinrichs, in: Palandt, 57. Aufl. 1998, Vorbem. vor § 249 Rn. 47).

84

2. Da nach § 16 BVerfGG keine den anderen Prozeßordnungen entsprechende Möglichkeit besteht, das Plenum bei Fragen von grundsätzlicher Bedeutung anzurufen (vgl. etwa § 132 Abs. 4 GVG), konnte der Senat das Plenum auch nicht zur Klärung der Frage anrufen, ob durch vorsorglich abgegebene Erläuterungen des jeweils anderen Senats bestimmten Rechtsfragen eine grundsätzliche Bedeutung verliehen werden kann, die eine Plenarentscheidung angezeigt erscheinen ließe. Bisher hat

85



das Bundesverfassungsgericht diese Auffassung nicht vertreten. Der Erste Senat hält eine erweiternde Auslegung des § 16 BVerfGG nicht für gerechtfertigt (vgl. hierzu auch Lechner/Zuck, BVerfGG, 4. Aufl., § 16 Rn. 5). Verfassungsfragen sind häufig von grundsätzlicher Bedeutung, aber gleichwohl den beiden Senaten jeweils nach ihrer Zuständigkeit zur eigenen Entscheidung zugewiesen.

#### D.

Die Entscheidung ist zu Abschnitt B mit 6:2 Stimmen und zu Abschnitt C mit 5:3 Stimmen ergangen.

86

Seidl	Grimm	Kühling
Seibert	Jaeger	Haas
Hömig		Steiner

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Ersten Senats vom 12. November 1997 -  
1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 12. November 1997 -  
1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94 - Rn. (1 - 86), [http://www.bverfg.de/e/  
rs19971112\\_1bvr047992.html](http://www.bverfg.de/e/rs19971112_1bvr047992.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:1997:rs19971112.1bvr047992

**Cour de cassation**  
**Assemblée plénière**  
**Audience publique du 17 novembre 2000 N°**  
**de pourvoi: 99-13701**  
Publié au bulletin

**Cassation.**

**Premier président :M. Canivet., président**

Rapporteur : M. Sargos, assisté de Mme Bilger, auditeur., conseiller apporteur Avocat  
général : M. Sainte-Rose., avocat général  
Avocats : MM. Choucroy, Le Prado, la SCP Piwnica et Molinié, la SCP Gatineau.,  
avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**  
**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche du pourvoi principal formé par les époux X..., et le deuxième moyen du pourvoi provoqué, réunis, formé par la caisse primaire d'assurance maladie de l'Yonne :

Vu les articles 1165 et 1382 du Code civil ;

Attendu qu'un arrêt rendu le 17 décembre 1993 par la cour d'appel de Paris a jugé, de première part, que M. Y..., médecin, et le Laboratoire de biologie médicale de Yerres, aux droits duquel est M. A..., avaient commis des fautes contractuelles à l'occasion de recherches d'anticorps de la rubéole chez Mme X... alors qu'elle était enceinte, de deuxième part, que le préjudice de cette dernière, dont l'enfant avait développé de graves séquelles consécutives à une atteinte in utero par la rubéole, devait être réparé dès lors qu'elle avait décidé de recourir à une interruption volontaire de grossesse en cas d'atteinte rubéolique et que les fautes commises lui avaient fait croire à tort qu'elle était immunisée contre cette maladie, de troisième part, que le préjudice de l'enfant n'était pas en relation de causalité avec ces fautes ; que cet arrêt ayant été cassé en sa seule disposition relative au préjudice de l'enfant, l'arrêt attaqué de la Cour de renvoi dit que " l'enfant Nicolas X... ne subit pas un préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises " par des motifs tirés de la circonstance que les séquelles dont il était atteint avaient pour seule cause la rubéole transmise par sa mère et non ces fautes et qu'il ne pouvait se prévaloir de la décision de ses parents quant à une interruption de grossesse ;

Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les autres griefs de l'un et l'autre des pourvois :

CASSE ET ANNULE, en son entier, l'arrêt rendu le 5 février 1999, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée que lors de l'audience du 17 décembre 1993.

#### MOYENS ANNEXES

MOYENS produits par M. Choucroy, avocat aux Conseils pour les époux X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION : (Publication sans intérêt) ; DEUXIEME

MOYEN DE CASSATION :

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que l'enfant Nicolas X... ne subissait pas un préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises par le Laboratoire de biologie médicale de Yerres et le docteur Y..., dit que M. X... devra restituer aux appelants les sommes reçues à titre de provision et le déboute de toutes demandes plus amples et contraires.

AUX MOTIFS QU'il n'est pas contesté que Mme X... avait clairement exprimé la volonté, en cas d'atteinte rubéolique, de procéder à une interruption volontaire de grossesse ; que les fautes conjuguées des praticiens ne lui ont pas permis de recourir à cette solution ; qu'ainsi a été causé aux époux X... un préjudice tant moral que matériel dont l'indemnisation n'est remise en cause par personne ;

Que, cependant, la Cour n'est pas saisie du préjudice subi directement par les parents de Nicolas, mais de celui de l'enfant lui-même ;

Qu'il échet donc de rechercher quel est le dommage subi par ce dernier, en lien avec les fautes commises par les praticiens ;

Qu'il sera, toutefois, rappelé qu'en la matière, dès lors que le dommage peut avoir une autre cause que la faute constatée, cette faute ne peut être censée constituer la condition sine qua non de la perte de chance ;

Qu'il est constant que les praticiens sont étrangers à la transmission à la mère de la rubéole ; qu'ils ne sont intervenus qu'après le début de la grossesse, de sorte que ne pouvait plus être évitée la conception de l'enfant ;

Qu'il est tout aussi constant qu'aucune thérapeutique quelconque, pratiquée en début de grossesse, n'aurait pu supprimer, voire limiter les effets de la rubéole sur le fœtus ;

Que, dès lors, Nicolas qui n'avait aucune chance de venir au monde normal ou avec un handicap moindre, ne pouvait que naître avec les conséquences douloureuses imputables à la rubéole à laquelle la faute des praticiens est étrangère, ou disparaître à la suite d'une interruption volontaire de grossesse dont la décision n'appartient qu'à ses parents et qui ne constitue pas pour lui un droit dont il puisse se prévaloir ;

Qu'il s'ensuit que la seule conséquence en lien avec la faute des praticiens est la naissance de l'enfant ;

Que, si un être humain est titulaire de droits dès sa conception, il n'en possède pas pour autant celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre ; qu'ainsi, sa naissance ou la suppression de sa vie ne peut pas être considérée comme une chance ou comme une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques ;

Que, dès lors, Nicolas X... représenté par son père, ne peut pas invoquer à l'encontre des praticiens, comme source de dommage, le fait d'être né parce que, à raison de leurs fautes conjuguées, ils n'ont pas donné à ses parents les éléments d'appréciation suffisants pour leur permettre d'interrompre le processus vital qui devait aboutir à sa naissance ;

ALORS, D'UNE PART, QU'il résulte des propres constatations de l'arrêt attaqué que la mère de l'enfant avait clairement exprimé la volonté, en cas d'atteinte rubéolique, de procéder à une interruption volontaire de grossesse et que les fautes conjuguées des praticiens ne lui ont pas permis de recourir à cette solution ; qu'il s'ensuit que ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère ; qu'en écartant le lien de causalité entre les fautes constatées et le dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère, l'arrêt attaqué a violé l'article 1147 du Code civil ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE dans ses conclusions devant la Cour l'exposant agissant " tant en son nom personnel qu'en sa qualité d'administrateur légal des biens de son fils

Nicolas “ faisait valoir et démontrait qu’au préjudice corporel subi par son fils correspondaient pour les parents de lourdes charges matérielles et financières ; que la Cour, qui admet le droit à réparation des parents pour leur préjudice matériel et moral, ne pouvait rejeter toute indemnisation sans se prononcer sur ces conclusions mettant en évidence l’existence d’un préjudice indemnisable ; qu’ainsi l’arrêt attaqué a violé l’article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

TROISIEME MOYEN DE CASSATION : (Publication sans intérêt) ;

Moyens produits par la SCP Gatineau, avocat aux Conseils pour la CPAM de l’Yonne, demanderesse au pourvoi incident ;

PREMIER MOYEN DE CASSATION : (Publication sans intérêt) ;

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION :

Il est fait grief à l’arrêt attaqué d’AVOIR dit que les fautes du docteur Y... et du laboratoire de biologie médicale de Yerres sont étrangères au préjudice subi par Nicolas X... et d’avoir rejeté les demandes de la CPAM.

AUX MOTIFS QU’il est constant que les praticiens sont étrangers à la transmission par la mère de la rubéole ; qu’ils ne sont intervenus qu’après le début de la grossesse, de sorte que ne pouvait plus être évitée la conception de l’enfant ;

Qu’il est tout aussi constant qu’aucune thérapeutique quelconque, pratiquée en début de grossesse, n’aurait pu supprimer, voire limiter les effets de la rubéole sur le fœtus ;

Que, dès lors, Nicolas qui n’avait aucune chance de venir au monde normal ou avec un handicap moindre, ne pouvait que naître avec les conséquences douloureuses imputables à la rubéole à laquelle la faute des praticiens est étrangère, ou disparaître à la suite d’une interruption volontaire de grossesse dont la décision n’appartient qu’à ses parents et qui ne constitue pas pour lui un droit dont il puisse se prévaloir ;

Qu’il s’ensuit que la seule conséquence en lien avec la faute des praticiens est la naissance de l’enfant ;

Que, si un être humain est titulaire de droits dès sa conception, il n’en possède pas pour autant celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre ; qu’ainsi, sa naissance ou la suppression de sa vie ne peut être considérée comme une chance ou comme une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques ;

Que, dès lors, Nicolas X... représenté par son père, ne peut pas invoquer à l'encontre des praticiens, comme source de dommage, le fait d'être né parce, à raison de leurs fautes conjuguées, ils n'ont pas donné à ses parents les éléments d'appréciation suffisants pour leur permettre d'interrompre le processus vital qui devait aboutir à sa naissance ;

ALORS QUE, il résulte des propres énonciations des juges du fond que Mme X... avait manifesté la volonté de provoquer une interruption de grossesse en cas de rubéole ; que les fautes conjuguées des praticiens ont induit la fausse certitude que Mme X... était immunisée contre la rubéole et qu'elle pouvait poursuivre sa grossesse sans aucun risque pour l'enfant ; qu'en conséquence ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère ; qu'en niant tout lien de causalité entre les fautes constatées et le dommage subi par l'enfant, l'arrêt attaqué a violé l'article 1147 du Code civil ;

#### TROISIEME MOYEN DE CASSATION :

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la CPAM de l'Yonne devra restituer aux appelants les sommes reçues à titre de provision.

AUX MOTIFS QUE les praticiens ne sont pas responsables du préjudice causé à Nicolas X... ;

ALORS QUE la Caisse qui exerce un recours aux fins de voir son préjudice indemnisé ne se prévaut pas uniquement du dommage subi par l'assuré social ; qu'implicitement mais nécessairement elle se fonde également sur son propre préjudice qui est distinct du premier ; qu'à supposer que Nicolas X... n'ait souffert d'aucun dommage imputable aux appelants, il n'en demeure pas moins qu'en raison de la naissance de cet enfant, la CPAM de l'Yonne subit un préjudice propre résultant des nombreux versements qu'elle doit effectuer au profit de son assuré social ; que la créance de la CPAM n'est d'ailleurs contestée ni en son principe ni en son montant ; que la cour d'appel a retenu plusieurs fautes imputables à chacun des praticiens ; que le lien de causalité entre le préjudice de la Caisse et les fautes des appelants n'était pas contesté ; que les juges du fond ne pouvaient donc rejeter la responsabilité du docteur Y... et du laboratoire au seul motif tiré de leur absence de responsabilité vis-à-vis de Nicolas X... sans méconnaître le droit propre à la Caisse et violer ainsi les articles 1382 et suivant du Code civil.

**Publication :** Bulletin 2000 A. P. N° 9 p. 15

**Décision attaquée :** Cour d'appel d'Orléans , du 5 février 1999

**Titrages et résumés :** PROFESSIONS MEDICALES ET PARAMEDICALES - Médecin chirurgien - Responsabilité contractuelle - Faute - Lien de causalité - Femme enceinte - Concours de fautes d'un laboratoire et d'un praticien - Enfant né handicapé - Droit à réparation .  
Dès lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans

l'exécution des contrats formés avec une femme enceinte avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues.

RESPONSABILITE CONTRACTUELLE - Applications diverses - Médecin chirurgien - Femme enceinte - Concours de fautes d'un laboratoire et d'un praticien - Enfant né handicapé - Lien de causalité - Droit à réparation  
RESPONSABILITE CONTRACTUELLE - Lien de causalité - Médecin chirurgien - Femme enceinte - Concours de fautes d'un laboratoire et d'un praticien - Enfant né handicapé - Droit à réparation

**Précédents jurisprudentiels :** DANS LE MEME SENS : Chambre civile 1, 1996-03-26, Bulletin 1996, I, n° 156, p. 109 (cassation partielle), et l'arrêt cité.

**Textes appliqués :**

- Code civil 1165, 1382



Le : 06/06/2018

**Cour de cassation**

**chambre civile 1**

**Audience publique du 24 janvier 2006**

**N° de pourvoi: 02-16648**

Publié au bulletin

**Cassation partielle.**

**M. Ancel., président**

Mme Duval-Arnould., conseiller rapporteur

M. Cavarroc., avocat général

SCP Bachellier et Potier de la Varde, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Baraduc et Duhamel, SCP Richard, SCP Gatineau., avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, PREMIERE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu qu'en 1993, M. X..., médecin du travail, a prescrit à Mme Y..., présentant une surcharge pondérale à l'issue d'une maternité, de l'Isoméride, médicament destiné au traitement de l'obésité, composé de dexfenfluramine et fabriqué par les Laboratoires Ardix aux droits desquels se trouvent les Laboratoires Servier ; qu'à la suite du diagnostic, un an après, d'une hypertension artérielle pulmonaire primitive (HTAPP) ayant nécessité une transplantation bi-pulmonaire et une chirurgie cardiaque, Mme Y... a recherché la responsabilité des Laboratoires Servier, de M. X... et du Centre de médecine du travail des professions judiciaires, son employeur ;

Sur le premier moyen pris en ses deux branches du pourvoi principal des Laboratoires Servier :

Attendu que les Laboratoires Servier font grief à l'arrêt d'avoir dit que la prise d'Isoméride par Mme Y... avait eu un rôle déclenchant de l'HTAPP dont elle avait été atteinte, alors, selon le moyen :

1 / qu'en affirmant que dans la demande rectificative d'autorisation de mise sur le marché (AMM) de 1995, ils ont souligné "des observations d'hypertension artérielle grave, souvent mortelle, ont été rapportées chez des patients ayant reçu des traitements par anorexigènes. Une relation de cause à effet a été établie...", la cour d'appel a dénaturé par adjonction ce document dans lequel il est seulement précisé "une relation avec la prise de ces médicaments a été établie" sans mention d'une cause à effet et a violé l'article 1134 du Code civil ;

2 / que selon l'article 1147 du Code civil interprété à la lumière de l'article 4 de la directive du 25 juillet 1985, la victime doit établir le lien de causalité direct et certain entre la prise du médicament et l'apparition de la maladie dont elle est atteinte ; qu'en déduisant l'existence d'un lien de causalité entre la prise par Mme Y... d'Isoméride pendant deux mois et l'apparition d'une HTAPP des indications figurant dans la rubrique "effets indésirables" sur les notices et demandes d'AMM et des études épidémiologiques et de pharmaco-vigilance analysées par les experts qui relèvent seulement des coïncidences entre la prise de ce médicament et l'apparition de la maladie, laquelle peut apparaître en dehors de toute prise du médicament, la cour d'appel n'a pas constaté que le médicament était un facteur déclenchant et en s'en tenant ainsi à des possibilités ou probabilités de causalité, a violé le texte susvisé ;

Mais attendu, d'abord, que la première branche qui critique un motif surabondant est inopérante ; qu'ensuite, la cour d'appel a relevé, par motifs propres et adoptés, qu'il ressortait des études épidémiologiques et de pharmaco-vigilance évoquées par les experts et de l'avis même de ces derniers que la dexfenfluramine constituait un facteur favorisant l'HTAPP même si elle n'en était pas la cause exclusive et que la suspension de l'AMM de l'Isoméride par l'Agence du médicament le 15 septembre 1997, intervenue concomitamment au retrait par le fabricant de ce médicament dans les autres pays, était notamment due aux cas d'HTAPP ayant entraîné des restrictions de prescription et à l'existence d'un rapport bénéfice/risque n'apparaissant plus favorable ;

qu'elle a aussi constaté que, dans le cas de Mme Y... qui avait un état de santé satisfaisant avant 1993, les experts avaient écarté les autres causes possibles d'HTAPP et estimé que l'Isoméride était une cause directe et partielle dans la mesure où il y avait une prédisposition de la patiente comme pour tout malade présentant une affection très rare, et une cause adéquate, en l'absence de tout autre motif de nature à l'expliquer ; qu'elle a pu en déduire qu'il existait des présomptions graves, précises et concordantes permettant, dans le cas de Mme Y..., d'imputer l'apparition de l'HTAPP à la prise d'Isoméride ; que le moyen n'est donc pas fondé ;

Et sur le second moyen du pourvoi principal des Laboratoires Servier :

Attendu que les Laboratoires Servier font encore grief à l'arrêt attaqué d'avoir retenu le caractère défectueux de l'Isoméride, alors selon le moyen qu'en vertu de l'article 1147 du Code civil interprété à la lumière de l'article 6 -1 de la directive du 25 juillet 1985, un produit n'est défectueux que s'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ; que ne peut être regardé comme défectueux le médicament qui produit des effets indiqués dans les notices destinées aux médecins et aux malades sous le contrôle des autorités sanitaires, à la rubrique des effets indésirables ; qu'ainsi en se bornant à rappeler la définition du défaut au sens du texte susvisé et à relever que les Laboratoires Servier n'établissaient pas pour échapper à leur responsabilité l'existence d'une cause étrangère, sans caractériser le défaut dont serait atteint l'Isoméride eu égard aux risques d'hypertension artérielle pulmonaire mentionnés dans les notices, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Mais attendu qu'il résulte des constatations de la cour d'appel que, contrairement aux énonciations du moyen, à la date de la prescription, l'annexe II de l'AMM de l'Isoméride, correspondant à l'information reprise dans la notice, ne faisait aucune référence à l'existence d'un risque d'HTAPP et l'annexe I, correspondant au résumé des caractéristiques du produit dont disposait M. X..., mentionnait seulement que des cas d'hypertension artérielle avaient été rapportés chez des patients généralement obèses sans qu'aucun lien de causalité n'ait été établi avec la prise d'Isoméride ; d'où il suit que le moyen manque en fait ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi provoqué de Mme Y..., pris en sa première branche :

Vu l'article 1382 du Code civil ;

Attendu que pour mettre hors de cause M. X... et le Centre de médecine du travail, l'arrêt attaqué relève qu'en raison de l'état de santé satisfaisant de Mme Y... jusqu'à la fin de l'année 1993 et des caractéristiques de l'Isoméride qui étaient alors présentées, il n'était pas établi que la prescription de ce produit aurait été imprudente, que l'absence de spécialisation de M. X... dans le domaine de la nutrition était dans un tel contexte, sans influence et que la faute commise par ce dernier en prescrivant de l'Isoméride alors qu'il assurait un service de médecine préventive relevait de la police de l'exercice de l'activité médicale entre médecins et n'était pas de nature à constituer en la circonstance une faute en relation avec le dommage ;

Qu'en se déterminant ainsi, alors que l'HTAPP dont a été atteinte Mme Y... était liée à la prescription d'Isoméride par M. X... ayant contrevenu à ses obligations de médecin du travail, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du pourvoi provoqué de Mme Y... :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a mis hors de cause M. X... et le Centre de médecine du travail des professions judiciaires, l'arrêt rendu le 10 mai 2002, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

Laisse à la société Laboratoires Servier la charge des dépens afférents à son propre pourvoi ; condamne M. X... et le Centre de médecine du travail des professions judiciaires aux dépens afférents au pourvoi provoqué de Mme Y... ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-quatre janvier deux mille six.

**Publication** : Bulletin 2006 I N° 35 p. 34

**Décision attaquée** : Cour d'appel de Versailles , du 10 mai 2002

**Titrages et résumés** : 1° SANTE PUBLIQUE - Produits pharmaceutiques - Médicaments à usage humain - Défectuosité - Lien de causalité avec le dommage - Présomptions graves, précises et concordantes - Caractérisation - Cas.

1° Une cour d'appel qui a relevé qu'il ressortait des études épidémiologiques et de pharmaco-vigilance évoquées par les experts et de l'avis même de ces derniers que la dexfenfluramine constituait un facteur favorisant l'hypertension artérielle pulmonaire primitive (HTAPP) même si elle n'en était pas la cause exclusive et que la suspension de l'autorisation de mise sur le marché (AMM) de l'Isoméride par l'Agence du médicament, intervenue concomitamment au retrait par le fabricant de ce médicament dans les autres pays, était notamment due aux cas d'HTAPP ayant entraîné des restrictions de prescription et à l'existence d'un rapport bénéfice/risque n'apparaissant plus favorable et qui a aussi constaté que, dans le cas du demandeur,

les experts avaient écarté les autres causes possibles d'HTAPP et estimé que l'Isoméride était une cause directe et partielle dans la mesure où il y avait une prédisposition de ce dernier comme pour tout malade présentant une affection très rare, et une cause adéquate, en l'absence de tout autre motif de nature à l'expliquer, a pu en déduire qu'il existait des présomptions graves, précises et concordantes permettant, dans le cas de ce demandeur, d'imputer l'apparition de l'HTAPP à la prise d'Isoméride.

1° RESPONSABILITE DU FAIT DES PRODUITS DEFECTUEUX - Produit - Défectuosité - Lien de causalité avec le dommage - Caractérisation - Cas 1° SANTE PUBLIQUE - Produits pharmaceutiques - Médicaments à usage humain - Autorisation de mise sur le marché - Suspension - Portée 2° RESPONSABILITE DU FAIT DES PRODUITS DEFECTUEUX - Produit - Défectuosité - Définition - Produit n'offrant pas la sécurité attendue compte tenu de sa présentation - Applications diverses.

2° Manque en fait le moyen qui conteste le caractère défectueux de l'Isoméride en se prévalant des risques d'hypertension artérielle pulmonaire primitive (HTAPP) mentionnés dans les notices destinées aux médecins et aux malades, alors qu'il résulte des constatations de la cour d'appel qu'à la date de la prescription, l'annexe II de l'autorisation de mise sur le marché de l'Isoméride, correspondant à l'information reprise dans la notice, ne faisait aucune référence à l'existence d'un risque d'HTAPP et l'annexe I, correspondant au résumé des caractéristiques du produit dont disposait le médecin ayant prescrit l'Isoméride, mentionnait seulement que des cas d'hypertension artérielle avaient été rapportés chez des patients généralement obèses sans qu'aucun lien de causalité n'ait été établi avec la prise d'Isoméride.

2° SANTE PUBLIQUE - Produits pharmaceutiques - Médicaments à usage humain - Autorisation de mise sur le marché - Caractéristiques du produit - Effets indésirables - Mention - Portée 2° CASSATION - Moyen - Moyen manquant en fait - Applications diverses - Moyen contestant le caractère défectueux d'un médicament 2° RESPONSABILITE DU FAIT DES PRODUITS DEFECTUEUX - Produit - Défectuosité - Contestation - Moyen manquant en fait - Cas 3° PROFESSIONS MEDICALES ET PARAMEDICALES - Médecin - Médecin du travail - Responsabilité - Faute - Prescription illicite d'un médicament.

3° Viole l'article 1382 du code civil la cour d'appel qui, pour mettre hors de cause un médecin du travail et son employeur, relève qu'il n'était pas établi que la prescription de l'Isoméride aurait été imprudente et que la faute commise par celui-ci en prescrivant ce produit, bien qu'il assurait un service de médecine préventive, relevait de la police de l'exercice de l'activité médicale entre médecins et n'était pas de nature à constituer en la circonstance une faute en relation avec le dommage, alors que l'hypertension artérielle pulmonaire primitive dont a été atteint le demandeur était liée à la prescription d'Isoméride par le praticien ayant contrevenu à ses obligations de médecin du travail.

3° RESPONSABILITE DELICTUELLE OU QUASI DELICTUELLE - Faute - Médecin du travail  
- Obligations - Manquement - Prescription illicite d'un médicament

**Textes appliqués :**

- 1° :
- 1° :
- 2° :
- 3° :
- Code civil 1134, 1147
- Code civil 1147
- Code civil 1382
- Directive 85/374/CEE Conseil 1985-07-25 art. 6