

**Máster en Abogacía por la Universidad de León**

**Facultad de Derecho**

**Universidad de León**

**Curso 2016-2018**



**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA  
ADMINISTRACIÓN SANITARIA. ESPECIAL  
REFERENCIA A LAS ACCIONES POR “WRONGFUL  
BIRT” Y “WRONGFUL LIFE”**

*The patrimonial responsibility of the health administration. Special  
reference to shares by wrongful birth and wrongful life.*

**Realizado por la alumna Dña. María Trobajo García**

**Tutorizado por la Profesora Dña. M<sup>a</sup> de las Mercedes Fuertes López**



## ÍNDICE

<b>Resumen</b> .....	<b>5</b>
<b>Abstract</b> .....	<b>5</b>
<b>Palabras clave</b> .....	<b>5</b>
<b>Key words</b> .....	<b>5</b>
<b>Cuestión tratada en el trabajo de fin de máster</b> .....	<b>7</b>
<b>Razón de la elección del tema</b> .....	<b>8</b>
<b>Metodología</b> .....	<b>9</b>
<b>I. PRIMERA PARTE. Aproximación a la responsabilidad patrimonial</b> .....	<b>11</b>
1. Concepto de la responsabilidad patrimonial. ....	11
2. Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas. ....	13
3. Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria. 14	
1.1. Evolución histórica. ....	14
3.2. Base legal del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Características.....	18
3.3. La responsabilidad objetiva de la Administración.....	20
<b>II. SEGUNDA PARTE. Marco general de la responsabilidad patrimonial sanitaria</b> .....	<b>23</b>
1. Concepto de <i>lex artis</i> .....	23
2. Criterios correlativos a la <i>lex artis</i> .....	24
2.1. El derecho de información del paciente. ....	24
2.2. Los riesgos del desarrollo o el estado de los conocimientos de la ciencia. ....	31
2.3. El resultado desproporcionado.....	33
2.4. La doctrina de la pérdida de oportunidad. ....	34
3. Liberación de la responsabilidad de la Administración.....	40
3.1. La fuerza mayor o culpa de la víctima. ....	40
3.2. Asunción del riesgo por el paciente. ....	41
4. El funcionamiento normal y anormal de la Administración Pública Sanitaria.....	41
4.1. El funcionamiento anormal.....	42
4.2. El funcionamiento normal.....	43

<b>III. TERCERA PARTE. La responsabilidad patrimonial sanitaria en el estudio de las “Wrongful actions”</b> .....	<b>45</b>
1. Las acciones por “wrongful birth” y “wrongful life”.....	45
1.1. <i>Introducción</i> .....	45
1.2. <i>Clases de wrongful actions</i> .....	47
1.3. <i>El derecho comparado</i> .....	51
2. Elementos de las acciones por wrongful birth y wrongful life.....	55
2.1. <i>El daño</i> .....	55
2.2. <i>El nexa Causal</i> .....	62
2.3. <i>La indemnización</i> .....	63
3. Requisitos y supuestos de hecho.....	64
4. Las acciones de <i>wrongful birth</i> en el derecho español: la doctrina de la jurisdicción contencioso-administrativa.....	65
4.1. <i>La Audiencia Nacional</i> .....	66
4.2. <i>El Tribunal Supremo</i> .....	69
<b>Conclusiones</b> .....	<b>73</b>
<b>Bibliografía</b> .....	<b>77</b>
<b>Normativa</b> .....	<b>87</b>
<b>Jurisprudencia</b> .....	<b>89</b>
Tribunal Constitucional.....	89
Tribunal Supremo.....	89
Audiencia Nacional.....	90
Jurisprudencia extranjera.....	90
<i>Estados Unidos</i> :.....	90
<i>Francia</i> :.....	91

## **RESUMEN.**

El siguiente trabajo se basa en el estudio de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el marco sanitario, atendiendo principalmente a la evolución de esta responsabilidad a lo largo de la historia y su evolución en la doctrina jurisprudencial. Se ha tratado de enfocar esta responsabilidad en un tipo de acciones concretas, las *wrongful actions*, que aún con su origen en los Estados Unidos han llegado hasta nuestros tribunales. Se trata de unas acciones legales derivadas de las negligencias médicas en los diagnósticos prenatales.

## **ABSTRACT.**

The following study is based on the analysis of patrimonial responsibility of Public Administration in sanitary framework, attending mainly to the evolution of this responsibility throughout history and its evolution in jurisprudential doctrine. We have tried to focus the responsibility on a specific type of actions, wrongful actions, which even with their origin in the United States have reached our courts. These are legal actions derived from medical negligence in prenatal diagnoses.

## **PALABRAS CLAVE.**

Responsabilidad administrativa, derecho sanitario, diagnóstico prenatal, libertad de elección, información al paciente, daño moral.

## **KEY WORDS.**

*Administrative responsibility, Health Law, prenatal diagnosis, freedom of choice, patient information, moral damage.*



## CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE MÁSTER.

En el campo de la medicina los supuestos de responsabilidad patrimonial administrativa tienen que ser tratados con extrema precisión pues los bienes jurídicos que se protegen con ellos son de especial importancia como son la salud, la vida, la libertad, la dignidad, el desarrollo de la personalidad entre otros.

En este trabajo se va a analizar un caso concreto de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, concretamente la que deriva de los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Para ello llevaré a cabo un estudio de las acciones que se interponen para lograr indemnizaciones por las actuaciones del personal médico bajo la tutela de la Administración Pública en aquellos supuestos en los cuales nacen niños con algún tipo de enfermedad congénita o discapacidad, habiendo privado a los progenitores de la relevante información a causa de una acción médica negligente. Este tipo de acciones, originarias de Estados Unidos, son generalmente conocidas como *wrongful actions*, dentro de las cuales se pueden diferenciar tres tipos: las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*, en las que más hincapié haré, y sin dejar de lado las llamadas *wrongful conception*.

Como ya he dicho este tipo de acciones se originan en Estados Unidos en la década de los setenta y con el paso del tiempo va llegando a nuestro continente como el Reino Unido, Alemania o Francia. En el año 1963 en los Estados Unidos podríamos decir que se da un caso (*Zepeda vs. Zepeda*<sup>1</sup>) del que derivan este tipo de acciones que son objeto del estudio. El caso es un supuesto de responsabilidad planteado por un niño contra sus progenitores por privársele de una infancia normal en un ambiente apropiado. A raíz de esta acción y de otras en el mismo sentido empezaron a plantearse si cabría la posibilidad de considerar como daño el hecho de la vida o del nacimiento, y a partir de aquí comenzaron a interponerse acciones legales ya no solo por el entorno en el que se vive sino por las posibilidades de que se hubiera producido un error cometido durante la prestación sanitaria en cuanto al nacimiento de niño.

---

<sup>1</sup> MACÍA MORILLO, Andrea.: “Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*” en *Revista chilena de derecho privado*, número 12. Año 2009. Páginas 167-206. ISSN: 0718-0233.

La primera de estas acciones que se interpuso en España no tuvo su resolución hasta el 6 de junio de 1997 cuando la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó su sentencia<sup>2</sup>. Era la primera vez que nuestros Tribunales tenían ante ellos una acción de responsabilidad civil médica contra profesionales que habían actuado en el diagnóstico prenatal de una gestante que finalmente dio a luz a un niño con Síndrome de Down. El Tribunal Supremo resolvió a favor de la madre dictando que se le había privado del derecho a decidir la continuación de su embarazo por no haberla informado sobre la enfermedad que padecía el feto.

No es hasta el año 2005 con la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre cuando este tipo de acciones llegan a la Sala 3ª del Alto Tribunal debido a que la Ley permitía dirigir las acciones contra el personal sanitario de forma directa y, sin embargo ahora en el ámbito de la sanidad pública es obligatorio dirigirse directamente (Art.36.1 Ley 40/2015) contra la prestadora de esa asistencia, la Administración Pública, sin contar que la Administración pueda ejercer la acción de regreso (Art.36.2 Ley 40/2015) contra el funcionario o empleado público que corresponda.

### **RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA.**

La elección de este tema viene motivada porque me resulta interesante, y quizás algo desconocido, además de que se puede reflejar a lo largo del estudio el cambio de mentalidad que nuestra sociedad ha padecido a lo largo de los años, convirtiéndose el paciente en el eje del funcionamiento sanitario y no el médico como ocurría tradicionalmente lo que ha llevado quizás a un abuso en el uso de la responsabilidad patrimonial sanitaria al igual que la responsabilidad civil médica.

Al principio tratar este tema de la responsabilidad patrimonial en una materia tan específica como son los diagnósticos prenatales me causó dudas pues, aunque se trata del estudio de casos que se dan en el día a día y que cumplen con los elementos de la responsabilidad patrimonial no podemos dejar a un lado los problemas éticos y morales que conlleva este tipo de cuestiones. Pues en el momento de cerciorarse si efectivamente se dan cada uno de los elementos en cada caso concreto, la determinación del daño causa numerosas problemáticas pues el terreno o concepto en el que nos movemos es si el vivir

---

<sup>2</sup> STS 495/1997, de 6 de junio de 1997.

con discapacidad no es vivir, además de la confrontación del derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo o el derecho a la vida del *nasciturus*, cuestiones en las que indudablemente la ética y moral juegan un importante papel.

Partiendo por supuesto de un análisis estrictamente técnico sobre las cuestiones jurídicas que abordan este tipo de acciones, acepto el reto que conlleva realizar este trabajo, pues considero que todo jurista a lo largo de su carrera profesional debe asumir asuntos que pueden resultarle complejos moral o ideológicamente.

## **METODOLOGÍA.**

A lo largo de la realización del trabajo he ido consultando abundante bibliografía además de documentación en revistas, tesis doctorales o sitios web, sobre todo a nivel nacional, para poder estructurarlo, aclarar conceptos y adoptar ideas en cuanto al hilo del mismo. Además, he manejado material jurisprudencial de otros países, sobre todo Estados Unidos y Francia que, aun observando la dificultad de comprensión en cuanto a los tecnicismos utilizados, me han servido de gran apoyo para entender la visión de un mismo tipo de acciones reflejadas en diferentes ordenamientos y por lo tanto en diferentes sociedades.

Comienzo realizando una aproximación tanto a la responsabilidad patrimonial administrativa general (primera parte) como más concretamente a la responsabilidad patrimonial sanitaria (segunda parte) para centrarme posteriormente de manera más específica en las *wrongful actions* y la diferente problemática que conllevan. Dentro de cada una de las mismas, pero haciendo un mayor hincapié analítico en las *wrongful birth*, profundizo en la casuística a nivel jurisprudencial que se ha dado en la jurisdicción contencioso-administrativa en nuestro país, intentando alcanzar los pilares en los que se basan nuestros tribunales para la resolución de las mismas aun existiendo en algún caso situaciones excepcionales. Han sido estudios civilistas los que más han profundizado en las mismas, por lo que no he podido dejarlos de lado.

Mi objetivo es analizar un tipo de acciones que cada día son más comunes en nuestros tribunales y que opino que irán avanzando con el paso de los años, además de que en términos generales.



## **I. PRIMERA PARTE. APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.**

### **1. CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.**

Este concepto, como COSCULLUELA MONTANER<sup>3</sup> indica, deriva de la Teoría General del Derecho, y más concretamente del Derecho Civil. Podemos definirlo como “el deber de reparar las consecuencias lesivas que para otro se ocasionan por hechos que no tiene el deber de soportar y que son imputables al responsable”.

En este punto estamos ante una responsabilidad extracontractual también llamada aquiliana. Ésta es regulada desde el siglo XIX en cuanto a las relaciones entre personas privadas. En nuestro Código Civil, el cual data de 1889, la recogen los artículos 1902 y siguientes, los cuales hasta el año 1954 con la entrada en vigor de la Ley de Expropiación Forzosa también marcaban la responsabilidad patrimonial en cuanto a las Administraciones Públicas, aunque con un concepto diferente al que tenemos hoy en día y que desarrollaremos más adelante.

El fundamento en el que se basa esta responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es uno de los resultados de la existencia de un Estado de Derecho, pues por ello la Administración Pública también debe someterse a nuestro ordenamiento, al igual que cualquier otro sujeto de Derecho.

Se podría decir tal y como MARTÍN REBOLLO<sup>4</sup> pensaba, entre otros, que la responsabilidad de la Administración es, junto con el sistema contencioso-administrativo, un derecho garante, fundamentándose además en el principio de solidaridad pues reconocer este derecho afecta a toda la sociedad ya que las indemnizaciones que deriven del reconocimiento de esa responsabilidad se nutren de los fondos públicos.

Sin embargo, este concepto y fundamentación de la responsabilidad de la Administración no fueron instaurados de la misma forma y al mismo tiempo en todos los países de nuestro entorno.

---

<sup>3</sup> COSCULLUELA MONTANER, Luis.: *Manual de Derecho Administrativo*. Año 2015, 26ª Edición. Editorial Aranzadi. ISBN: 978-84-470-5220-2. Páginas 593 y siguientes.

<sup>4</sup> MARTÍN REBOLLO, Luis.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*. Año 1977, Editorial Civitas. ISBN: 84-7398-051-4.

En el siglo XIX la mayoría de los autores sostenían que las actuaciones de los Poderes Públicos no podían ser indemnizables por el hecho de que la soberanía residía en el Estado, sin embargo, había una excepción: cuando esas acciones fueran ilegales o contrarias a Derecho, pero se imputaría esa indemnización a los funcionarios que los hubieran realizado.

Esto fue así en el derecho británico hasta el año 1947, pero en Francia desde 1873 con el “arrêt Blanc” el Consejo de Estado fue desarrollando una doctrina sobre la responsabilidad administrativa que se fue matizando con el paso de los años en cuanto a las condiciones para su requerimiento.

En España, como ya hemos señalado, el inicio regulatorio de la responsabilidad administrativa está en el Código Civil de 1889, en los artículos 1902 y siguientes, aunque existía alguna normativa sectorial como la Ley General de Ferrocarriles del año 1855 que reconocía este tipo de responsabilidad.

Con la Ley 1/1991 de 7 de enero se deroga el párrafo quinto del artículo 1903 pero hasta entonces, con este precepto, se desarrolla una jurisprudencia muy limitativa por la cual para que esa responsabilidad administrativa fuera reconocida tenía que darse la presencia de un “agente especial”.

Cuando la lesión la provocaba un empleado público o una autoridad se empleaba el artículo 1902 pero la responsabilidad se exigía de forma personal a ellos mismos y no de forma inmediata al Estado.

Con la formación del Gobierno republicano se promulgó la Constitución de 1931, y la Ley Municipal Republicana en el año 1935. Con ellas se intenta reformar esta situación que provocaba el Código Civil y se pasó a la admisión de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En este mismo sentido se continuó tras el fin de la Guerra Civil en cuanto a la normativa local, pero hasta el año 1950 no se implanta en España la responsabilidad administrativa de forma general y directa (no subsidiaria como hasta ese momento) con la Ley de Régimen Local.

Teniendo como base esta Ley se aprobó la Ley de Expropiación Forzosa en el año 1954, y posteriormente se perfeccionó con el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa en el año 1957.

Tenemos que entender que la responsabilidad administrativa se ha ido conformando con principios e instituciones tanto de Derecho Privado como por el Derecho Público, y que tenemos como componentes básicos el daño, la inimputabilidad y la indemnización, aunque la regulación de la responsabilidad patrimonial pública es paralela a la regulación en el Derecho Privado<sup>5</sup>.

## **2. RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

La responsabilidad patrimonial de los empleados públicos y de las autoridades que actúan en la Administración Pública deberá exigirse a ésta de forma directa, la cual tendrá que aceptar las indemnizaciones que aquellos hubieran generado por causar unos daños o lesiones.

Como ya hemos dicho, en nuestro ordenamiento ya no existe la opción de requerir de forma personal esa responsabilidad al funcionario o autoridad, sino que en todo caso será la Administración la que pueda exigir a través de la “acción de regreso” a esos funcionarios o autoridades que sean responsables de ese daño, y considerando el daño, la intencionalidad y el vínculo con la producción de ese daño o lesión que dio lugar a esa responsabilidad.

Bien es cierto que en la práctica se hace un uso limitado de esta acción de regreso por parte de la Administración Pública, aunque en ocasiones es obvia la responsabilidad por parte del empleado público.

La Administración toma esta posición para intentar esquivar una situación de pasividad por parte de los funcionarios ante el miedo de que se ejerciten este tipo de acciones contra ellos.

No obstante, lo que la Administración Pública sí realiza es la apertura de un procedimiento para aclarar las responsabilidades que cada uno de los funcionarios o

---

<sup>5</sup> COSCULLUELA MONTANER, Luis.: *Manual de Derecho Administrativo*. Año 2015, 26ª Edición. Editorial Aranzadi. ISBN: 978-84-470-5220-2. Páginas 593 y siguientes.

autoridades tienen en la acción que llevó a causar unos daños y por consiguiente al pago de una indemnización por parte de la Administración Pública responsable del servicio correspondiente.

Este procedimiento, con su resolución, finalizará con la vía administrativa pudiendo ser recurrido ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

La responsabilidad patrimonial de la Administración es, como de manera reiterada ha delimitado la doctrina<sup>6</sup> como una lesión que efectúa la Administración pública a una persona, ya sea esta física o jurídica, siempre que sea en el ejercicio normal de sus funciones. La no premeditación es fundamental para poder afirmar que efectivamente la responsabilidad patrimonial existe. El daño efectivo tiene que ser consecuencia directa de esa acción de la Administración.

Para algunos autores<sup>7</sup>, este tipo de responsabilidad “*alude al deber legal de ésta de reparar los daños y perjuicios causados a otros sujetos de Derecho, que deriven de sus actividades*”, derivados los mismos de una relación extracontractual.

Esta responsabilidad patrimonial se producirá por las acciones que realicen los funcionarios públicos o aquellos trabajadores que se encuentren al servicio de la Administración, pero siempre que las acciones que realicen se deriven de las funciones de su puesto de trabajo, es decir, del normal funcionamiento de la Administración. Habrá que advertir aquí que en el supuesto de que la Administración Pública incumpla con un contrato estaríamos ante una responsabilidad contractual y no patrimonial.

### **3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR ASISTENCIA SANITARIA.**

#### **1.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.**<sup>8</sup>

El principio de responsabilidad de la Administración Pública focalizada en la responsabilidad estatal se ha ido desarrollando recientemente. Desde una época más o

---

<sup>6</sup> ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO: *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*; Editorial Aranzadi; Año 2009 (1ª Edición).

<sup>7</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel.: *Derecho Administrativo. Parte General*. 12ª Edición. Madrid, 2016. ISBN 13: 9788430969654. Páginas 938 y siguientes.

<sup>8</sup> FONSECA GONZÁLEZ, Rafael.: “La responsabilidad por omisión en el ámbito sanitario”. En: *XIX Congreso Nacional de Derecho Sanitario*. Madrid, octubre de 2012.

menos lejana esta responsabilidad de los poderes públicos se asimilaba a la responsabilidad civil entre particulares, aplicándola sobre todo a los trabajadores al servicio de la administración pública (funcionarios) más que al Estado o administración pública concreta. Por ejemplo, en los países anglosajones, la responsabilidad de los funcionarios públicos caía sobre su propio patrimonio, hasta el año 1946 en los Estados Unidos con la creación de la Ley Federal y hasta el año 1947 en el Reino Unido.

Podríamos dividir el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en tres etapas:

- La primera de estas etapas la situaremos hasta la segunda mitad del siglo XIX. Hasta entonces apenas había regulación en este aspecto, aunque si podemos situar aquí alguna mención en las partidas de Alfonso X en el siglo XIII, concretamente en la partida VII. Pondríamos “fin” a esta etapa con la promulgación de la irresponsabilidad del Estado en cuanto a las expropiaciones en la segunda mitad del siglo XIX.
- A partir del *arrêt blanc*, sentencia dictada por el Tribunal de Conflictos francés el 8 de febrero de 1873 donde se plasmó que el Estado era responsable de sus actos, bien por una ausencia de actuación por parte del mismo o por deficiencia en ese acto.
- La última de estas etapas es la cual ha ido desarrollando esa responsabilidad de la Administración pública.

### *3.1.1. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.*

El desarrollo normativo de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en nuestro país fue más lento en comparación con los países de nuestro entorno.

Bien es cierto, que alguna norma especial en determinadas materias tanto del siglo XIX como del XX, reconocía esa obligación por parte del Estado de indemnizar los daños que él mismo cause, como es la Ley de 9 de abril de 1842, la Ley de Policía de Ferrocarriles, o la de Instrucción de Sanidad, del año 1904, pero siempre en materias muy limitadas, pues en la mayoría de sus normas no se reconocía esta responsabilidad, incluso, en algunos casos se excluía de manera expresa.

En el año 1889 se promulga el Código Civil español, y a través de sus artículos 1902 y 1903 llegó el reconocimiento del principio de responsabilidad por acción u omisión con culpa o negligencia que causa daño a otro.

A partir de esta norma los Tribunales admitieron la responsabilidad de los funcionarios públicos que causaran ese daño, responsabilidad personal, excluyendo sin embargo la responsabilidad del Estado de forma absoluta, pues a nivel práctico nunca se dio. Por lo tanto, podríamos decir que, en nuestro país, la responsabilidad por parte de la Administración no se configuró hasta que no se plasmó en su ordenamiento jurídico.

La primera vez que se reconoció esta responsabilidad fue a nivel constitucional, con la Constitución republicana del año 1931, en la cual en su artículo 41 se afirmaba que *“Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños y perjuicios consiguientes, conforme determine la ley”*. Pero con la inestabilidad política que se vivía en la época y con el estallido de la Guerra Civil (1936-1939) esta institución jurídica del resarcimiento del daño ejercido por la Administración pública finalmente no se desarrolló por ninguna Ley.

La siguiente norma que hacía mención a la institución de la responsabilidad de la Administración fue la Ley de Régimen Local en el año 1950, en la cual se distinguía la responsabilidad directa y la responsabilidad subsidiaria, eso sí, dentro del ámbito local exclusivamente.

No fue hasta la Ley de Expropiación Forzosa del 16 de diciembre de 1954 donde se recogió de manera expresa a nivel de la Administración estatal. Su objetivo era la protección del patrimonio privado, y para ello se debía de garantizar este derecho a los ciudadanos frente a los actos que ejerciera la Administración, tanto si consistía en un acto directo, como la expropiación forzosa de propiedades, como si derivaba del normal o anormal funcionamiento de la propia Administración pública, aunque la propia ley disponía de unas limitaciones, aplicándose exclusivamente a los bienes y a los derechos que fuesen susceptibles de ser expropiados.

Tras esta, en el año 1957 se promulga la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, una ley en la que se fijaba la organización estatal y en la que se suprimieron las limitaciones que hacía la Ley de Expropiación Forzosa del año 1954,

dictando su artículo 40 que *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa”*, aunque los Tribunales fueron reacios al reconocimiento de esta responsabilidad cuando se trataba de lesiones o daños que fuesen sin culpa, por lo que se dirigían al Código Civil hasta la década de los sesenta, cuando comenzaron a aplicar esa novedad legal.

En el año 1978 con la transición española llega a nuestro país la actual Constitución. En ella se reforzó el principio de responsabilidad de la Administración, concretamente en su artículo 106.2, el cual dicta: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. Este artículo establece las pautas esenciales para ser reguladas mediante Ley, pues hay una clara remisión normativa.

Es la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la que reguló en sus artículos 139 y siguientes, de una forma mucho más amplia y desarrollada este principio, a través de un modelo de responsabilidad directa y objetiva, aunque con algunas especialidades para determinados casos más específicos.

En el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre se disponía: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”*. Es decir, que no es preceptivo que la Administración, o sus funcionarios, realicen un hecho ilícito, ni tampoco que se incurra en culpa o negligencia.

No obstante, la jurisprudencia y la doctrina son prudentes a la hora de interpretar estos preceptos legislativos, pues debido al continuo movimiento legislativo de la Administración, está adoptando de forma constante nuevas decisiones, lo que podría

llevar todo ello a la bancarrota de las Administraciones públicas, pues el abuso de este principio sería un instrumento perfecto para llevar a cabo una justicia retributiva. Llevaríamos así a la Administración a una parálisis total, por miedo a tomar decisiones que quizás den lugar a indemnizaciones económicas elevadas<sup>9</sup>.

Las dos últimas leyes que se han promulgado y que desarrollan el régimen jurídico son las de reciente aplicación: la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público, las cuales entraron en vigor en su mayor parte en octubre de 2016.

La Ley 40/2015, suma dos singularidades más sobre la responsabilidad de la Administración de las que se recogían en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992. La responsabilidad de la Administración en los casos de aplicación de norma con rango de Ley que posteriormente haya sido declarada inconstitucional<sup>10</sup> y la aplicación de cualquier norma que fuese en contra del Derecho promulgado por la Unión Europea<sup>11</sup>.

En ambos casos, con la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley y la infracción del derecho de la Unión Europea se tiene que dar que tanto la inconstitucionalidad de la norma como la contrariedad al derecho de la Unión Europea, se hayan alegado desde un principio en el procedimiento.

### 3.2. BASE LEGAL DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CARACTERÍSTICAS.

Actualmente, como ya he mencionado, la responsabilidad patrimonial que tienen las Administraciones Públicas está totalmente implantada en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo como base la Constitución Española, en los artículos 9.3 y 106.2 de la

---

<sup>9</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel., *Derecho Administrativo. Parte General*. 12ª Edición. Madrid, 2016. ISBN 13: 9788430969654. Páginas 942 y siguientes.

<sup>10</sup> QUINTANA LÓPEZ, Tomás.: “La responsabilidad patrimonial por la aplicación de normas con rango de ley declaradas inconstitucionales” en LAGUNA DE PAZ, José Carlos; SANZ RUBIALES, Iñigo; DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis.: *Derecho administrativo e integración europea: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez. Vol.2., Tomo 2*. Año 2017. Páginas 1587-1604. ISBN: 978-84-290-1943-8.

<sup>11</sup> QUINTANA LÓPEZ, Tomás.: “¿Puede exigirse responsabilidad patrimonial por la actuación de los órganos constitucionales (y estatutarios)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009” en *Revista española de derecho administrativo*, nº148. Año 2010. Páginas 879-891. ISSN: 0210-8461.

misma. Además, también regulada en la Ley 39/2015 (40/2015), recientemente aprobadas y siguiendo los pasos de su predecesora, Ley 30/1992.

Siguiendo la doctrina jurisprudencial y teniendo como base la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1991, diremos que la doctrina sobre la responsabilidad patrimonial tiene cuatro pilares fundamentales:

- Nuestro ordenamiento jurídico prevé una cobertura patrimonial referente a todo tipo de daños que sufran los ciudadanos, o más bien los administrados, en todos sus bienes (en nuestro caso concreto diríamos que es la salud) a consecuencia de los servicios públicos, de su funcionamiento.
- Diremos que uno de los equivalentes de la actividad administrativa son los servicios públicos.
- La obligación de resarcimiento por parte de la Administración proviene de la producción de un daño sobre un particular, sobre su patrimonio. Un daño que el administrado no tenga obligación de soportar según contenga el ordenamiento.
- Y el último de estos pilares es la excepción a la indemnización, es decir, que la Administración no tendrá esta obligación de resarcir en aquellos casos que se haya producido por una fuerza mayor, por alguna circunstancia que no se hubiera podido evitar.

Para nuestro caso concreto de la responsabilidad sanitaria es preciso mencionar lo que la Sala 3ª del Tribunal Supremo dispuso en la Sentencia del 20 de septiembre de 2005<sup>12</sup>, respecto de un caso de tetraplejía, para lo que el Tribunal resalta como imprescindible la existencia del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y ese resultado dañoso que finalmente se ha producido. Mismo punto en el que insiste también el mismo Tribunal en Sentencias de 7 de febrero de 2006 y 9 de diciembre de 2008<sup>13</sup>, donde de nuevo hace hincapié en la existencia de un daño cuando hablamos de reclamaciones respecto de actos médicos o sanitarios. La existencia del mismo no es suficiente para conceder esa compensación patrimonial, pues se habrá de acudir a la *lex artis* para poder determinar así si esa actuación por parte de los facultativos ha sido o no

---

<sup>12</sup> STS 5368/2005 de 20 de septiembre.

<sup>13</sup> SSTs 6741/2008 de 9 de diciembre y 243/2006 de 7 de febrero.

correcta, independientemente del daño que se ha producido, pues a la Administración le es imposible garantizar la salud del paciente.

Este sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración tiene otro grupo de características, siendo la primera de ellas que la aplicación de este principio se da en todas y cada una de las Administraciones Públicas que conforman nuestro sistema, es decir, el sistema de responsabilidad patrimonial es un sistema unitario, por lo que desde la Administración Estatal, hasta la local, pasando por la administración autonómica, y todas las demás que de estas dependen están sometidas a este sistema, y que en el aspecto sanitario coge especial relevancia por la multitud de competencias transferidas a las Comunidades Autónomas, y con ellas los servicios sanitarios.

Otra de estas características es su alcance general, es decir que el principio de responsabilidad patrimonial alcanza a cualquier actuación de la Administración, ya sea una inactividad o bien un acto expreso, entre otros.

Esta reclamación tiene que ser directa ante la propia Administración de la que se desprenda ese daño o perjuicio, impidiendo la reclamación así (por vía administrativa) a los médicos, funcionarios, autoridades o personal de forma directa.

Y, por último, tenemos que indicar que las Administraciones públicas responderán tanto por el funcionamiento normal como anormal del propio servicio público que presten, en nuestro caso del servicio público sanitario.

### 3.3. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Como ya he señalado en el apartado anterior la responsabilidad de la Administración Pública está contenida en el artículo 106 de la Constitución Española. En nuestro país ya tuvo su acogida en la Constitución de 1931 que casualmente su contenido sobre esta responsabilidad se encontraba recogido también en el artículo 106<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Ver página 11.

Para que se de ese carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, se tendrán que dar una serie de requisitos que la jurisprudencia<sup>15</sup> ha ido marcando a lo largo de los años y que ha insistido sobre la misma.

- El primero de estos requisitos es que el daño o perjuicio, su realización, tiene que ser efectiva, además de que el daño se tiene que poder evaluar económicamente y de manera individualizada.
- Que derive directamente del funcionamiento de la Administración Pública que corresponda, ya sea un funcionamiento normal o anormal.
- El daño derivado de esa actuación administrativa no ha podido ser producido por causa de fuerza mayor (será una de las causas que liberen a la administración de culpa).
- Y, por último, ese daño que se produce en los bienes y derechos del ciudadano tiene que ser antijurídico, es decir, es un daño que los particulares no tienen el deber jurídico de soportar (esto no significa que sea un daño producido por un acto ilícito)<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> SSTS 6732/2004, de 22 de octubre; 7199/2004, de 9 de noviembre; 8239/2004, de 20 de diciembre; 634/2005, de 4 de febrero.

<sup>16</sup> CARRO GONZÁLEZ, Francisco Javier.: *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*. Tesis doctoral. Universidad de Coruña. 2012. Páginas 104 y siguientes.



## II. SEGUNDA PARTE. MARCO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA.

### 1. CONCEPTO DE *LEX ARTIS*.

Podríamos definir<sup>17</sup> la *lex artis* como “el conjunto de reglas y preceptos útiles para hacer una cosa o para practicar una Ciencia o incluso el conjunto de contenidos de carácter ético y técnico-científico que son de aplicación necesaria en el ámbito de la actividad profesional y que se despliegan de forma particular en cada caso concreto”. Pero además de esta definición la técnica se tendría que ajustar en cada supuesto particular a lo cual llamaríamos *lex artis ad hoc*, es decir que se tendrían que valorar todas las circunstancias que se dan para ese caso, desde por supuesto la situación clínica del paciente, hasta la disponibilidad de medios por parte del médico, e incluso las propias características del mismo.

Por parte de la jurisprudencia se establecen una serie de requisitos. En primer lugar, que se hayan puesto en uso tantas técnicas sean conocidas por la medicina y que por supuesto el médico que debe aplicarlas las tenga a su alcance en ese momento. Por supuesto, que el paciente (y/o sus familiares) haya sido informado de una forma correcta tal y como la ley así lo exige.

También el Consejo de Estado<sup>18</sup> establece una serie de requisitos para que la Administración Sanitaria tenga que indemnizar al paciente, haciendo mención también a la *lex artis ad hoc*, y dictando que “no resulta suficiente con que la existencia de la lesión esté conectada con la atención de los servicios sanitarios” “de modo tal que tan sólo en caso de una infracción de ésta cabría imputar a la Administración de la cual dependen los servicios sanitarios la responsabilidad por los perjuicios causados”.

Teniendo en cuenta que los jueces desconocen el ámbito de la medicina y por lo tanto resulta de especial dificultad poder determinar algo cuando se desconoce se ha empezado a utilizar los protocolos médicos en los Juzgados y Tribunales para conocer el

---

<sup>17</sup> GALLARDO CASTILLO, María Jesús.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. Año 2009. Editorial Bosch. ISBN: 9788497905343. Página 17.

<sup>18</sup> Memoria del Consejo de Estado del año 2005, aprobada en Madrid, el 21 de diciembre del año 2006. Página 156.

tratamiento y/o pruebas diagnósticas más adecuadas ante los supuestos concretos, y que como María Jesús Gallardo<sup>19</sup> señala, se trataría de “una especie de *lex artis* codificada”.

## 2. CRITERIOS CORRELATIVOS A LA *LEX ARTIS*.

### 2.1. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL PACIENTE.

#### *2.1.1. MARCO NORMATIVO HASTA ALCANZAR LA LEY DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE.*

A lo largo de la historia nos hemos percatado que las relaciones entre los pacientes y el personal sanitario deben tener como pilar fundamental el respeto de los derechos que asisten a los pacientes.

Tenemos que fijar a este respecto como punto de inicio la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, pues de la misma se inspiran muchas de las constituciones creadas posteriormente. En el aspecto médico-sanitario fijaremos ese inicio más concretamente en la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, que fue impulsada por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud en el año 1994.

Posteriormente, tiene especial importancia por ser el primer mecanismo jurídico vinculante para todos aquellos países que se han adherido al mismo, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, registrado el 4 de abril de 1997, y con entrada en vigor en España el 1 de enero del año 2000.

Este Convenio constituye un ámbito general para proteger en el aspecto médico y biológico los derechos humanos y la dignidad de la persona. Hace hincapié en el reconocimiento de los derechos de los pacientes, en su plasmación, contando con especial relevancia el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas. Todo ello para intentar obtener una concordancia entre todos los ordenamientos jurídicos que así lo suscriben.

---

<sup>19</sup> GALLARDO CASTILLO, María Jesús; *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. Año 2009. Editorial Bosch. ISBN: 9788497905343. Página 24.

En España, para el desarrollo del derecho a la protección a la salud que se fija en el artículo 43 de la Constitución de 1978, se promulgó la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril) que, aunque se centra en establecer una organización del sistema sanitario, si se hace mención a una “humanización de los servicios sanitarios” por parte de las autoridades sanitarias. Destacando al respecto la máxima consideración sobre la dignidad de la persona y la libertad de cada individuo, dando especial importancia al concreto derecho de la autonomía del paciente, sobre todo respecto de la voluntad del paciente dentro del aspecto del consentimiento informado.

Además de esto, la Ley General de Sanidad hace especial mención e insistencia sobre la documentación clínica, concretamente en la consideración de la misma.

A finales del año 1997 tuvieron lugar dos episodios importantes para este tipo de consideraciones. El primero de ellos se estableció en el mes de septiembre un Convenio de cooperación entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad. Y en el mes de noviembre se suscribe por un grupo de expertos un dictamen sobre los derechos de los pacientes en el aspecto sanitario, y que ha servido de base para la fijación de los principios básicos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Pero a lo largo de los años estos derechos que se fijaban tanto en la Ley General de Sanidad como en la diversa normativa internacional, se han visto con determinadas carencias en cuanto a su concreción y matización, por lo que se ha ido creando normativa de desarrollo. Podemos destacar aquí la Ley Orgánica 15/1999, de 17 de noviembre de protección de datos de carácter personal, que califica que todos aquellos datos referentes a la salud de los ciudadanos como “datos especialmente protegidos”, estableciendo un sistema de tratamiento y custodia muy ajustado y severo.

Esa severidad en el tratamiento de este tipo de datos ya se vio reflejada a nivel comunitario en la Directiva 95/46, de 24 de octubre, que también habla de otro tipo de datos en el ámbito de la salud, ya no solo a nivel de autonomía del paciente, sino respecto de estudios epidemiológicos o referencias a datos de salud colectiva<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Exposición de motivos de 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.

En este aspecto se debe de hacer referencia al nuevo Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea, que derogando a la Directiva 95/45 aprobada en el año 1995, será de aplicación desde el 25 de mayo de 2018.

Este nuevo Reglamento modifica algunos aspectos y contiene nuevas obligaciones<sup>21</sup>, siendo su fin principal actualizar y armonizar el cumplimiento de la protección de datos en la UE.

Dentro del aspecto sanitario en este punto tenemos que hacer especial mención a la información del paciente, los requisitos que tiene que cumplir el responsable del tratamiento de ese tipo de datos personales.

Se trata de tres nuevos requisitos:

- Se habrá de informar sobre la identidad del Delegado de Protección de datos
- Se le indicará el derecho que tienen a interponer una reclamación ante la autoridad controladora competente
- Y, por último, se le comunicará el plazo que sus datos personales serán conservados.

#### **A) Principios básicos de la Ley de Autonomía del Paciente (Ley 41/2002).**

Los principios básicos se recogen en el Capítulo I de esta Ley 41/2002, en el que se incluyen tres aspectos sobre la misma.

En primer lugar, se fija su ámbito de aplicación, donde indica que se encargará de regular la intervención de todos los agentes que intervengan en la actividad sanitaria, desde el propio paciente hasta los centros sanitarios (tanto privados como públicos). Eso sí, solamente para el aspecto concreto de “autonomía del paciente y de información y de documentación clínica”<sup>22</sup>.

En el artículo 2 se encuentran mencionados esos principios básicos o generales que recoge esta Ley, agrupándolos en siete apartados:

---

<sup>21</sup> www.elmedicointeractivo.com *El nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos: Una aproximación al sector sanitario.* (Fecha publicación: 6 junio 2017) (Fecha consulta: 11 enero 2018).

<sup>22</sup> Art.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

- Respeto de la dignidad humana y por consiguiente de la autonomía del paciente.
- El consentimiento previo del paciente en toda actividad médica que se practique sobre el mismo.
- Libre decisión sobre las diferentes alternativas médicas que se le dispongan.
- Derecho del paciente a rechazar el recibir su tratamiento médico (con las excepciones que la Ley prevea).
- Los pacientes deben ofrecer al personal sanitario todos aquellos datos sobre su salud, de forma verídica.
- El personal sanitario tiene que cumplir con sus deberes respecto de este aspecto de información asistencial y documentación clínica.
- Y por último, todas aquellas personas que traten con este tipo de datos sobre la salud de los pacientes tienen la obligación de mantener la confidencialidad de los mismos, de su leal custodia<sup>23</sup>.

### *2.1.2. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE COMO PARTE DE LA LEX ARTIS.*

Se podría decir que este principio de autonomía del paciente es de una reciente importancia en cuanto a la asistencia sanitaria, pues desde una perspectiva paternalista<sup>24</sup> y basándonos en el principio de beneficencia el fin principal del médico es la curación del paciente, quien tomará una posición impasible y dependiente respecto del personal sanitario, siendo aquí la información algo accesorio y por lo tanto utilizada solo cuando sea precisa la cooperación del propio paciente.

Sin embargo, desde otra perspectiva se hace más relevante el principio de autonomía, asumiendo el propio paciente mayor grado de colaboración con el personal

---

<sup>23</sup> SEUBA TORREBLANCA, Joan C.: Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre”. RAMONS GONZÁLEZ, Sonia. Working Paper nº 138. [www.indret.com](http://www.indret.com) Abril de 2003, Barcelona. (Fecha de consulta: 30/11/2017). Páginas 4 y siguientes.

<sup>24</sup> LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente.: “Responsabilidad patrimonial sanitaria por daño moral: La visión del Consejo Consultivo y los órganos judiciales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha” en la Jornada *Seguridad del paciente, una mirada desde el derecho sanitario*. Toledo, 3 de mayo de 2017. [http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Responsabilidad-patrimonial-sanitaria-consejo-consultivo-Castilla-La\\_Mancha\\_11\\_1094680001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Responsabilidad-patrimonial-sanitaria-consejo-consultivo-Castilla-La_Mancha_11_1094680001.html) (Fecha consulta: 16-1-2018).

sanitario y por lo tanto la información pasa a tener un mayor grado de importancia, pues con ella el paciente tomará decisiones.

Pues bien, desde un punto de vista moral se ha de alcanzar un doble objetivo: por un lado, impulsar la autonomía del propio paciente, y por otro, inducir a que el propio paciente tome unas decisiones lo más razonables posibles. Si esto lo trasladamos a nuestra perspectiva jurídica, el personal sanitario tiene dos tareas obligatorias: informar de forma apropiada al paciente y lograr el consentimiento informado del paciente para realizar la actividad terapéutica pertinente antes de que se realice la misma. Cumplidas ambas tareas se habría alcanzado el cumplimiento de la *lex artis* en su vertiente formal, que tal y como el Tribunal Supremo define sería “aquel criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico”. Es decir que las actividades que realice el personal sanitario no solo serán contrarias a su *lex artis* por el hecho de cometer un fallo diagnóstico o terapéutico, sino que por el hecho de no informar al paciente de forma adecuada se irrumpe con ella.

### 2.1.3. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN.

Con el paso de los años la figura del paciente ha comenzado a tomar más relevancia, teniendo mayor estima hacia el y teniéndole más en cuenta, por ello, como he destacado en el apartado anterior, se le han dado más derechos, entre los que destaca la capacidad de tomar decisiones libremente sobre las actuaciones médicas que sobre el repercutan, es decir, se le ha otorgado una mayor autonomía como ser humano que es<sup>25</sup>.

Algunos autores afirman que para que exista esa independencia en cuanto a las decisiones médicas de los pacientes, se deben de dar tres requisitos: intencionalidad, conocimiento y que no exista un control externo, por lo que se deriva una obligatoriedad en cuanto a la información que se dé al paciente, pues esta debe ser real, salvo en los casos, eso sí, del llamado “privilegio terapéutico”, por el cual esa comunicación de información veraz podría afectar de forma negativa a la recuperación del paciente<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> CARRO GONZÁLEZ, Francisco Javier.: *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*. Tesis doctoral. Universidad de Coruña. 2012. Página 127.

<sup>26</sup> GARCÍA GUILLÉN, Diego.: *Fundamentos de bioética*. Editorial Triacastela. Año 2008. ISBN: 9788495840332. Páginas 151 y 578.

Ese privilegio terapéutico lo regula el artículo 5 de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, concretamente en su apartado 4, donde se reconoce que ese derecho de información se puede ver acotado en los supuestos en que exista una situación de “necesidad terapéutica”, necesidad que el propio legislador define como “la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes del paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave”.

Pero esta descripción tan global acarreará la posterior acotación de esas “razones objetivas” por las cuales los facultativos alcanzaron esa conclusión.

El magistrado Sancho Gargallo<sup>27</sup> considera que son situaciones muy complicadas de resolver y que desde su punto de vista se necesitará que se cumplan una serie de elementos:

- Un supuesto el cual conlleve “un riesgo inminente y grave para la integridad del paciente” (Art.9.2.b) de la Ley 41/2002).
- Y que el paciente en ese momento sea incapaz de autorizar ese consentimiento, por no encontrarse en un estado adecuado en el que pueda asumir sus circunstancias, lo que llevaría a un consentimiento por representación, el cual se encuentra regulado en el Art.9.3.a) de la Ley 41/2002.

#### *2.1.4. LAS PRINCIPALES CUESTIONES ENTORNO A LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.*

En el hecho de informar al paciente y poder alcanzar el consentimiento informado del paciente se dan varios aspectos de especial relevancia.

Lo primero que tenemos que tener claro es sobre qué actos médicos se debe informar, para lo que el artículo 8 de la Ley de Autonomía del Paciente nos indica que para “toda actuación en el ámbito de la salud”, aunque bien es cierto, que algunos

---

<sup>27</sup> SANCHO GARGALLO, Ignacio.: *Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado*. Working Paper nº 209. [www.indret.com](http://www.indret.com) Abril del 2004, Barcelona. (Fecha de consulta: 30/11/2017). Página 20.

autores<sup>28</sup> reconocen que esta exigencia normativa no es útil desde un punto de vista práctico.

El siguiente aspecto sería el contenido básico que debe tener esa información que se da al paciente y que sería el fin de la intervención, la naturaleza de la misma, sus riesgos y las posibles consecuencias que pudiese tener, aunque la Ley 41/200, de 14 de noviembre complementa o matiza este contenido básico y que deberá darse de forma escrita en el documento del consentimiento informado y serían las consecuencias de mayor relevancia que la intervención produciría con certeza; los posibles riesgos que conllevaría por la situación particular del paciente, ya sean condiciones personales o profesionales; los riesgos que se podrían dar con dicha intervención previsiblemente, y por último las contraindicaciones que tuviera la actuación médica. Todos ellos explicados de forma clara y comprensible para evitar la saturación del paciente.

En cuanto a la forma de dar la información la Ley de Autonomía del Paciente nos indica que por norma general se dará de manera verbal exigiendo la forma escrita únicamente para documentar el consentimiento informado previo a la actuación médica, y todos aquellos procedimientos que conlleven ciertos riesgos sobre la salud del paciente.

La titularidad de este derecho la tiene, por supuesto, el propio paciente pudiendo ser informadas otras personas siempre que estas se encuentren ligadas a él y el propio paciente así lo permita ya sea de forma expresa o tácita. Aun cuando el paciente no tenga las adecuadas habilidades comprensoras habrá que proporcionarle la información, además de a su representante legal. En el supuesto de que el personal sanitario por su estado no comprendería dicha información médica, este dará traslado a la familia.

No obstante, existen algunas excepciones a este derecho a la información pudiendo el paciente declinar este derecho, aunque es obligatorio que autorice el consentimiento. Sin embargo, esta renuncia tiene una serie de límites como el interés de la salud del paciente, pudiendo afectar la misma a terceros o incluso a la sociedad en general, o bien porque las condiciones terapéuticas concretas así lo requieran.

---

<sup>28</sup> GUERRERO ZAPLANA, José.: Guía práctica de las reclamaciones sanitarias. Cuestiones prácticas y preguntas con respuestas. Año 2013. Editorial Lex Nova, S.A. ISBN: 9788498985146.

El deber de informar al paciente (o a sus representantes legales en su caso) lo tendrá el médico responsable del tratamiento el cual coordinará toda la asistencia sanitaria y la información que conlleve la misma. Esta información se dará con una “antelación suficiente” a la práctica del proceso terapéutico que corresponda, aunque el legislador no fija un plazo concreto.

#### 2.1.5. LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR.

El incumplimiento por parte del personal sanitario y más concretamente del médico responsable de este deber de informar al paciente tiene una serie de consecuencias si el paciente ha sufrido algún tipo de daño o lesión, considerando por parte de la jurisprudencia este tipo de incumplimiento en cuanto a la información como un daño moral apto para alcanzar una indemnización económica siempre que exista un nexo causal entre la actuación médica y ese resultado lesivo. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero del año 2012 fija “Que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente (a tener por cierta en el caso de autos ante la duda no despejada sobre el cabal cumplimiento de aquella obligación) constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la “*lex artis ad hoc*”, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente”.

Más tarde, el mismo Tribunal Supremo en sentencia de 2 de octubre de 2012 (nº rec 3925/2011), destaca el aspecto autónomo del daño moral que proviene de la falta de información, independientemente de que la actuación sanitaria es acorde a la *lex artis* en su aspecto material.

#### 2.2. LOS RIESGOS DEL DESARROLLO O EL ESTADO DE LOS CONOCIMIENTOS DE LA CIENCIA.

Cuando hablamos de los conocimientos de la ciencia en el aspecto de la responsabilidad patrimonial sanitaria nos encontramos ante aquellos supuestos en los que

debido a la situación de la medicina en el momento en el cual se produjo ese daño o lesión no pudo evitarse el mismo.

Tenemos que señalar que la medicina no es una ciencia exacta y que por tanto existe un porcentaje de error en ella, pues como bien se sabe a día de hoy, existen enfermedades que no tienen cura o que la misma en muchos supuestos es muy complicada. Este margen de error del que hablamos aumenta con el paso del tiempo, pues las prácticas médicas se incrementan y con ello la detección de nuevas enfermedades, aunque bien es cierto que la medicina está en constante desarrollo.

Se trata de un riesgo oculto y que por tanto hasta ahora había sido ignorado, además de ser inusual, por lo que por su desconocimiento los médicos no tienen el deber de informar porque lo desconocen.

Antes de la reforma de la Ley 30/1992 en el año 1999, parte de la doctrina y a raíz de los contagios de enfermedades graves<sup>29</sup> como el SIDA o la hepatitis C en centros sanitarios públicos y por lo tanto bajo la actividad de los servicios públicos sanitarios, durante un periodo en el cual se desconocían los medios para detectar estas enfermedades y por lo tanto poder así evitar su contagio fueron considerados como supuestos de fuerza mayor.

Pero todo ello conlleva una problemática que ni la doctrina ni la jurisprudencia han conseguido alcanzar un acuerdo pues ¿en qué punto se marca la referencia para conocer si era posible aplicar los métodos adecuados para detectar esas enfermedades?

El legislador deja claro , ya con la Ley 4/1999<sup>30</sup>, en su artículo 141, y ahora en la misma línea con la Ley 40/2015<sup>31</sup> en su artículo 34.1, que “*no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica*” pero para determinar ese punto de referencia por el cual cabrá o no la indemnización por responsabilidad patrimonial sanitaria se toma como referencia el momento en que se

---

<sup>29</sup> BELLO JANEIRO, Domingo.: *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. 1ª Edición. Editorial Reus. Madrid, año 2009. ISBN: 978-84-290-1552-2. Páginas 155 y siguientes.

<sup>30</sup> Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común

<sup>31</sup> Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

comercializa mundialmente los marcadores que facultan la detección del virus correspondiente en la sangre, así se ha marcado en el caso del SIDA el año 1985, y en los casos de la hepatitis C, finales de 1989.

Diremos entonces que esos contagios que se tienen su origen en el estado de la medicina en ese momento concreto, en el cual, por su desconocimiento, el contagio no se pudo evitar, la Administración quedará exente de toda responsabilidad patrimonial de aquellos contagios que se dieron en ese periodo<sup>32</sup>, sin embargo aquellos contagios que se producen con posterioridad a las fechas señaladas la responsabilidad patrimonial administrativa es clara, por lo cual se indemniza por ese funcionamiento anormal de la administración<sup>33</sup>.

### 2.3. EL RESULTADO DESPROPORCIONADO.

La doctrina jurisprudencial<sup>34</sup> referente a estos casos de resultado desproporcionado se refiere a aquellas actuaciones médicas en las que el resultado que se alcanza es anormal e inusualmente grave y por lo tanto, es proporcional si hacemos una comparación con los riesgos comunes que ese acto médico tendría<sup>35</sup>.

En estos supuestos se da una inversión de la carga de la prueba por lo que será la Administración sanitaria la que tenga que demostrar que el daño causado al paciente (o a sus familiares en los supuestos de muerte) tiene como origen una actuación externa de esa prestación sanitaria. Diríamos que lo que produce que la Administración responda patrimonialmente por ese daño es esa situación anormal, pero tendrán que darse cuatro condiciones, las dos primeras de aspecto subjetivo, y las dos últimas con carácter objetivo:

- La primera de estas es que esa conducta no adecuada ha sido la productora del daño.

---

<sup>32</sup> CARRO GONZÁLEZ, Francisco Javier.: *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*. Tesis Doctoral. Universidad de Coruña. Año 2012. Páginas 112 y siguientes.

<sup>33</sup> STS 7084/2000, de 5 de octubre de 2000. (Recurso de casación para la unificación de doctrina).

<sup>34</sup> Entre otras, por ejemplo, la STS 4903/2007, de 10 de julio.

<sup>35</sup> BELLO JANEIRO, Domingo.: *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. 1ª Edición. Editorial Reus. Madrid, año 2009. ISBN: 978-84-290-1552-2. Páginas 147 y siguientes.

- Que el perjudicado, en este caso el paciente, no ha intervenido, aunque sea mínimamente en la producción de ese daño.
- El daño tiene que ser repentino, imprevisto.
- Y finalmente, que el daño tenga lugar dentro de la actividad del sujeto responsable, que sería la administración pública sanitaria.

Tenemos que tener en cuenta que esta doctrina surge cuando de un aspecto aparentemente normal o no grave de la salud de una persona, el resultado posterior respecta mucha gravedad y por lo tanto lo determinamos como desproporcionado para la situación original<sup>36</sup>.

#### 2.4. LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.

Se trata de una doctrina que comenzó a aplicarse en los tribunales civiles españoles en los años cincuenta en cuanto a la responsabilidad civil del abogado, y en los años ochenta aplicadas a la responsabilidad civil del personal sanitario y que en la actualidad está completamente implantada también para la responsabilidad patrimonial sanitaria.

Esta doctrina la han ido adoptando nuestros tribunales, incluido el Tribunal Supremo como pauta para reducir las diferentes exigencias que requiere la existencia de una relación de causalidad. Se ha fijado una culpabilidad hacia el profesional sanitario no siendo seguro que su acción sobre el paciente haya sido la única causa del daño reclamado, pero sí por la forma de llevarla a cabo ha llevado a una pérdida de oportunidad del paciente, ya sea por un error en el diagnóstico o un retraso en la práctica del mismo, entre otras cosas. Calcular una indemnización de este tipo nos lleva a la aplicación de una estadística sobre una suposición de si efectivamente se hubiese curado, o simplemente es un daño que no se hubiera podido evitar por las circunstancias de la propia enfermedad que afecta al paciente, eso sí se dará en aquellos casos en los que la conducta del personal sanitario y más concretamente del médico será una conducta negligente<sup>37</sup>.

##### 2.4.1. *EL ORIGEN DE LA DOCTRINA.*

---

<sup>36</sup> CARRO GONZÁLEZ, Francisco Javier.: *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*. Tesis doctoral. Universidad de Coruña. 2012. Páginas 116 y siguientes.

<sup>37</sup> ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: “Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria” en *Aranzadi Civil*, número 31. Diciembre 2008. ISBN 9788483557105. Página 67.

El origen de esta doctrina lo situamos en los derechos francés (*perte d'une chance*) e inglés (*loss of a chance of recovery*), desde finales del siglo XIX y principios del XX y que con el paso de los años se fue, poco a poco, incluyéndose en otros ordenamientos, como Estados Unidos, Canadá o Italia.

Estamos ante un precepto de origen judicial, y además hoy en día en nuestro país no aparece en ninguna normativa específica sobre la responsabilidad, únicamente aparece en la jurisprudencia y en los informes del Consejo de Estado. Sin embargo, si nos vamos hacia el Derecho Europeo, podemos encontrar en el artículo 163 del Código Europeo de Contratos donde se admite que esa pérdida de oportunidad es un ámbito dentro del lucro cesante<sup>38</sup>.

#### *2.4.2. LA APLICACIÓN EN LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.*

Como ya hemos dicho, dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa esta doctrina ha sido considerablemente aplicada desde la Audiencia Nacional hasta los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia tras la transposición de las competencias sanitarias a las comunidades autónomas.

La primera vez que un tribunal español lo admitió dentro del aspecto sanitario fue en el año 1998 la Sala 1ª del Tribunal Supremo, para que posteriormente se dirigiese su aplicación en las primeras instancias y audiencias provinciales, llegando después de nuevo al Alto Tribunal, tanto a la Sala de lo Civil de donde se extendió a la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

El fin principal con el que se utilizaba esta doctrina originalmente era para aquellos supuestos de responsabilidad patrimonial sanitaria (aunque también es utilizada en la responsabilidad civil médica) sobre error en el diagnóstico, o cuando se trata de una demora en el mismo, por ejemplo, en el caso de asistencias domiciliarias, en los servicios de urgencias de centros sanitarios o diagnósticos tardíos de cáncer. Su uso era más bien para la determinación de los daños y poder hacer así una estimación de la indemnización económica.

---

<sup>38</sup> “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Número 8. Año 2013. Páginas 228-239.

Destaca a modo de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de octubre de 2003 (JUR 2003/265285), en la cual el tribunal afirma que “*se ha demostrado que un retraso de solamente de tres a seis meses puede producir una disminución del 12% en la supervivencia de las pacientes como consecuencia de la progresión de la enfermedad en ese periodo de tiempo*”. O alguna más actual como la sentencia del Juzgado nº2 de Mérida, de 13 de diciembre de 2012 (289/2012) en la cual el mismo observa “*una pérdida de oportunidad para el paciente como consecuencia de la demora en el diagnóstico del cáncer de pulmón que ya era objetivable desde que en febrero de 2009 se le realizó radiografía para el preoperatorio del cáncer de vejiga que también padecía*”.

Como bien hemos dicho, actualmente su uso ya no es exclusivo para la determinación, sino que su principal fin es para estimar la concurrencia o no de la relación de causalidad, aunque este precepto en muchas ocasiones se hace muy complicado de demostrar, pues en algunos casos es un arduo trabajo determinar si el daño final causado al particular, en nuestro caso al paciente, tiene su origen en la enfermedad o patología del propio paciente, o bien su origen es la acción, o no acción, de los profesionales sanitarios. Esto resulta tan complicado porque debemos de partir que cuando se presenta esa actuación médica ya se parte de un daño previo (enfermedad o lesión).

Nos encontramos entonces ante una doctrina vinculada a valorar el daño real, con la validez del interés destruido, y con la condición de que exista una relación de causalidad lo que, a la hora de hablar de una indemnización, lo que con ella se pretende compensar es el porcentaje de la oportunidad de haber podido evitar ese daño y no el daño último en sí.

Si el resultado último fuese igual a pesar de que la actuación médica estuviera ajustada a la *lex artis* médica, es decir, que la actuación del profesional sanitario hubiese sido correcta y sometida a los protocolos, no existirá entonces esa relación de causalidad.

Por ello, a pesar de que la actuación del facultativo no fuese adecuada a su *lex artis*, la patología que presentaba el paciente no la ha provocado él, por lo que se considera que

las opciones de curación de esa enfermedad se han limitado, y de haber sido esa actuación acorde a la *lex artis* el resultado hubiese sido diferente<sup>39</sup>.

Como el autor Álvaro Luna Yerga<sup>40</sup> explica “*Es precisamente en responsabilidad médico-sanitaria donde muestra mayor dificultad la prueba del nexo causal, motivada por la multiplicidad de causas y causantes a que puede obedecer el daño sufrido por el paciente que, además, se acrecienta cuando nos hallamos ante lo que podemos denominar daños pasivos, esto es, aquellos daños que suceden no por la acción directa del facultativo (daños iatrogénicos) sino debido a errores de diagnóstico o a omisiones en el tratamiento que privan al paciente de los cuidados médicos adecuados*”.

En materia médica o sanitaria existen numerosos casos en los que por diversos motivos tenemos como resultado un daño sobre la salud o integridad física de los pacientes, incluso sobre la propia vida del mismo. Por ello es muy difícil probar en este tipo de supuestos médicos la existencia de una relación de causalidad por ello los tribunales podríamos decir que reduce el estándar de prueba que se da normalmente, solución que como algunos autores<sup>41</sup> han señalado sería la “menos mala”, aunque algunos otros<sup>42</sup> lo ven como una solución para aquellos casos en los que efectivamente se ha producido un daño y que si fuera tan estricto con el nexo causal no se verían indemnizados.

Diríamos que para que esta doctrina se considere se tienen que dar una serie de requisitos<sup>43</sup>:

---

<sup>39</sup> DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico.: “La doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Doctrina general y evolución en derecho comparado. En: Francisco José MARTÍNEZ LÓPEZ.: *La pérdida de oportunidad en las reclamaciones y sentencias de responsabilidad patrimonial. Aspectos médicos, jurídicos y jurisprudenciales*. Colección Editorial de Publicaciones del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria nº 1.851. Septiembre de 2006. ISBN: 84-351-0398-6. Páginas 75 y siguientes.

<sup>40</sup> LUNA YERGA, Álvaro.: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº2. Año 2005. ISSN-e 1698-739X.

<sup>41</sup> MEDINA ALCOZ, Luis.: “Teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual). La doctrina de la pérdida de oportunidades” en *Revista de la Asociación de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, número 30. Año 2009. Página 31. ISSN 1887-701

<sup>42</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina.: “Prueba de la Causalidad en pleitos de daños y pérdida de oportunidad” en *Derechos de Daños*. Sepin. Año 2011. Páginas 195-226. Coordinador Mariano José Herrador Guardia. ISBN 9788492995530.

<sup>43</sup> CARRO GONZÁLEZ, Francisco Javier.: *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*. Tesis doctoral. Universidad de Coruña. 2012. Páginas 114 y siguientes.

- Tiene que existir que en el caso de que la asistencia sanitaria se hubiera prestado de manera correcta, el resultado final hubiese sido mejor.
- El daño, por supuesto, tendrá que ser real y evidente, no valen daños hipotéticos.
- Que por supuesto exista una relación de causalidad directa entre la acción u omisión de la administración sanitaria.

El que fuera presidente de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Diego Córdoba Castroverde<sup>44</sup>, conecta esta pérdida de oportunidad sobre todo con dos aspectos: la infracción de la *lex artis* y una falta de correcto servicio de la Administración sanitaria.

En conclusión, estamos ante una doctrina que en algunos aspectos es de dudosa aplicación sobre todo por el hecho de que responde por el daño alguien que pudo causarlo y no quien efectivamente se ha demostrado que lo causó, intentando evitar una solución como la que da el sistema más tradicional, una solución más radical: o una indemnización completa, o nada.

#### 2.4.3. PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN.

La doctrina en su mayoría no está a favor del empleo de esta teoría, pero únicamente cuando se trate de aquellos casos en los que existan verdaderas dudas en cuanto a la relación de causalidad, aunque en el día a día, en la práctica de la aplicación de esta teoría esto no sucede así. Uno de los principales problemas que tendríamos con la aplicación de la misma es que no existe un acotamiento en cuanto a los límites de su aplicación.

Otro problema con el que nos encontramos es con la precisión porcentual de pérdida de oportunidad que sería necesario para poder fijar una indemnización, a partir de qué porcentaje se concedería la misma. Respecto este punto algunas sentencias se han manifestado en cuanto al mismo, como por ejemplo la STS de la Sala 3ª de 18 de octubre de 2005, como que “*basta la certidumbre manifiesta de que el conjunto de circunstancias ha repercutido en el daño sufrido para estimar responsabilidad*”.

---

<sup>44</sup> CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego.: “La pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad patrimonial”. En: Jornadas sobre Derecho y Medicina. Las Palmas de Gran Canaria. Marzo de 2012.

En nuestro país podríamos decir que lo que esta teoría nos proporciona es una herramienta para poder alcanzar una responsabilidad proporcional.

En otros países, normalmente anglosajones, se fija un porcentaje mínimo de esa relación de causalidad para poder conceder la indemnización con la aplicación de esta doctrina. Normalmente hablamos de un 50% en los países angloamericanos y por ejemplo, en el Reino Unido se tendrá que alcanzar un 80% para la concesión de la indemnización. Estos países tienen una teoría subyacente de la misma por la cual en los supuestos en los que determinar el nexo causal es inalcanzable, la sentencia será desestimatoria. Teoría que ha sido aplicada en sentencias británicas, como por ejemplo el caso *Gregg v. Scott*, de la Cámara de los Lores, y también en resoluciones estadounidenses, como la sentencia del Tribunal Superior de Kansas, en el caso *Pipe v. Hamilton*.

Por lo tanto, podemos llegar a la conclusión de que uno de los principales riesgos que acarrea esta teoría es que se puede conceder una indemnización cuando no se llega a un nivel porcentual mínimo.

#### 2.4.4. EL ABUSO EN SU USO.

En los últimos años se está observando que existe una inclinación de nuestros juzgados y tribunales a dejar a un lado los criterios estadísticos y pasar a ligar la teoría de la pérdida de oportunidad con la *lex artis* y no con la relación de causalidad, como hace la Sala 3ª del Tribunal Supremo en sentencia del 24 de noviembre de 2009, la cual transforma la pérdida de oportunidad en un daño resarcible como idea de daño moral y sin examinar mínimamente el nexo causal con el daño que efectivamente es reclamado.

Es importante hablar aquí de la aplicación de esta doctrina en cuanto al diagnóstico prenatal y a la fecundación no deseada. Distinguiremos así por una parte los daños que se puedan ocasionar de un embarazo no deseado de un bebé sano por un error en los métodos anticonceptivos (vasectomía, ligadura de trompas o por una implantación errónea del DIU –dispositivo intrauterino-), y por otra cuando estamos ante el nacimiento de un feto con alguna enfermedad o malformación que no tiene como origen una mala actuación médica pero que el facultativo no pudo localizar a tiempo para que la gestante tuviera la opción de interrumpir el embarazo. En este último supuesto el “error” del facultativo lo que impide es que la gestante pueda elegir sobre la continuidad, o no, de su embarazo.

En España la mayor parte de la doctrina ve que esta libertad de decisión de la que se priva a la gestante es una pérdida de oportunidad, sin embargo algunos autores<sup>45</sup> consideran que es un error aplicar esta doctrina a los supuestos de *wrongful birth*, pues no existe un “evento favorable” para que el lesionado permanezca fuera del ámbito de intervención del responsable médico, pues en estos supuestos, la base es el derecho a decidir libremente la interrupción del embarazo, una facultad que tiene en exclusividad la madre gestante.

#### 2.4.5. CONCLUSIONES.

Se trata de una de las teorías más utilizadas, junto con la teoría del daño desproporcionado, en las reclamaciones por responsabilidad médica y que originalmente se aplicaba cuando existían dudas en cuanto al nexo causal, cuando este era complicado de probar de manera irrefutable.

El principal problema que acarrea la aplicación de esta teoría en España es que no se fijan unos porcentajes mínimos para poder apreciar la responsabilidad por parte de los juzgados y tribunales. Estos aplican esta teoría en los casos en que la actuación médica no se ha adaptado a la *lex artis*, aplicación que resulta errónea para la doctrina, pues esta teoría se debe vincular con el nexo causal para poder observar una probabilidad elevadamente probada y así fijar el *quantum* indemnizatorio.

### 3. LIBERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

#### 3.1. LA FUERZA MAYOR O CULPA DE LA VÍCTIMA.

Sirva por todas la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Civil 4401/1994, de 7 de junio que recoge jurisprudencia anterior sobre todo a nivel de derecho de consumo, como la contencioso-administrativa<sup>46</sup> tratan la fuerza mayor o la culpa de la víctima, como únicas circunstancias que exonerarían a la Administración de su responsabilidad, teniendo como base el artículo 106.2 de la Constitución Española aunque

---

<sup>45</sup> ASENSI PALLARÉS, Eduardo y CID-LUNA CLARES, Iñigo.: “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº8, año 2013. Páginas 228-239. ISSN: 2254-2582

<sup>46</sup> STS 5159/2006, de 11 de julio.

tanto la doctrina como los tribunales contencioso- administrativos afirman que esta apreciación tiene que ser muy taxativa<sup>47</sup>.

Podemos definir la *fuerza mayor* como “aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado”<sup>48</sup>, y el *caso fortuito* como el “evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”<sup>49</sup>.

### 3.2. ASUNCIÓN DEL RIESGO POR EL PACIENTE.

La liberación de la responsabilidad de la Administración también se puede producir en aquellos supuestos en los cuales el paciente asuma el riesgo, como ocurre en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2005<sup>50</sup>, es decir que no existiría ni un caso fortuito, ni un caso de fuerza mayor, sino que estaríamos ante un riesgo propio de la actuación médica en sí o del propio padecimiento del paciente sin que exista tampoco una mala praxis médica.

Aquí entran las cuestiones referentes al consentimiento informado, en el cual consideraremos que el paciente asume aquellos riesgos derivados de una actuación médica correcta, no de los daños extraordinarios que puedan producirse, daños que la doctrina denomina resultado desproporcionado<sup>51</sup>.

## 4. EL FUNCIONAMIENTO NORMAL Y ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SANITARIA

Con el análisis de la doctrina jurisprudencial y la actual regulación de este principio de responsabilidad patrimonial, en la mayoría de las sentencias se impone dicha

---

<sup>47</sup> COSCULLUELA MONTANER, Luis.: *Manual de Derecho Administrativo*. Año 2015, 26ª Edición. Editorial Aranzadi. ISBN: 978-84-470-5220-2. Páginas 604 y 605.

<sup>48</sup> STS 2713/1986, de 23 de mayo.

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1974.

<sup>50</sup> STS 2943/2005, de 10 de mayo.

<sup>51</sup> BELLO JANEIRO, Domingo.: *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. 1ª Edición. Editorial Reus. Madrid, año 2009. ISBN: 978-84-290-1552-2. Páginas 142 y siguientes.

responsabilidad a la administración ya sea por un funcionamiento defectuoso o cuando se trata de un funcionamiento normal, a salvedad de los casos de fuerza mayor.

Se obliga a la Administración a indemnizar siempre que tal y como recoge la Ley 40/2015, el daño sea efectivo, evaluable económicamente, y antijurídico.

#### 4.1. EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL

Podemos dar a este funcionamiento anormal de la administración tres características principales. La primera de ellas, cuando el que ha causado el daño ha incurrido en culpa o dolo. El segundo supuesto sería el caso de una actuación ilegal por parte del personal de la Administración; y, por último, aquellos casos en los que la atención sanitaria no ha sido recibida con el nivel más óptimo de calidad por el que se caracteriza la prestación sanitaria.

La prestación de la atención pública sanitaria, al igual que cualquier otro servicio público, funciona de forma anormal tanto cuando ese funcionamiento sea contrario a la ley como cuando no se adapte a las reglas técnicas que sean propias de dicho servicio, en nuestro caso a la *lex artis* médica.

En este punto del funcionamiento anormal de la Administración Pública Sanitaria reluce de nuevo la falta de información o la falta del consentimiento informado, indicando la jurisprudencia que esas faltas dan lugar a una mala *práxis* médica, aunque no tienen por qué dar lugar a una indemnización económica por una responsabilidad patrimonial si derivada de esas faltas de información o consentimiento no se da un daño<sup>52</sup>.

En nuestro país cuando se produce una situación que pueda dar lugar a una posible responsabilidad patrimonial por parte de la Administración el ciudadano deberá dirigirse directamente contra la misma si esta ha actuado por una negligencia grave, culpa, o dolo, y la que tendrá que asumir el pago de la indemnización económica. Si la Administración lo considera necesario podrá a posteriori ejercer el derecho de regreso contra aquel

---

<sup>52</sup> STS 1287/2004, de 26 de febrero (STS 2229/2002, de 26 de marzo).

funcionario o empleado al servicio de la misma y que haya sido el responsable directo del daño<sup>53</sup>.

Sin embargo, en algunos países de nuestro entorno, como es el caso de Francia, la jurisprudencia diferencia dos situaciones que nos llevarían a una elección del ejercicio de la acción judicial. La primera de ellas, cuando el daño que se ha producido es debido a una falta de servicio donde la acción será ejercitada contra la propia Administración de forma directa; y la segunda opción que la doctrina jurisprudencial francesa lo reconoce cuando el daño producido es por la acción de uno o varios funcionarios concretos, siendo ejercitada la acción en estos casos directamente contra el funcionario o funcionarios que hayan intervenido en la producción de ese daño, ya sea de forma dolosa, culpable o negligente<sup>54</sup>.

#### 4.2. EL FUNCIONAMIENTO NORMAL

En este caso la doctrina fija determinados supuestos que deberíamos entender como funcionamiento normal de la Administración Pública, fijando en este caso los que el profesor VILLAR EZCURRA<sup>55</sup> marca.

En primer lugar, tendríamos aquellas imputaciones por riesgo, es decir todas aquellas que deriven de una actuación material de una Administración Pública, sea la que sea.

Después estaríamos ante aquellos supuestos en los que el principio de igualdad se fractura por una actuación de la Administración, ya sea material o jurídica, y por el cual un ciudadano o una colectividad vea disminuidos sus derechos en beneficio a la ciudadanía en general.

Y el último de estos supuestos se trataría aquellos en los que una Administración Pública se enriquezca sin causa, es decir, que como en el supuesto anterior, los daños que

---

<sup>53</sup> BELLO JANEIRO, Domingo.: *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. 1ª Edición. Editorial Reus. Madrid, año 2009. ISBN: 978-84-290-1552-2. Páginas 190 y siguientes.

<sup>54</sup> LE TOURNEAU, de Philippe.: *La responsabilidad médica en el derecho francés actual* (páginas 330 y siguientes). En libro colectivo. *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. 1ª Edición. Año 2007, Buenos Aires, Argentina. Ubijus Editorial. ISBN: 9789871221233.

<sup>55</sup> VILLAR EZCURRA, José Luis.: *Derecho Administrativo especial: administración pública y actividad de los particulares*. 1ª Edición. Año 1999, Madrid, Civitas. ISBN 13: 9788447012305. Páginas 120 y siguientes.

sufra un ciudadano o un grupo de ellos conllevarán un beneficio para la Administración o bien que se evite un daño a la propia Administración.

Otro autor, PANTALEÓN PRIETO<sup>56</sup>, alude que la Administración solo debería de responder cuando su funcionamiento fuese anormal, cuando hubiese una efectiva falta de servicio, no debiendo ser responsable de los riesgos propios de los actos típicos de la actividad administrativa.

Sin embargo, en la actualidad la jurisprudencia de nuestros tribunales responsabiliza a la Administración tanto cuando el funcionamiento es defectuoso como cuando ese funcionamiento es normal, salvo en los casos que se den por fuerza mayor. La obligación que se le impone a la Administración de indemnizar por el daño que haya causado tendrá lugar siempre que ese daño sea efectivo, económicamente evaluable e individualizado. Podríamos decir al respecto que la doctrina jurisprudencial lo que interpreta es que tendrá que ser indemnizable cualquier actividad administrativa que sea potencialmente dañosa<sup>57</sup>, ya sea por un funcionamiento normal, o anormal.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1992<sup>58</sup> la Sala 3ª de lo Contencioso Administrativo dictamina que “...*la Administración ha de responder ante un evidente supuesto de funcionamiento normal de un servicio público sanitario, en la medida en que el administrado en quien se individualiza el perjuicio que tal medida origina no tiene el deber de soportarlo*”.

---

<sup>56</sup> PANTALEÓN PRIETO, Rafael.: “Los anteojos del civilista: hacía una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”. *Revista de Documentación Administrativa*. Enero-junio 1994, nº 237-238. Páginas 247-250. ISSN: 1989-8983.

<sup>57</sup> SSTS 10029/1995, de 22 de marzo; y 3330/1989, de 5 de junio.

<sup>58</sup> STS 2504/1992, de 23 de marzo.

### III. TERCERA PARTE. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA EN EL ESTUDIO DE LAS “*WRONGFUL ACTIONS*”.

#### 1. LAS ACCIONES POR “*WRONGFUL BIRTH*” Y “*WRONGFUL LIFE*”.

##### 1.1. INTRODUCCIÓN.

Hasta este momento he intentado recordar el marco general de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública resaltando aquellos aspectos más específicos de la responsabilidad sanitaria, sus elementos más influyentes como por ejemplo todo aquello relacionado con la información al paciente. Y ello con el propósito de conectar con las *wrongful actions*.

Las *wrongful actions* son aquellas acciones judiciales interpuestas para imputar una responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria por haber privado a la mujer de la posibilidad de decidir sobre la continuación o no de su embarazo por las circunstancias en las que el feto se desarrollaría, partiendo de que este tipo de acciones no conlleva en ningún caso que el profesional sanitario hubiese causado al feto esa enfermedad o discapacidad.

Antes de ahondar más en las propias acciones hay que precisar en la terminología<sup>59</sup> utilizada, pues por tratarse de un tipo de acciones que tienen su origen en el derecho norteamericano lo más correcto es utilizar la terminología sajona, pues aun pudiendo traducir su significado, nuestra interpretación no abarcaría el contenido exacto de las mismas y así en la mayor parte de los estudios se refiere a estas acciones con la denominación anglosajona.

Las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth* comienzan a darse debido a la aparición cada vez más rápida de numerosas y avanzadas técnicas de diagnóstico prenatales<sup>60</sup>, además de la despenalización progresiva del aborto en los diversos

---

<sup>59</sup> ATAZ LÓPEZ, Joaquín. “Las *wrongful actions* en materia de responsabilidad médica” en GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup> del Carmen y ORTI VALLEJO, Antonio.: La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas. Páginas 341-353. Año 2006. Editorial Aranzadi. ISBN: 84-9767-743-9. Página 343.

<sup>60</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Año 2001. Editorial Civitas. ISBN: 84-470-1677-3. Página 327.

ordenamientos de nuestro entorno. La interposición de estas acciones se basa en alcanzar una indemnización económica, por parte de la Administración en nuestro caso, puesto que debido a la actuación médica entienden que no han sido informados de las condiciones que presentaba el feto, no pudiendo así decidir sobre la continuación o no de la gestación<sup>61</sup>.

Podemos hablar de que el origen de este tipo de actuaciones está en la década de los sesenta en los Estados Unidos. En estos años se interponían acciones denominadas *disadvantaged* o *dissatisfied life*, las cuales consistían en que los hijos se querellaban contra el padre (varón) por los supuestos daños que les había causado su nacimiento fuera del matrimonio y, por lo tanto, eran ilegítimos. El primero de estos supuestos se dio en el Estado de Illinois en el año 1963, donde el Tribunal de Apelación de dicho Estado rechazó la demanda interpuesta por un hijo ilegítimo, sin ningún tipo de anomalía física, contra su padre fundamentando la misma en la incitación de forma engañosa a su padre para que mantuviera relaciones sexuales con él. Tanto esta como otras de las demandas con este tipo de fundamentaciones fueron rechazadas por los tribunales norteamericanos.

Al poco tiempo este tipo de acciones sufren un giro radical. Uno de los primeros cambios que se producen es contra quien van dirigidas; el demandado pasa de ser el progenitor varón a ser el propio organismo sanitario, a lo que podemos poner como ejemplo el caso *Williams v. State of New York*, donde un hijo se querelló contra el Estado de Nueva York por no haber impedido que su madre, ingresada en un psiquiátrico, fuera agredida sexualmente y a que a raíz de dicha agresión tuvo lugar su nacimiento. El Tribunal finalmente falló que, aunque existan una serie de circunstancias preferibles a otras para un nacimiento, las mismas no dan lugar a un daño.

Tras esto, la fundamentación de las demandas cambia, y son los padres los que demandan a los facultativos por unas malformaciones o enfermedades que padece su hijo, aunque dicho personal sanitario no las ha causado, pero no les han comunicado nada sobre las mismas. Uno de los casos más sonados y de los primeros que se dieron sobre este giro en este tipo de demandas fue resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, en el año 1967 (*Gleitman v. Cosgrove*). Tras haber enfermado la madre de rubeola en el proceso de

---

<sup>61</sup> MACÍA MORILLO, Andrea. “Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *wrongful birth*. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008” en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, número 18. Año 2008. Páginas 189-210. ISSN: 1575-720X. Página 200.

embarazo el facultativo la indicó que dicho contagio no le causaría ningún defecto al feto, el cual finalmente nació con discapacidades que afectaban a varios sentidos (vista, oído y habla). Esta demanda tenía como demandantes al niño (representado por sus padres) por esos defectos físicos, a la madre por daños psicológicos provocados por esos daños que sufría su hijo, y al padre, por todos aquellos gastos que las discapacidades de su hijo le provocaban. El Tribunal finalmente rechazó dicha querrela fundamentándose en que el hecho de nacer no se trata de un daño, incluso llegó a valorar en mayor medida la vida con alguna discapacidad que el no vivir.

A pesar de que los orígenes de este tipo de acciones fueron negativos, poco a poco y con el paso de los años, son varios los países que han ido aceptando este tipo de demandas<sup>62</sup>.

## 1.2. CLASES DE WRONGFUL ACTIONS.

### 1.2.1. *WRONGFUL CONCEPTION.*

A pesar de que la jurisdicción contenciosa no se ha hecho eco de las acciones de *wrongful conception* por la naturaleza de las mismas sí considero que se deben mencionar, al menos para hacer un buen marco en cuanto que pertenecen también al grupo de las *wrongful actions* y además se recogen en nuestro ordenamiento jurídico dentro de la disciplina civilista.

Pues bien, estas acciones se interponen para reclamar aquellos daños producidos por una actuación de mala praxis médica antes de la fecundación, y que dimanen con el nacimiento de un hijo no deseado, por una anticoncepción fallida<sup>63</sup>, ya sea por no ofrecer la suficiente o correcta información en cuanto a los métodos anticonceptivos, o bien por una errónea intervención sobre los mismos cuando se trate de técnicas anticonceptivas

---

<sup>62</sup> ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO.: *Manual sobre responsabilidad patrimonial sanitaria*. 1ª Edición. Editorial Aranzadi, año 2009. ISBN 13:9788499033327. Páginas 310 y siguientes.

<sup>63</sup> ATAZ LÓPEZ, Joaquín.: “Las *wrongful actions* en materia de responsabilidad médica” en GARCÍA GARNICA, Mª del Carmen y ORTI VALLEJO, Antonio.: *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*. Páginas 341-353. Año 2006. Editorial Aranzadi. ISBN: 84-9767-743-9. Página 342.

más invasivas como son la ligadura de trompas, una vasectomía o la colocación de un dispositivo intrauterino.

### 1.2.2. *WRONGFUL BIRTH.*

Estamos hablando de unas acciones que tienen su origen en el derecho norteamericano como ya se ha visto, y que a lo largo de los años y durante todo su desarrollo el término utilizado en sus comienzos no se ha modificado.

Con estas acciones lo primero que habría que esclarecer es que nos encontramos ante una concepción deseada. Serán los progenitores los cuales interponen este tipo de acciones ante los tribunales, en nombre propio, porque consideran que se les ha privado de la posibilidad de decisión sobre la continuación o no del embarazo y, por lo tanto que se les ha causado un daño susceptible de una indemnización económica.

Pueden tener su origen en diferentes conductas negligentes por parte de los profesionales sanitarios tanto por la falta de información en cuanto a los posibles riesgos de la concepción de un hijo con malformaciones, bien por las condiciones genéticas o físicas de la gestante, ni de los posibles medios diagnósticos prenatales disponibles, o bien, aquellos supuestos en los cuales se realizan las pruebas diagnósticas de forma errónea o realizados correctamente la madre no conoce los resultados dentro del plazo previsto por el ordenamiento para llevar a cabo, si así lo decidiera, la interrupción del embarazo, que en nuestro caso la ley<sup>64</sup> fija que se podrá abortar dentro de las 22 primeras semanas de embarazo en los supuestos en los que exista riesgo grave para la vida del feto o para la vida de la madre.

El daño por el cual es más común reclamar con este tipo de acciones es el daño moral, basándose en que ha nacido un niño con una discapacidad o malformación por el hecho de que se ha despojado de la opción de interrumpir ese embarazo, o no. Y por otro lado junto con la reclamación por el daño moral se solicita una indemnización económica para poder pagar todos aquellos gastos que ese niño, por su especial condición física o mental, necesite para su cuidado.

---

<sup>64</sup> Artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Cuando hablamos aquí de esa privación del derecho a decidir sobre la interrupción de la gestación nos encontramos ante una problemática: ¿cómo podemos conocer con certeza que la madre hubiera tomado la decisión de abortar si hubiera conocido la patología fetal? En algunos supuestos se ha podido señalar que efectivamente la gestante habría manifestado al profesional médico que en un caso de estas características tomaría la decisión de interrumpir su embarazo, pero en la mayor parte de los supuestos esto resulta muy difícil probar. A pesar de las conjeturas que podamos alcanzar resulta un tema muy discutible<sup>65</sup>.

El Tribunal Supremo, tras años analizando a través de sus sentencias este tipo de acciones, tanto en el orden civil primero, como en el orden contencioso, el cual estamos analizando a lo largo de este trabajo, podríamos decir por fin que ha fijado una ruta en cuanto a sus fallos, su jurisprudencia, que en líneas generales diremos que acepta la interposición de este tipo de acciones cuando se priva a la gestante de esa posibilidad de abortar por la falta de información de la situación del feto.

Ya en el Tribunal Constitucional, en el año 1985<sup>66</sup>, sobre la primera ley del aborto<sup>67</sup> que hubo en nuestro país y que reformaba el artículo 417 bis del Código Penal despenalizando así la interrupción del embarazo (en ciertos términos), habló de que esa decisión parlamentaria de modificar el *status* legal del aborto, despenalizándolo como he dicho para determinados casos, se argumentaría en que existía una colisión entre diversos derechos fundamentales que recogía, y recoge, nuestra Constitución y que por lo tanto, esa situación tenía que resolverse.

El Tribunal Constitucional diferencia, al igual que nuestro ordenamiento, dos tipos de interrupciones asistidas del embarazo.

Por un lado, tenemos el aborto terapéutico en el que su fundamentación es el riesgo grave para la madre, por lo que según el Tribunal Constitucional entra en conflicto el derecho a la vida (Art.15 CE) de la madre y el derecho a la vida del feto (o *nasciturus*). Y por otro, el aborto eugenésico, el que afecta directamente a este tipo de acciones. Su conflicto aquí entre los diferentes derechos fundamentales que nuestra Constitución

---

<sup>65</sup> STS (Sala 1ª) 836/2007, de 19 de julio de 2007.

<sup>66</sup> STC 53/1985, de 11 de abril.

<sup>67</sup> Ley Orgánica 1/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.

recoge es mayor, pues afecta a más de ellos: el derecho a la vida del *nasciturus* y a los derechos de dignidad, libre desarrollo de la personalidad y la integridad física o moral de la progenitora (Art.10 CE).

Como ya he dicho, el Tribunal Supremo ha alcanzado la conclusión de que el daño que efectivamente deriva de este tipo de acciones y por lo tanto, susceptible de una indemnización económica a través de una demanda por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria es la falta de información, o error en la misma, que provocó una vulneración en la madre gestante de su derecho a decidir. No siendo por tanto el daño, planteado en algunas ocasiones, el nacimiento de un niño o niña con una enfermedad.

No obstante, en los últimos años el Tribunal Supremo, aunque no ha reconocido como daño el nacimiento de un hijo enfermo, sí ha admitido que además de la indemnización por el daño moral, también se han de compensar los gastos que conlleva criar un hijo con dificultades físicas o psíquicas, en incluso en muchas ocasiones ambas<sup>68</sup>.

### 1.2.3. *WRONGFUL LIFE.*

Estas acciones, con el mismo origen que las anteriores, se diferencian de las mismas en quién es la persona que interpone la acción que en este caso se trata del niño nacido con una discapacidad o enfermedad, o bien por sus progenitores actuando como representantes legales si se tratara de un menor. En este tipo de acción lo que se requiere es, al igual que en las anteriores, una indemnización económica por el perjuicio económico que conlleva una vida con una enfermedad ya sea física o psíquica. Además, dentro de la acción interpuesta también se solicita el resarcimiento del hecho de haber nacido, pues se considera que hubiera sido preferible no nacer que haber nacido y acarrear con esa discapacidad toda la vida. Hay que tener en cuenta que tanto en estos supuestos como en los de *wrongful birth*, cuando se habla de discapacidad o enfermedad no se engloban todas sino las de mayor gravedad, como puede ser el Síndrome de Down, los labios leporinos o la espina bífida, por lo que en el caso de que el niño nazca por ejemplo con una sordera no cabría aquí la interposición de este tipo de acciones.

---

<sup>68</sup> CARRO GONZÁLEZ, Francisco Javier. *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*. Tesis doctoral. Universidad de Coruña. Año 2012. Páginas 95 y siguientes.

Estas acciones son rechazadas en prácticamente todos los países de nuestro entorno, a excepción de Bélgica y Holanda, pues considerar una vida discapacitada como daño frente a la “no vida” resulta polémico entrando, además, en contradicción con gran parte de los ordenamientos.

En España este tipo de acciones aún no han llegado a la jurisdicción contenciosa, pero sí a la vía civil, en la que como ya he señalado han sido rechazadas<sup>69</sup>.

### 1.3. EL DERECHO COMPARADO.

#### 1.3.1. *ESTADOS UNIDOS.*

Dentro de los Estados Unidos existe una diversidad de opiniones o tendencias sobre la admisión de este tipo de acciones entre los diferentes Estados y Tribunales. Tenemos como clave la sentencia *Roe v. Wade*<sup>70</sup> que dictó el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el año 1973, en la cual reconoce este Tribunal el derecho al aborto, pero en unos términos muy extensos. En esta sentencia podríamos decir que se “divide” el derecho en tres momentos diferentes del embarazo. En el primer trimestre del mismo se equipará el derecho a la protección de la vida del feto con el derecho a la mujer a abortar en este momento de la gestación; en el segundo trimestre la sentencia indica que el Estado podrá poner ciertos cercos para ejercer el derecho al aborto, pero siempre que sea para la protección de la salud de la progenitora; y en el último trimestre de embarazo será el momento en el cual las leyes tendrán que dirigirse a la protección del feto, de su vida. En general, las demandas por *wrongful birth* eran estimadas.

Sin embargo, aquellas por *wrongful life*, en su mayoría, no eran admitidas por los tribunales, fundamentándose básicamente en que una persona no se puede responsabilizar a alguien cuando el que interpone la demanda no hubiera nacido si no fuera por el “fallo” del demandado (sentencia *Viccaro v. Milunsky*<sup>71</sup> del año 1990 del Tribunal Supremo de Massachusetts). No obstante, algunas de estas demandas fueron estimadas a lo largo de todo el país, aunque en mucha menor medida, como es el caso de *Park v. Chessin*<sup>72</sup>, en el

---

<sup>69</sup> CARRO GONZÁLEZ, Francisco Javier.: *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*. Tesis doctoral. Universidad de Coruña. Año 2012. Página 98.

<sup>70</sup> ROE VS. WADE (United States Supreme Court. January 22, 1973).

<sup>71</sup> VICCARO & another vs. MILUNSKY (Court of Massachusetts. March 1, 1990).

<sup>72</sup> PARK VS. CHESSIN (New York Appellate Court. December 11, 1977).

año 1978 (Tribunal Supremo de Nueva York). Por su lado, y también en la misma línea de estimación, el Tribunal Supremo de California en el año 1980 (caso *Curlender v. Bio-Science Labs et al*<sup>73</sup>) afirma que el nacimiento de una niña aquejada de la enfermedad de Tay-Sachs (enfermedad que conlleva además de un retraso mental otras enfermedades que reducen su esperanza de vida a no más de 4 años de edad) es responsabilidad clara de un daño derivado de la negligencia por parte de los laboratorios que realizaron la prueba médica y que proporcionaron a los progenitores de la menor un diagnóstico equivocado. Este Tribunal no consideró que las acciones por *wrongful life* llevasen implícito el derecho a no nacer, pero sí que se tendrían que compensar ese dolor y los costes médicos derivados de dicho error. Además, haciendo una tasación, el mismo no consideró que tuviese mayor valor una vida sin discapacidades o enfermedades (normal) que una vida que acarree un daño. También este mismo Tribunal resolvió el caso de dos hermanas con sordera hereditaria (*Turpin v. Sortini*<sup>74</sup>), que, debido a un diagnóstico erróneo de la mayor de ellas, los progenitores deciden tener otro hijo, lo que de haber sido conscientes de que la sordera se trataba de una enfermedad hereditaria, no hubiesen tomado dicha decisión. El Tribunal cambia su línea de resolución, pues ya no estamos ante una grave enfermedad o discapacidad, y a través de la teoría de la compensación, valora cuál se trataría de un perjuicio mayor, ¿haber nacido con discapacidad o el hecho de no haber nacido?, rechazando entonces la indemnización por el hecho de haber nacido, pero sin embargo si concede una indemnización económica para aquellos daños que deriven de esa educación especial y de los aparatos que esa menor necesitaría. En esta misma línea resolvió el Tribunal Supremo de Washington (*Harbeson v. Parke Davies Inc*<sup>75</sup>) en el caso de dos niñas que sufrían retraso mental, además de otras secuelas, a causa del tratamiento que recibió la madre para tratar las convulsiones que la provocaba la epilepsia. Los facultativos habían omitido a la progenitora de los riesgos que podría suponer esa medicación para su embarazo. El Tribunal, al igual que en el caso anterior, hicieron una estimación parcial sobre el caso y concedieron la indemnización para los gastos médicos de las menores y de la educación especial que tendrían que acarrear<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> *CURLENDER vs. BIO-SCIENCE LABORATORIES* (Court of Appeals of California. June 11, 1980).

<sup>74</sup> *TURPIN vs. SORTINI* (Supreme Court of California. May 3, 1982).

<sup>75</sup> *HARBESON vs PARKE-DAVIS, INC.* (The Supreme Court of Washington. February 10, 1983).

<sup>76</sup> ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. *Manual sobre responsabilidad patrimonial sanitaria*. 1ª Edición. Editorial Aranzadi, año 2009. ISBN 13:9788499033327. Páginas 312 y siguientes.

### 1.3.2. REINO UNIDO.

En el caso del Reino Unido la mayoría de las acciones de este tipo que se han llevado a cabo son aquellas en las que los niños gozan de plena salud, pero su nacimiento se debe a una intervención quirúrgica fallida para alcanzar la esterilidad, ya sea una ligadura de trompas femenina o bien una vasectomía masculina. Estas acciones reciben el nombre de *wrongful conception* y cuya fundamentación es una intervención quirúrgica fallida que buscaba la esterilidad.

En cuanto a las acciones de *wrongful life* en Gran Bretaña el caso más conocido o destacado es *McKay v. Essex Area Health Authority*<sup>77</sup> en el cual un menor nació con ceguera y sordera además de otras diversas malformaciones físicas por la rubeola que su progenitora había padecido durante el periodo de gestación. Los médicos, tras realizarla una prueba la dieron un diagnóstico erróneo por lo que la informaron que no tenía la enfermedad y que la continuación de su embarazo era completamente segura. El Tribunal británico, finalmente desestimó esta acción por considerar que las malformaciones que tenía el menor eran a causa de la enfermedad que su madre había padecido durante el embarazo y no a causa de los médicos, considerando además que es imposible poder evaluar los daños comparando el valor de la inexistencia de ese niño con la existencia con discapacidad<sup>78</sup>.

### 1.3.3. FRANCIA.

En nuestro país vecino, como en otros muchos de nuestro entorno las acciones por *wrongful birth* han sido aceptadas, aunque no ha ocurrido lo mismo con las acciones de *wrongful life*.

En el país galo nos topamos con el caso *Perruche*<sup>79</sup>, un supuesto de *wrongful life* que se tomó como referencia en el ámbito de la responsabilidad derivada de los diagnósticos prenatales.

---

<sup>77</sup> N C LIU, A.: "Wrongful life: some of the problems", *Journal of medical ethics*, nº13,1987 69-73. Glasgow University.

<sup>78</sup> ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO.: *Manual sobre responsabilidad patrimonial sanitaria*. 1ª Edición. Editorial Aranzadi, año 2009. ISBN 13:9788499033327. Páginas 315 y siguientes

<sup>79</sup> Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 17 novembre 2000, 99-13.701

En el mismo los padres reclaman tanto una indemnización por daño moral, a nivel personal y que diríamos que se trata de una *wrongful birth*, y también una indemnización a favor de su hijo, es decir, una *wrongful life*. Ambas fueron aceptadas por el tribunal, pero en el caso de la *wrongful life* fue ejercitada diez años más tarde y que como hemos dicho resulta de gran referencia a nivel jurídico.

Se trata del caso de un niño que nace con diversas malformaciones a causa de la rubeola no diagnosticada a la madre durante su embarazo. Ésta había advertido al médico que de padecer esta enfermedad no correría los riesgos para el feto y abortaría. Tanto el facultativo como el laboratorio clínico que realizó las pruebas determinaron de forma errónea que el feto estaba sano, por lo que decidieron continuar con la gestación llevándola a término con el nacimiento de un niño que sufría importantes malformaciones. Estábamos ante un incumplimiento en la obligación de informar a la paciente, en este caso la gestante, por el cual se le impidió interrumpir su embarazo tal y como ella había manifestado.

El Tribunal francés finalmente concedió esta indemnización al menor y además reconoció el derecho a no nacer, lo que dio lugar a innumerables críticas por parte de diversos sectores, tanto médicos como de discapacitados. Por ello, se aprueba en el año 2002 la Ley 2002-303, de 4 de marzo sobre los derechos de los pacientes y la calidad del sistema de salud<sup>80</sup>, haciendo un claro rechazo a las acciones por *wrongful life* y previendo además ayudas por parte del sistema nacional de solidaridad para aquellos niños que nacieran con enfermedades o malformaciones<sup>81</sup>.

#### 1.3.4. ALEMANIA.

Podríamos decir que el derecho alemán en cuanto a este tipo de acciones es el más conservador. El Tribunal Constitucional alemán ha reconocido que se debe de dar una despenalización del aborto, pues considera que proteger la vida no en todos los supuestos tiene que conllevar una pena, aunque remarca que la mujer que tenga la intención de tomar esa decisión deberá recibir en primer lugar una asistencia previa de forma que se la asesore sobre la decisión que va tomar para alentarla a que prosiga con el embarazo,

---

<sup>80</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

<sup>81</sup> ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO.: *Manual sobre responsabilidad patrimonial sanitaria*. 1ª Edición. Editorial Aranzadi, año 2009. ISBN 13:9788499033327. Páginas 316.

además de exponerlas las ayudas económicas que puede adquirir en caso de que lo necesite.

En Alemania este tipo de acciones de las que estamos hablando en su mayoría han sido por el concepto de la *wrongful conception*, que como hemos explicado en el caso del Reino Unido, son aquellos nacimientos producidos tras una intervención de esterilidad fallida, ya fuera femenina o masculina<sup>82</sup>.

## 2. ELEMENTOS DE LAS ACCIONES POR WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE.

### 2.1. EL DAÑO.

Cuando hablamos de daño tenemos que considerar que se trata de un concepto muy amplio, y que podríamos definirlo como todo menoscabo que sufre una persona en su patrimonio o en su integridad física o psíquica<sup>83</sup>, lo que da lugar a la problemática de cuales tienen que ser los bienes o derechos protegidos, pues además los mismos van evolucionando y cambiando con el paso de los años y el desarrollo de la sociedad, pues marcar estos bienes o intereses depende de la moral o ética de cada uno, o de la sociedad en su conjunto.

La vida de una persona con enfermedades o anomalías, tanto físicas como psíquicas, y que a su consecuencia padezca una discapacidad, ¿puede ser considerada esa vida como un daño o lesión, tanto para sus progenitores como para el mismo?<sup>84</sup>

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de los países de nuestro entorno, incluido el nuestro, en su mayoría rechazan la afirmación de que estas vidas puedan considerarse como daños. Otra parte de la doctrina, sin embargo, ha intentado fundamentaciones alternativas para apoyarse.

La primera de estas es la teoría de la separación, de origen alemán. La misma pretende distinguir entre la vida de un niño o niña y los gastos que derivan de su crianza.

---

<sup>82</sup> ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO.: *Manual sobre responsabilidad patrimonial sanitaria*. 1ª Edición. Editorial Aranzadi, año 2009. ISBN 13:9788499033327. Página 316.

<sup>83</sup> PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles.: “La responsabilidad civil extracontractual” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos.: *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Editorial Colex, Año 2016. Páginas 371-388. ISBN: 978-84-15276-54-8. Página 374.

<sup>84</sup> STS 5899/2008, de 4 de noviembre.

Otra de estas teorías alternativas es la llamada lesión del derecho a procrear, aunque más bien tendríamos que referirnos a una lesión de la libertad de procreación. Desde el punto de vista jurídico, esta teoría es muy discutible, aunque incluso existen sentencias que se basan en la misma, es difícil afirmar por parte de la doctrina, la jurisprudencia e incluso la sociedad, que exista un derecho al aborto eugenésico. El Tribunal Constitucional español<sup>85</sup> reconoce ese conflicto entre la vida del feto y los derechos fundamentales de la madre, podríamos preguntarnos entonces ¿dónde está el límite?

La legitimación en estos supuestos para llevar a cabo estas reclamaciones la tendrá la madre y no el padre, pues es ella a la que se le habría vulnerado, si así se considera, alguno de los derechos fundamentales que la amparan. Podríamos hablar aquí de una variación de la teoría de la “pérdida de oportunidad”.

Otro grupo de teorías serán la del “daño por lesión del derecho de información”, y la del “daño moral por la falta de preparación psicológica para el nacimiento de un niño enfermo o discapacitado”.

En Francia, por ejemplo, se ha creado una teoría que podríamos llamar “el daño de rebote” (*ricochet*), que surgiría por la enfermedad del niño. Esta teoría afirma que existe la opción de que el daño que una persona sufra sobre él mismo ya sea un padecimiento físico o psíquico, puede llegar a afectar a terceros, en este caso sus progenitores, a diferentes niveles empezando por el personal, y por supuesto el patrimonial, y que por lo tanto se les esté causando un daño o lesión.

Estas teorías, entre otras, podemos decir que lo que pretenden es solventar de la mejor manera posible la problemática que realmente existe: valorar si se puede considerar la vida de un niño discapacitado como un daño resarcible económicamente. Además, lo que en este tipo de acciones se plantea no es una lesión en una persona provocada por el personal al servicio de la Administración sanitaria, sino la posible vulneración de un derecho de la madre a elegir la continuidad de su embarazo de un feto con malformaciones o anomalías, o interrumpir la gestación. Anomalías, recordemos, no causadas por el personal sanitario<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> STC 53/1985, de 11 de abril.

<sup>86</sup> ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO.: *Manual sobre responsabilidad patrimonial sanitaria*. 1ª Edición. Editorial Aranzadi, año 2009. ISBN 13:9788499033327. Páginas 336 y siguientes.

Algunos autores<sup>87</sup> entienden que la interposición de este tipo de acciones no es para cuestionar el valor de la vida de las personas con discapacidad.

Otros autores van más allá, como el australiano SINGER<sup>88</sup>, el cual valora que puesto que existen malformaciones o anomalías que son difíciles o imposibles de diagnosticar durante la gestación, quepa la posibilidad de una legalización del infanticidio para determinados supuestos. Valoración que, por supuesto, no comparto en absoluto.

Lo que para él supone esta reflexión es la opción de los progenitores de poder elegir, no intentando “medir” si la vida de un niño o niña con discapacidades sea mejor o peor que aquel que no las padezca, como afirma en sus diferentes escritos<sup>89</sup>.

Finalmente, la decisión de interrumpir el embarazo la tiene la madre gestante, pues el padre, en el marco estrictamente jurídico como ya hemos señalado no tiene intervención alguna. Pero esta decisión final se produce también en un marco tanto jurídico como social en el que el nacimiento de un niño con discapacidades supone una carga, tanto patrimonial como psicológica. De hecho, en la actualidad, debido a la evolución y la concesión del aborto a nivel jurídico, existe una mayor aceptación del mismo, y sobre todo en estos supuestos, pudieron dar como dato estadístico<sup>90</sup> que, en España, el número de personas nacidas con el síndrome de Down ha ido en descenso.

Ese descenso de este tipo de nacimientos no lo podemos asociar únicamente a la despenalización del aborto en el año 1985, sino también a las diferentes avances científicos en el aspecto médico, como la prueba de la amniocentesis (consiste en un “procedimiento de obtención de muestras de líquido amniótico mediante punción abdominal de la pared del útero”<sup>91</sup>), prueba que como sabemos, a través de ella, se pueden

---

<sup>87</sup> MACÍA MORILLO, Andrea.: La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life). Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. Año 2003.

<sup>88</sup> SINGER, Peter.: “Taking life: Humans”. In: *Practical Ethics*. 2nd edition. Cambridge. 1993. ISBN 13: 978-0521707688. Páginas 175-217.

<sup>89</sup> SINGER, Peter.: *Rethinking life and death*. 2<sup>nd</sup> edition. Saint Martin’s Griffin, U.S. 1996. ISBN 13: 978-0-312-14401-2.

<sup>90</sup> DOWN ESPAÑA.: *Un nuevo estudio señala que el 96% de los casos de síndrome de Down diagnosticados terminan en aborto*. Fecha de la consulta: 28.11.2017. Acceso libre. <http://www.sindromedown.net/noticia/un-nuevo-estudio-senala-que-el-96-de-los-casos-de-sindrome-de-down-diagnosticados-terminan-en-aborto/>

<sup>91</sup> Diccionario RAE.

diagnosticar, si las hubiera, anomalías fetales, como es el caso del síndrome de Down por ejemplo.

Esta doctrina y la jurisprudencia correlativa está en contraste con la legislación que protege a los discapacitados, pues en el Preámbulo del Real Decreto Legislativo 1/2013<sup>92</sup>, se habla del “impulso de las medidas que promueva la igualdad de oportunidades”, para lo que “es necesario que el marco normativo y las acciones públicas en materia de discapacidad intervengan en la organización social”.

Quizás nos debemos de plantear que el descenso de estos nacimientos también se deba al conocimiento de las dificultades y obstáculos, tanto físicos como sociales, que tienen este tipo de personas, pues la integración en la sociedad como tal es muy limitada<sup>93</sup>.

### 2.1.1. EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH.

En este supuesto, estas demandas que interponen los progenitores en nuestro país, tanto los tribunales como la doctrina aceptan este tipo de acciones, rechazando las acciones por *wrongful life*.

Para MACÍA MORILLO<sup>94</sup> hay que desvincular, o al menos separar, el daño o lesión y el nacimiento en sí. Se apoya en la teoría alemana de la separación (de la que ya hemos hablado).

Esta autora ha hecho un análisis, o más bien ha acotado cuatro situaciones diferentes por las que se puede producir ese daño en este tipo de acciones.

En primer lugar, tendríamos el daño que sufre la madre (o ambos progenitores) en la intervención o poder de decisión sobre su futuro hijo. Esta lesión podemos decir que es la más aceptada por la doctrina, y por consiguiente la más aplicada en la jurisprudencia contenciosa del Tribunal Supremo (también en la Sala 1ª). Considera el Alto Tribunal que esa actuación errónea por parte del facultativo, o incluso una omisión, deriva en la

---

<sup>92</sup> Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.

<sup>93</sup> ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO.: *Manual sobre responsabilidad patrimonial sanitaria*. 1ª Edición. Editorial Aranzadi, año 2009. ISBN 13:9788499033327. Páginas 336 y siguientes.

<sup>94</sup> MACÍA MORILLO, Andrea.: *La responsabilidad de los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful brith y wrongful life)*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. Año 2003.

privación del derecho de información en los progenitores y por consecuencia se les aparta de la facultad que el ordenamiento les da de continuar o no con la gestación a causa de las anomalías o enfermedades por las que esté afectado el feto. Este tipo de lesiones se pueden dividir a su vez en dos tipos:

- El arrebato de ese derecho a interrumpir o no ese embarazo.
- O bien, una pérdida de oportunidad, aunque aquí, algunos autores<sup>95</sup> consideran que es muy complicado establecer una relación de causalidad entre la actuación de los facultativos médicos y la lesión o el daño, ya se considere moral o patrimonial, o ambos.

La segunda situación sería el daño por la vulneración del derecho a la información que tienen los pacientes.

El daño a causa de que por el desconocimiento de las anomalías que presenta el feto, en los casos que se desconoce hasta el nacimiento, se les ha privado a los progenitores de un acondicionamiento o adaptación psicológica a esa situación.

Y, por último, el daño de rebote, proveniente del derecho francés, que supone unos daños tanto morales como patrimoniales, que derivan de esa enfermedad de su hijo.

#### **A) El daño moral en las acciones por *wrongful birth*. La privación de la facultad de abortar.**

En gran parte de las acciones de *wrongful birth* los Tribunales conceden la indemnización basándose en la privación de la opción de decidir sobre la continuidad del embarazo a raíz de una acción (u omisión) de los facultativos.

El Tribunal Constitucional<sup>96</sup> consideró que la dignidad es un valor inseparable de la persona, que tiene su manifestación más clara en el derecho a la autodeterminación de

---

<sup>95</sup> ARCOS VIEIRA, M<sup>a</sup> Luisa.: *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*. 1<sup>a</sup> Edición. Thomson-Aranzadi. Año 2007. ISBN 978-84-8355-203-2. Página 63.

<sup>96</sup> STS 53/1985, de 11 de abril.

la persona, que podríamos incluirlo dentro del derecho del libre desarrollo de la personalidad<sup>97</sup> que entre otros recoge nuestra Constitución como derecho fundamental.

Podemos considerar entonces que ese daño susceptible de indemnización por responsabilidad patrimonial, ese daño moral, derivaría de la vulneración de ese derecho fundamental que es el libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad y que, si a la madre gestante se le hubiese dado esa opción para poder así valorar la continuidad o no de su embarazo, sabiendo las malformaciones o enfermedades que padecía el feto, se hubiera evitado dicho daño.

## **B) La legitimación del padre.**

Basándonos en lo anterior, y teniendo en cuenta que la privación de la facultad de abortar o no deriva en la vulneración del derecho a la libre determinación de la gestante, el daño moral susceptible de indemnización por lo tanto es el de la madre, pero se ha planteado la duda de qué ocurre entonces con el padre ¿no se ve vulnerado ningún derecho y por lo tanto no está afectado por ese daño moral?

Pues bien, el único supuesto que ha planteado un padre, en solitario, por este tipo de acciones se vio rechazado por la Sala 3ª del Tribunal Supremo<sup>98</sup>, por considerar “la circunstancia de que la facultad de optar por la interrupción del embarazo constituye, en circunstancias normales, un derecho persona el intransferible de la madre”.

Sin embargo, como a lo largo de todo el trabajo, la doctrina nos ofrece diversas opiniones. Algunos autores<sup>99</sup> consideran que el daño moral también deriva de otras cuestiones que sí afectarían al padre, como puede ser la privación de un acondicionamiento psicológico de tener un hijo con una enfermedad, o bien que el daño moral derive del padecimiento del padre ante la situación de discapacidad de su hijo.

## **C) El tratamiento del daño en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.**

---

<sup>97</sup> Art. 10 CE: “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”.

<sup>98</sup> STS 8332/2007, de 5 de diciembre.

<sup>99</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad Civil Médica*. 5ª Edición. Editorial Civitas. Año 2016. ISBN: 978-84-9098-718-6.

Su planteamiento fue más tardío en la jurisdicción contenciosa, pues no es hasta la Sentencia del 4 de noviembre del 2005<sup>100</sup> donde se habla de este tipo de acciones en la Sala 3ª del Tribunal Supremo.

Las líneas generales que sigue la Sala 3ª podríamos agruparlas en tres:

- El Tribunal Supremo solo condenará a la Administración sanitaria en los supuestos en los que exista un quebrantamiento de la *lex artis* médica a la hora de la práctica o el análisis del diagnóstico del feto.
- Para que el órgano de la Administración sanitaria que sea concreto al caso quede exento de esa responsabilidad patrimonial tendrá que demostrar mediante prueba fehaciente que la madre gestante no hubiera optado por la interrupción voluntaria del embarazo.

Sin embargo, en este aspecto la jurisdicción civil, en términos generales, no tiene en cuenta la supuesta decisión de la progenitora.

En algunas ocasiones a la Sala 3ª le ha bastado que la Administración sanitaria le presentara indicios sobre esta decisión, como la negación a que le practicaran la prueba de la amniocentesis, por ejemplo.

- El tipo de daño que ha considerado la Sala sobre las acciones por *wrongful birth* que han llegado hasta ella es el daño moral proveniente de lesionar el derecho de autodeterminación de la persona por la privación del derecho de interrupción del embarazo en los términos que determina la Ley.

En cuanto a la legitimación para interponer estas acciones, el caso más señalado ha sido la negativa de la misma a un padre que interpuso solo él la demanda por responsabilidad patrimonial, pues considera la sentencia de 5 de diciembre de 2007<sup>101</sup>, que la privación de la decisión de interrumpir el embarazo se trata de un “derecho intransferible de la madre”.

Aunque la línea general de la jurisdicción contenciosa es la admisión del daño moral en exclusiva, existen dos sentencias<sup>102</sup> en las cuales la Sala 3ª amplía esa cuantía indemnizatoria a otros conceptos lesivos.

---

<sup>100</sup> STS 8169/2005, de 4 de noviembre de 2005.

<sup>101</sup> STS 8332/2007, de 5 de diciembre.

<sup>102</sup> SSTs 1540/2007, de 14 de marzo, y 4588/2007, de 27 de junio.

### 2.1.2. *EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE WRONGFUL LIFE.*

En estas acciones se exigen los mismos requisitos que para los supuestos de *wrongful birth*, pero con una única diferencia, quién es el que lo plantea, que en estos casos es el propio hijo que ha nacido con esa malformación o enfermedad que ha derivado en una discapacidad.

En España este tipo de acciones son rechazadas tanto en los Tribunales como por parte de la doctrina.

En estos casos, determinar ese daño se hace aún más complicado que fijarlo en las acciones por *wrongful birth*, pues aquí se trataría de valorar una vida discapacitada con la no vida, lo que resultaría muy polémico pues que, además, si recordamos los requisitos, la enfermedad del feto, y en este caso del niño, tendría que ser una enfermedad que no se hubiera podido evitar de cualquier manera y que, además, tampoco tuviese cura.

Ante la jurisdicción contenciosa, aun no se han planteado una reclamación de este tipo, pero se podrían pronosticar que sería rechazada.

Parte de la doctrina<sup>103</sup> considera que estas acciones se deberían de plantear ya no ante la figura de la responsabilidad patrimonial, sino a través de las técnicas e instrumentos que derivan del Estado Social que debería hacerse cargo de aquellas personas que padezcan algún tipo de discapacidad, como ha hecho Francia<sup>104</sup> para este tipo de acciones por *wrongful life*.

### 2.2. EL NEXO CAUSAL.

Partimos de nuevo en ¿quién causa el daño en este tipo de acciones? Pues bien, me reitero en que ese daño o lesión (la enfermedad o malformación del feto) no se debe a la actuación de un facultativo o algún agente médico a cargo de la Administración, sino a

---

<sup>103</sup>MACÍA MORILLO, Andrea.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. 1ª Edición. Tirant lo Blanch. Año 2005. ISBN 13: 9788484563099 // MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep.: “El daño moral”. En: CÁMARA LAPUENTE, Sergio. *Derecho Privado Europeo*. Editorial Constitución y Leyes, COLEX. Año 2003. ISBN 84-7879-778-5. Páginas 857-882.

<sup>104</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des maladies et à la qualité du système de santé.

una enfermedad genética la cual no se podría haber evitado, o mejorado, por la actuación del personal sanitario<sup>105</sup>.

El nexo causal o la relación de causalidad en estas acciones también supone un reto a la hora de su análisis pues lo que habrá que analizar es en qué momento se produce ese daño o lesión<sup>106</sup>.

Lo que queda claro es que solo en los supuestos que se pueda probar que existe una relación entre la actuación clínica (en estos casos, error en la información, no practicar pruebas diagnósticas adecuadas, etc.) y el daño efectivamente producido (violación de la libertad de elección de la gestante –*wrongful birth*-, o nacimiento de un niño discapacitado –*wrongful life*-), no se podrá otorgar una indemnización.

En este tipo de acciones, esclarecer ese nexo causal es muy complicado<sup>107</sup>, pues habría que esclarecer si la actuación del personal sanitario público está vinculada a ese error diagnóstico en primer lugar, para pasar posteriormente a determinar si efectivamente ese error es lo que ha desembocado en el daño. En el caso de la jurisdicción contenciosa, al contrario que en la civil, por ser la Administración sanitaria la que responda en el caso de que así lo determine la justicia, no es relevante (a nivel judicial) quién ha sido el responsable directo de ese daño, pues muchas intervenciones médicas son llevadas a cabo por equipos formados por diferentes disciplinas médicas, lo que dificulta, en la jurisdicción civil, la identificación del comportamiento.

### 2.3. LA INDEMNIZACIÓN.

Este otro elemento también es causa de controversia entre la doctrina y la propia jurisprudencia.

---

<sup>105</sup> ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO.: *Manual sobre responsabilidad patrimonial sanitaria*. 1ª Edición. Editorial Aranzadi, año 2009. ISBN 13:9788499033327. Página 340.

<sup>106</sup> MACÍA MORILLO, Andrea.: *La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Año 2005. Editorial Tirant lo Blanch. ISBN: 84-8456-309-X. Páginas 404-414.

<sup>107</sup> MACÍA MORILLO, Andrea.: *La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Año 2005. Editorial Tirant lo Blanch. ISBN: 84-8456-309-X. Página 446.

La discusión clave es qué daños se ha de indemnizar, bien por los daños morales por no haber podido tener la opción de continuar, o no, con el embarazo, o por los daños materiales que supone el nacimiento de un hijo enfermo, o por ambos.

Pues bien, incluso dentro de esos daños materiales de los que hablamos, existe una gran controversia, pues no hay acuerdo en si se deben indemnizar todos los gastos que conlleva el hijo, o exclusivamente aquéllos que deriven de la anomalía del hijo, considerando la mayoría de la doctrina que esto último es lo más adecuado<sup>108</sup>.

### **3. REQUISITOS Y SUPUESTOS DE HECHO.**

Como ya hemos dicho anteriormente estas acciones están relacionadas con otras con una base jurídica muy similar como lo son las acciones por *wrongful conception*, o el nacimiento de un bebe con afectaciones físicas causadas por una actuación sanitaria.

Podríamos decir que para que podamos reconocer las acciones tanto de *wrongful birth* como de *wrongful life* se tienen que dar una serie de requisitos.

El primero de estos será la acción u omisión de un profesional sanitario sobre la información a la madre, o a ambos progenitores, ante las anomalías que presenta el feto, bien dando una información errónea o directamente no dando ningún tipo de información.

Este tipo de acción, u omisión, podríamos agruparlas en tres hechos diferentes:

- Una equivocación en la interpretación del diagnóstico, comunicando a los progenitores unos datos erróneos sobre la situación del feto.
- Una extemporaneidad en la comunicación del diagnóstico (fuera de las veintidós semanas), o bien no se informa.
- O en último supuesto, y más extraño, el médico obvia la posibilidad de realizar pruebas diagnósticas más precisas (se dan sobre todo en los casos de la práctica de la amniocentesis).

El segundo presupuesto o requisito es que la enfermedad que sufra el feto no tiene que tener cura, o al menos que no se haya encontrado aún.

---

<sup>108</sup>ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. *Manual sobre responsabilidad patrimonial sanitaria*. 1ª Edición. Editorial Aranzadi, año 2009. ISBN 13:9788499033327. Páginas 340 y siguientes.

A este requisito le sigue el de la posibilidad de que dicha anomalía se podía detectar acorde a los términos diagnósticos existentes.

El cuarto de estos supuestos sería que la opción de interrupción voluntaria del embarazo era posible de acuerdo con el ordenamiento jurídico (en nuestro caso<sup>109</sup>, en España, se marcan como límite las 22 semanas) cuando se pudo diagnosticar esa enfermedad.

Y el último de estos es que los progenitores, más concretamente la madre (quien en términos estrictamente jurídicos tiene la decisión), quieren tener ese hijo.

En resumen, podríamos decir que esa acción, u omisión, del personal facultativo médico al servicio de la Administración pública sanitaria, ha impedido a los progenitores poder valorar la continuación o no, tal y como la legislación lo permite, con la gestación, teniendo en cuenta las consecuencias que tendrá esa continuidad, si así lo deciden.

Gran parte de la doctrina<sup>110</sup> coincide en que para que quepa la interposición de este tipo de acciones la legislación del país que corresponda tendrá que prever el aborto, al menos en alguna de sus posibilidades, pues si no existe una despenalización del mismo la mujer no vería vulnerado ningún derecho<sup>111</sup>.

#### **4. LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* EN EL DERECHO ESPAÑOL: LA DOCTRINA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.**

En nuestro país existen ya numerosas sentencias sobre este tipo de acción dada por el Tribunal Supremo, aunque resulta complicado expresar una doctrina general sobre las *wrongful birth* pues, aunque se conceden las indemnizaciones para uno o ambos progenitores, bien es cierto que no son claros los daños que en sí se están resarcendo con dicha indemnización patrimonial.

---

<sup>109</sup> Arts. 14 y 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

<sup>110</sup> VERDA Y BEAMONTE, José Ramón.: “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”. En: *Daños en el Derecho de Familia*. 1ª Edición. Año 2006. ISBN 13: 9788497677295.

<sup>111</sup> MACÍA MORILLO, Andrea.: “El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva Ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Año 2011. Nº 23. Páginas 83 a 98. ISSN: 1575-720X.

#### 4.1. LA AUDIENCIA NACIONAL.

En el caso de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional debemos de hacer una distinción entre aquellas sentencias que desestiman las acciones por *wrongful birth* y aquellas en las que estas acciones son aceptadas.

##### 4.1.1. *SENTENCIAS DESESTIMATORIAS DE LA ACCIÓN POR WRONGFUL BIRTH.*

En la mayoría de los supuestos en los que este tipo de acción se interpone, cuando resulta en desestimación normalmente es por dos cuestiones, bien por tratarse de un caso en el cual la asistencia sanitaria ha sido recibida con total corrección, o bien porque aunque las malformaciones o posibles deficiencias en el feto no se hubieran detectado, los avances tecnológicos y el estado de los avances científicos que hubiese en el momento de dar el diagnóstico hacían esa detección de las malformaciones inviable o muy complicado. Otro de los motivos por lo que han sido desestimadas es porque el Tribunal considera que no existe un nexo causal entre la actividad de la Administración y las deformaciones que padece el feto. Algunos de estos ejemplos los podemos encontrar en las siguientes sentencias:

- En la sentencia de 28 de febrero de 2001<sup>112</sup>, en la que se trata del nacimiento de una niña que padecía una trisomía 13 por la cual falleció a los dos meses de su nacimiento, el Tribunal afirma que el control del proceso de gestación fue el adecuado según los protocolos cuando se está ante un embarazo de bajo riesgo, hasta la semana 37 de gestación, desestimando así el recurso interpuesto por los padres de la menor fallecida por no encontrar una acreditación en el que la cromosomopatía de la pequeña fuese derivada de la asistencia sanitaria que se prestó a la paciente.
- La sentencia de 27 de junio de 2008<sup>113</sup>, conoce del caso de una menor que nace con diferentes malformaciones y a la que se le reconoció una minusvalía del 75%. La Sala, en base a los testimonios médicos y los diferentes informes periciales alcanza la conclusión de que la madre conoció desde el momento en que fueron diagnosticadas esas malformaciones de la situación del feto y del desarrollo que ellas conllevarían. Se advirtió de este estado con la ecografía realizada entre las

---

<sup>112</sup> SAN 1301/2001, de 28 de febrero de 2001.

<sup>113</sup> SAN 4147/2001, de 27 de junio de 2001.

semanas 18 y 20 de gestación, por lo que el aborto terapéutico podría haberse valorado por la progenitora, pues se encontraba dentro del plazo legal para efectuarlo. La Sala consideró que la madre de la menor, y recurrente, estuvo informada en todo momento de los hallazgos en el feto durante el embarazo y del mal pronóstico del mismo.

- En la sentencia de 27 de marzo de 2002<sup>114</sup>, la sala reconoce que efectivamente en la asistencia sanitaria sobre la madre gestante fue anormal y que por lo tanto la privó de haber podido optar por interrumpir el embarazo de forma voluntaria dentro de los plazos legales para ello, pues existe un retraso imputable a la Administración sanitaria en la realización de las ecografías de control del embarazo. Pero no confiere en que exista un nexo causal entre la actuación médica y las malformaciones que tuvo el bebé al nacer. Además, añade que el único perjuicio que reconoce es efectivamente “*la privación de la posibilidad de optar por la interrupción del embarazo*”, pero este perjuicio se lo reconoce a la madre gestante y no al que efectivamente interpone el recurso que es el otro progenitor.

- La Sentencia de 14 de mayo de 2002<sup>115</sup>, alude a la línea jurisprudencial por la que se guía el Tribunal Supremo y que hemos visto en las sentencias desarrolladas hasta ahora, además de coincidir, como bien señala la Sala, con la Doctrina del Consejo de Estado. Todos ellos coinciden en que en los casos de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial en el aspecto sanitario no basta con que exista un daño o una lesión, sino que habrá que fijar si la actuación de los facultativos es la correcta, si coincide con la *lex artis*, pues como bien hemos dicho anteriormente la medicina no es una actividad de resultados, sino de medios, pues nadie tiene la capacidad de blindar la salud de los pacientes. Por lo tanto, entiende la Sala que únicamente en aquellos supuestos donde la actuación médica no haya sido acorde a los protocolos que marcan para esa actuación concreta, existirá esa responsabilidad patrimonial a la cual la Administración tendrá que responder.

En este supuesto nos encontramos ante un supuesto del nacimiento de un menor con graves malformaciones, en este caso en sus extremidades. Las pruebas diagnósticas que se le efectuaron a la madre durante el embarazo nada hicieron sospechar a los médicos de que existían esas anomalías en sus extremidades,

---

<sup>114</sup> SAN 1955/2002, de 27 de marzo de 2002.

<sup>115</sup> SAN 2948/2002, de 14 de mayo de 2002.

además de que tras analizar los informes periciales, precisamente una anomalía de este tipo en un miembro de forma aislada resulta extremadamente difícil su diagnóstico, por lo que entiende la Sala, de nuevo, que no existe una efectiva relación entre la actividad médica con el daño por el que es demandada la Administración sanitaria, y por lo tanto, desestima dicho recurso.

- En la Sentencia de 9 de julio de 2003<sup>116</sup>, la Sala determina que la asistencia médica recibida por la gestante fue completamente adecuada y que cada una de las pruebas que se le practicaron durante el embarazo tuvieron un resultado correcto. Debido a la edad de la paciente se llevó a cabo la realización de una amniocentesis, pero solo por dicha causa y no porque existieran sospechas de alguna anomalía en el feto, es decir, se siguió el protocolo que se adecua en estos casos. Por lo tanto, la decisión de la Sala se reitera de nuevo en que el padecimiento de la hija de los demandantes por el síndrome de Down no se le puede imputar a los facultativos pues no existe una relación de causalidad entre sus acciones y la aparición de dicha enfermedad cromosómica, por lo que la Sala, de nuevo, desestima dicho recurso.

- Finalmente, dentro de este ámbito de sentencias desestimatorias por parte de la Audiencia Nacional, vamos a analizar la Sentencia de 1 de diciembre de 2004<sup>117</sup>. Esta resolución tiene su origen en el nacimiento de un niño en el año 1994, alumbrado mediante parto natural, y que resulta afectado de espina bífida y a cuya consecuencia las secuelas que padece son irreversibles.

Durante el proceso gestacional se probó que los protocolos obstétricos fueron seguidos en su totalidad y por lo tanto no se puede afirmar que exista una relación entre el daño que padecía el menor con la actuación de los facultativos médicos, por lo cual se desestima el recurso interpuesto.

#### *4.1.2. SENTENCIAS ESTIMATORIAS DE LA ACCIÓN POR WRONGFUL BIRTH*

A continuación, pasaremos al análisis jurisprudencial de la Audiencia Nacional, pero en este caso en el sentido estimatorio para los reclamantes.

- La Sentencia de 7 de mayo de 2002<sup>118</sup>, considera que existe un funcionamiento anormal de la actividad de la Administración pues tras el análisis pericial se

---

<sup>116</sup> SAN 8001/2003, de 9 de julio de 2003.

<sup>117</sup> SAN 7614/2004, de 1 de diciembre de 2004.

<sup>118</sup> SAN 2803/2002, de 7 de mayo de 2002.

demuestra que la malformación con la que nace el feto podía haber sido detectada en las primeras semanas de embarazo a través de las ecografías que se la practicaron a la progenitora según los medios tecnológicos de los que se disponía. Por ello, la Sala sí reconoce en este supuesto que ese funcionamiento anormal impidió a la madre conocer la malformación que tenía el feto y por lo tanto la impidió haber tomado la decisión sobre interrumpir su embarazo tal y como la Ley la amparaba en aquel momento, por lo que el Tribunal estimó el recurso y concedió una indemnización de 72.121,45 euros.

- En la misma línea argumental que la anterior es la Sentencia de 16 de octubre de 2002<sup>119</sup>. A la paciente durante el proceso gestante se la realizan una serie de ecografías, en concreto tres, para el seguimiento habitual de un embarazo en las cuales no se detectan ninguna anomalía en el feto. La paciente, con la información que facilita a la doctora, no se le incluye dentro de un embarazo de riesgo, omitiendo ésta la causa por la que decidió interrumpir voluntariamente su embarazo anterior. Los informes forenses descartan que exista un error en la valoración de las ecografías realizadas, pero sí reconoce que si los medios tanto tecnológicos como humanos, hubieran permitido aumentar esa detección de malformaciones fetales, aunque si es cierto que dicho informe lo apunta únicamente como una posibilidad.

#### 4.2. EL TRIBUNAL SUPREMO.

Las diferentes sentencias que ha acogido el Tribunal Supremo en su jurisdicción contenciosa han sido favorables a la interposición de estas acciones por *wrongful birth*, basándose principalmente en el daño moral que ese error en el funcionamiento de la asistencia sanitaria le causa a la madre.

- La primera de este grupo de sentencias que ahora recuerdo es la de 21 de febrero de 2006<sup>120</sup>. En ella, el Tribunal reconoció que hubo una mala praxis en la actuación médica que, aunque no tuvo repercusión alguna en las malformaciones con las que el niño nació sí que dio lugar a una privación de medios diagnósticos en la gestante que habrían podido detectar las anomalías que presentaba el feto y así no privarle de la oportunidad de elección con la continuación de su embarazo. Por esto, el

---

<sup>119</sup> SAN 5707/2002, de 16 de octubre de 2002.

<sup>120</sup> STS 677/2006, de 21 de febrero de 2006.

Tribunal concedió la indemnización en concepto de daño moral y estimó la cantidad indemnizatoria en 62.000 euros.

- En el supuesto que resuelve la Sentencia de 30 de junio de 2006<sup>121</sup>, se trata de un caso en el cual no se informa a los progenitores del resultado que las pruebas diagnósticas habían dado sobre una posible anomalía en el feto, por lo que se habría vulnerado uno de los principios básicos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre<sup>122</sup>: el derecho a conocer toda la información sobre cualquier actuación que se realice en el ámbito su salud. En el proceso, a juicio del Tribunal, se aprecia por tanto que esa vulneración del principio dio lugar a la imposibilidad de la gestante de decidir sobre la continuidad de su embarazo, por lo que se fija la suma indemnizatoria en concepto de daños morales en 72.000 euros.

- La sentencia de 10 de mayo de 2007<sup>123</sup> afirma que todas las técnicas diagnósticas que eran necesarias para el correcto diagnóstico del feto y que estaban disponibles en el año 1996 no fueron aplicadas. Por lo tanto, se concluye que la administración sanitaria, entre los otros demandados en el caso concreto, no cumplieron con la *lex artis* médica, pues por no haber utilizado todos los medios a su alcance, no pudieron ofrecer la información concreta sobre las circunstancias genéticas que tenía el feto y como consecuencia no tuvieron la posibilidad de optar por interrumpir el embarazo. Valorando todas las pruebas que concurrían y las circunstancias, y a pesar de que el niño no tenga síntomas de ninguna enfermedad (al menos hasta el momento) a causa de ese problema genético, el Tribunal concede por daños morales una indemnización de 120.202, 42 euros.

- Acorde con la anterior, en la Sentencia de 16 de octubre del año 2007<sup>124</sup> la Sala afirma que la carga probatoria en aquellos casos en los que se hable de daños morales que sufra una gestante por privarla de la posible opción de interrumpir su embarazo de forma voluntaria a causa de las anomalías físicas que presenta el feto tras el análisis de las pruebas diagnósticas, la Administración Pública tendrá que demostrar que la madre no se hubiese adherido a la opción de practicar esa interrupción del embarazo de forma terapéutica.

---

<sup>121</sup> STS 5418/2006, de 30 de junio de 2006.

<sup>122</sup> Art.4 de 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>123</sup> STS 3216/2007, de 10 de mayo de 2007.

<sup>124</sup> STS 6490/2007, de 16 de octubre de 2007.

En el supuesto concreto, la gestante había ingerido fármacos anti depresivos antes de quedarse embarazada, por lo que ante la duda de que los mismos podían causarle al feto posibles malformaciones o problemas insistió en que la practicasen una amniocentesis, pues de tratarse así optaría por la interrupción del embarazo.

La Sala consideró que aquí la lesión a indemnizar es el daño moral por la negativa por parte del personal sanitario dependiente de la Administración Pública de la práctica de una amniocentesis cuando existían riesgos en dicha gestación (a parte de la ingesta de fármacos previa al embarazo, la edad de la madre). Finalmente, nace una niña con síndrome de Down, por lo que, en concepto de daño moral por la privación de la voluntad de la madre gestante, el Tribunal concede a los progenitores la suma de 150.000 euros.

- En último lugar recuerdo la Sentencia de 4 de noviembre de 2008<sup>125</sup>. En la misma se destaca que no podemos considerar el nacimiento de un niño como un daño, pues determina que en nuestro ordenamiento no cabe la figura de *wrongful birth*, y por lo mismo, cada uno de los gastos que conlleva la formación de un hijo, a todos los niveles, tampoco pueden considerarse como daño, pues se trata de un deber de los padres. La Sala se basa sobre todo en el artículo 15 de nuestra Carta Magna<sup>126</sup>, pues estima que dicho artículo recoge que toda vida humana es digna de ser vivida.

El recurso de casación es interpuesto por el Servicio de Salud de la Generalitat Valenciana contra la sentencia que dicta el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, pues entiende y reconoce la Administración Pública que solo cabe la indemnización por la pérdida de oportunidad que tuvo la gestante al no haber podido optar a la interrupción voluntaria de su embarazo, pues por el funcionamiento de la Administración sanitaria se la niega la práctica de una prueba que hubiese esclarecido las anomalías del feto. Pero considera que la enfermedad con la que nació la niña (síndrome de Down) no es consecuencia de la actividad propia de la Administración, por lo que consideran que no existe nexo causal y por lo tanto no cabe la indemnización patrimonial por esa causa, solamente por el daño moral.

---

<sup>125</sup> STS 5899/2008, de 4 de noviembre de 2008.

<sup>126</sup> Artículo 15 Constitución Española de 1978: “*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*”.

La Sala finalmente y contraria a la afirmación de la Administración, sí considera que cabe la indemnización por el daño del nacimiento de esa niña con la patología, pues la crianza de una niña con dicha enfermedad supone un coste muy superior a la crianza de cualquier niño o niña sin ninguna anomalía, por lo que existe daño y por tanto requiere su resarcimiento a través de la indemnización económica.

Entiende el Tribunal que existe el nexo causal entre la negativa a la práctica de la prueba que hubiera detectado la anomalía del feto y el nacimiento del mismo, por lo que considera que la sentencia dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana es conforme a derecho.

## CONCLUSIONES.

**I.** En el momento del análisis del tema escogido he procurado plasmar desde un principio la cuestión jurídica siempre enfocando la perspectiva más objetiva. Mi empeño en orientar así la materia está justificado en la implicación de convicciones éticas e ideológicas, tal y como señalaba en el apartado introductorio, y que pueden causar el olvido de la necesaria objetividad.

Hasta hace unos meses era consciente de los rasgos generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero este trabajo me ha permitido profundizar en la misma y conocer su aplicación en el ámbito sanitario, y más concretamente su aplicación en las *wrongful actions*, acciones prácticamente desconocidas para la sociedad pero que desde hace no muchos años han ido tomando un papel relevante en el ámbito jurídico, desarrollándolas en un principio el derecho civil y en los últimos tiempos el derecho público.

**II.** Dos causas como principales motivos para este desarrollo: la generalización en la legalización del aborto y los avances en la medicina diagnóstica. No podemos dejar de lado que solo en aquellos ordenamientos jurídicos en los que esté reconocida la facultad de interrupción voluntaria del embarazo se podrán dar estas acciones, pues si no fuera así no tendrían ninguna base legal.

**III.** En mi estudio he analizado los diversos problemas que suscitan las *wrongful actions*, como por ejemplo si se cumple con los presupuestos que requiere la responsabilidad patrimonial, cuál es el daño efectivamente indemnizable, o quién tiene la legitimación para interponer la acción. Respecto de este último, y dejando a un lado que las *wrongful life* las interpone el niño nacido con una enfermedad o discapacidad (o bien sus representantes legales) en las *wrongful birth*, y siguiendo una línea más purista, la única legitimada sería la madre pues es a ella a quien se le ha visto vulnerado su derecho a decidir. De todas formas, en muchos de los supuestos también se le reconoce al progenitor este derecho, justificando los tribunales que se hablaría de daños indirectos o de “rebote”.

**IV.** Junto al análisis general de las *wrongful actions* he profundizado en las *wrongful birth*, principalmente porque dentro de las mismas es la acción más común y

que más desarrollo ha tenido en nuestro país, lo que por tanto se ha visto reflejado en nuestra jurisprudencia.

Las *wrongful life* sin embargo no han tenido ningún desarrollo en España, pues nunca ha sido aceptado ningún planteamiento de este tipo de acción, pues conllevaría aceptar la vida como daño, algo que para la sociedad actual resulta complicado. En casi todos los países de nuestro entorno ha ocurrido lo mismo, a excepción de Estados Unidos -donde surgen-, y podríamos decir que, aunque no de forma exacta a su origen, también en Bélgica y Holanda, donde sus legislaciones recogen el derecho a la eutanasia, incluso en su variedad pediátrica en el supuesto holandés.

Cuando se trata de imputar la responsabilidad administrativa, en estos supuestos lo más complicado es clasificar el daño y el nexo causal. En estos casos la culpa viene dada por el incumplimiento del deber de informar, bien por no dar la información, por proporcionarla de forma incompleta o de manera tardía, o bien por un error en el diagnóstico prenatal.

V. En cuanto a la calificación del daño, como ya he dicho, resulta muy complejo socialmente reconocer el nacimiento de un niño -enfermo o discapacitado- como daño, por lo que se admitirá aquí un daño moral derivado de la privación del derecho a abortar, e incluso en algunos supuestos se ha aceptado por los tribunales una indemnización por daño económico derivado de los gastos especiales que supone la crianza de un niño con dichas condiciones.

VI. En lo que entendemos por nexo causal entre el daño que se ha producido -privación de elección de la facultad de abortar- y la actuación de la administración pública sanitaria -funcionarios a su servicio-, tenemos un problema, los llamados “cursos causales no verificables”, es decir, que en nuestro caso concertó resulta muy complicado verificar de forma fehaciente que la madre hubiera optado por la opción de interrumpir su embarazo si hubiera sido consciente de las malformaciones que padecía el feto.

VII. Y, por último, la determinación de la cuantía de estas indemnizaciones queda a disposición por supuesto de los tribunales, quienes valorarán diferentes factores, como puede ser el tipo de afección que tenga el menor.

Una vez expuestas todas las conclusiones sobre la responsabilidad patrimonial sanitaria en el marco de los diagnósticos prenatales, he de decir que, aunque es un tema delicado moral y socialmente, ha supuesto un reto a la hora de realizar un análisis lo más objetivo posible, ha sido una grata experiencia que me ha adentrado más aún en un campo del derecho que me apasiona, como lo es el derecho sanitario, y que estoy segura de que este estudio me será de gran ayuda en mi futuro profesional, además de las consideraciones que tengan bien indicarme.



## BIBLIOGRAFÍA.

- ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO.: *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*; Editorial Aranzadi. Año 2009 (1ª Edición).
- AHUMADA RAMOS, Francisco Javier.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Editorial Aranzadi. 3ª Edición. Año 2009. ISBN: 9788499031699.
- ARCOS VIEIRA, Mª Luisa.: *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*. 1ª Edición. Thomson-Aranzadi. Año 2007. ISBN: 978-84-8355-203-2.
- ASENSI PALLARÉS, Eduardo y CID-LUNA CLARES, Iñigo.: “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº8, año 2013. Páginas 228-239. ISSN: 2254-2582.
- ASUA GONZÁLEZ, Clara I.: “Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria” en *Aranzadi Civil*, número 31. Diciembre 2008. ISBN 9788483557105.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín.: “Las *wrongful actions* en materia de responsabilidad médica” en GARCÍA GARNICA, Mª del Carmen y ORTI VALLEJO, Antonio.: *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*. Páginas 341-353. Año 2006. Editorial Aranzadi. ISBN: 84-9767-743-9.
- BELADIEZ ROJO, Manuel.: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Editorial Tecnos. Año 1997. ISBN: 84-309-3018-3.
- BELLO JANEIRO, Domingo.: *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*. Editorial Reus. Año 2013. ISBN: 978-84-290-1722-9.

- BELLO JANEIRO, Domingo.: *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. 1ª Edición. Editorial Reus. Madrid, año 2009. ISBN: 978-84-290-1552-2.
- BLANQUER CRIADO, David Vicente.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Instituto Nacional de Administración Pública. Año 1997. ISBN: 84-7088-679-7.
- CARRO GONZÁLEZ, Francisco Javier.: *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*. Tesis doctoral. Universidad de Coruña. 2012.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego.: “La pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad patrimonial”. En: *Jornadas sobre Derecho y Medicina*. Las Palmas de Gran Canaria. Marzo de 2012.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis.: *Manual de Derecho Administrativo*. Año 2015, 26ª Edición. Editorial Aranzadi. ISBN: 978-84-470-5220-2.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo.: “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte I)” en *Revista de Derecho y Genoma humano. Genética, biotecnología y medicina avanzada*, nº4. Año 1996. Páginas 105-120. ISSN: 1134-7198.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico.: “La doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Doctrina general y evolución en derecho comparado. En MARTÍNEZ LÓPEZ, José Francisco.: *La pérdida de oportunidad en las reclamaciones y sentencias de responsabilidad patrimonial. Aspectos médicos, jurídicos y jurisprudenciales*. Colección Editorial de Publicaciones del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria nº 1.851. Septiembre de 2006. ISBN: 84-351-0398-6.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema.: “La imposibilidad de abortar” en *La Ley: Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº3. Año 1998. Páginas 1700-1710. ISSN: 0211-2744.
- EMALDI CIRIÓN, Aitziber.: “La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos” en *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina,*

*jurisprudencia y bibliografía*. Nº5, año 2001. Páginas 1602-1612. ISSN: 0211-2744.

FONSECA GONZÁLEZ, Rafael.: “La responsabilidad por omisión en el ámbito sanitario”.  
En: *XIX Congreso Nacional de Derecho Sanitario*. Madrid, octubre de 2012.

GALÁN CORTÉS, Julio César.: *Responsabilidad Civil Médica*. 5ª Edición. Editorial Civitas. Año 2016. ISBN: 978-84-9098-718-6.

GALÁN CORTÉS, Julio César.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Año 2001. Editorial Civitas. ISBN: 84-470-1677-3.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. Año 2009. Editorial Bosch. ISBN: 9788497905343.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús.: “Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad” en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número 45-46. Año 2015. Páginas 35-66. ISSN: 1133-4797.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo.: “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional” en *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, nº 36, año 2006. Páginas 221-280. ISSN 0210-296X.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco.: “La responsabilidad de la Administración tras la Ley 4/1999”. En: *Actualidad Administrativa*. Nº32. Año 1999. ISSN: 1132-0257. Páginas 893 a 907.

GARCÍA GUILLÉN, Diego.: *Fundamentos de bioética*. Editorial Triacastela. Año 2008. ISBN: 9788495840332.

GASCÓN ABELLAN, Marina.: “Prueba de la Causalidad en pleitos de daños y pérdida de oportunidad” en *Derechos de Daños*. Sepin. Año 2011. Páginas 195-226. Coordinador Mariano José Herrador Guardia. ISBN 9788492995530.

GÓMEZ POMAR, Fernando.: *Daño moral y su cuantificación*. Editorial S.A. Bosch, año 2015. ISBN: 9788490900192.

GONZÁLEZ CARRASCO, M<sup>a</sup> del Carmen.: *Responsabilidad sanitaria y daño moral*. En *Derecho Sanitario y Bioética*. 1<sup>a</sup> Edición. Tirant lo Blanch, septiembre 2011. ISBN 13:9788490042205.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús.: *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. 8<sup>a</sup> Edición. Editorial Civitas. Año 2016. ISBN: 9788490998496.

GUERRERO ZAPLANA, José.: *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias. Cuestiones prácticas y preguntas con respuestas*. Año 2013. Editorial Lex Nova, S.A. ISBN: 9788498985146.

GUERRERO ZAPLANA, José.: “La responsabilidad de la administración pública en el ámbito sanitario y la imprudencia médica” en *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, número 24. Año 2004. Páginas 5-30. ISSN 1139-4951.

GUERRERO ZAPLANA, José.: “La responsabilidad patrimonial de la administración: especial referencia a la administración sanitaria” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 7. Año 2000. Páginas 1391-1408. ISSN 0211-2744.

GUERRERO ZAPLANA, José.: “Las peculiaridades de la responsabilidad de la administración sanitaria: el criterio de la Lex Artis” en *Cuadernos de derecho judicial*, número 1. Año 2002. Páginas 53-106. ISSN: 1134-9670.

IRURZUN MONTORO, Fernando.: “La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración: en especial, el caso de los servicios públicos sanitarios”. En: *Revista española de derecho administrativo*. N<sup>o</sup>87. Páginas 413 a 435. Año 1995. ISSN 0210-8461.

“La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Número 8. Año 2013. Páginas 228-239.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos; SANZ RUBIALES, Iñigo; DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis.: *Derecho administrativo e integración*

europa: estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez. Vol.2., Tomo 2. Año 2017. ISBN: 978-84-290-1943-8.

LENOIR, Noëlle.: “Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal: el derecho y las prácticas vigentes en Francia y en otros países (Vol. II)” en *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, biotecnología y medicina avanzada*, nº 3. Año 1995. Páginas 127-148. ISSN: 1134-7198.

LE TOURNEAU, de Philippe.: *La responsabilidad médica en el derecho francés actual* (páginas 330 y siguientes). En libro colectivo. *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. 1ª Edición. Año 2007, Buenos Aires, Argentina. Ubijus Editorial. ISBN: 9789871221233.

LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente.: “Responsabilidad patrimonial sanitaria por daño moral: La visión del Consejo Consultivo y los órganos judiciales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha” en la Jornada *Seguridad del paciente, una mirada desde el derecho sanitario*. Toledo, 3 de mayo de 2017. [http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Responsabilidad-patrimonial-sanitaria-consejo-consultivo-Castilla-La\\_Mancha\\_11\\_1094680001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Responsabilidad-patrimonial-sanitaria-consejo-consultivo-Castilla-La_Mancha_11_1094680001.html) (Fecha consulta: 16-1-2018).

LUNA YERGA, Álvaro.: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº2. Año 2005. ISSN-e 1698-739X.

MACÍA MORILLO, Andrea.: “El tratamiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* a la luz de la nueva Ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. Año 2011. Nº 23. ISSN: 1575-720X.

MACÍA MORILLO, Andrea.: *La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Madrid. Año 2003.

MACÍA MORILLO, Andrea.: *La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Año 2005. Editorial Tirant lo Blanch. ISBN: 84-8456-309-X.

- MACÍA MORILLO, Andrea.: “Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *wrongful birth*. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008” en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, número 18. Año 2008. Páginas 189-210. ISSN: 1575-720X.
- MACÍA MORILLO, Andrea.: “Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*” en *Revista chilena de derecho privado*, número 12. Año 2009. Páginas 167-206. ISSN: 0718-0233.
- MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep.: “El daño moral”. En: CÁMARA LAPUENTE, Sergio.: *Derecho Privado Europeo*. Editorial Constitución y Leyes, COLEX. Año 2003. ISBN 84-7879-778-5.
- MARTÍN REBOLLO, Luis.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*. Año 1977, Editorial Civitas. ISBN: 84-7398-051-4.
- MEDINA, Graciela.: “La responsabilidad por nacimiento con discapacidad. Wrongful birth. Una década en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español” en *Revista crítica de derecho privado*, nº5. Año 2008. Páginas 469-491. ISSN: 1510-8090.
- MEDINA ALCOZ, Luis.: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Editorial Thomson Reuters-Aranzadi. Año 2007. ISBN 978-84-470-2699-9.
- MEDINA ALCOZ, Luis.: “Teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual). La doctrina de la pérdida de oportunidades” en *Revista de la Asociación de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, número 30. Año 2009. Página 31. ISSN 1887-701.
- N C LIU, A.: “Wrongful life: some of the problems”, *Journal of medical ethics*, nº13, 1987 69-73. Glasgow University.
- ORDÁS ALONSO, Marta; GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar y GARCÍA AMADO, J. Antonio.: *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*. Editorial Bosch. 1ª Edición. Año 2017. ISBN 978-84-9090-244-8.

- PANTALEÓN PRIETO, Rafael.: “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”. *Revista de Documentación Administrativa*. Enero-junio 1994, nº 237-238. ISSN: 1989-8983.
- PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles.: “La responsabilidad civil extracontractual” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos.: *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Editorial Colex, Año 2016. Páginas 371-388. ISBN: 978-84-15276-54-8.
- PÉREZ-TENESSA, Antonio.: “Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad” en *Revista de administración pública*, nº 154. Año 2001. Páginas 47-62. ISSN: 0034-7639.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás.: “La responsabilidad del Estado legislador” en *Revista de Administración Pública*, nº135, año 1994. Páginas 103-148. ISSN: 0034-7639.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás.: “La responsabilidad del Estado legislador por daños a particulares generados por violación del derecho comunitario (Sentencia del TJCE de 5 de marzo de 1996)” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº4, año 1996. Páginas 1244-1247. ISSN: 0211-2744.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás y CASARES MARCOS, Ana B.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Estudio general y ámbitos sectoriales*. (Vol.2). Editorial Tirant lo Blanch. Año 2013. ISBN 978-84-9876-560.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás.: “¿Puede exigirse responsabilidad patrimonial por la actuación de los órganos constitucionales (y estatutarios)? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009” en *Revista española de derecho administrativo*, nº148. Año 2010. Páginas 879-891. ISSN: 0210-8461.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás.: “Responsabilidad patrimonial de la Administración y conceptos jurídicos indeterminados” en *Poder Judicial*, nº41-42. Año 1996. Páginas 457-466. ISSN: 0211-8815.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo.: *El consentimiento informado. Su evolución jurisprudencial*. Diario La Ley, nº 7358. Año 2010. ISSN 1989-6913.

- ROMERO COLOMA, Aurelia María.: “Las acciones de wrongful birth y su problemática jurídica” en *Diario la Ley*, nº 7231. Año 2009. ISSN: 1989-6913.
- ROTH, Robert.: “Congenital disabilities and the law” en *Clinics in Perinatology*, vol.34, nº 2. Año 2007. Páginas 263-273. ISSN: 0095-5108.
- SALÀS I DARROCHA, Josep Tomás.: “Las acciones de wrongful birth y wrongful life ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” en *Actualidad Administrativa*, nº 22. Año 2005. Páginas 2692-2711. ISSN: 1130-9946.
- SÁNCHEZ-CARO, J.: *Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria*. JIMÉNEZ, Salvador; MARTÍNEZ, Víctor.M; BELDA, Enrique (coordinadores). Toledo, 28 y 29 de noviembre de 2007. Páginas 351 y siguientes. Editorial Thomson, Fiscam y Sescam.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel.: *Derecho Administrativo. Parte General*. 12ª Edición. Madrid, 2016. ISBN 13: 9788430969654.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio.: *Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado*. Working Paper nº 209. [www.indret.com](http://www.indret.com) Abril del 2004, Barcelona.
- SEUBA TORREBLANCA, Joan C.: *Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*”. RAMONS GONZÁLEZ, Sonia. Working Paper nº 138. [www.indret.com](http://www.indret.com) Abril de 2003, Barcelona.
- SINGER, Peter.: “Taking life: Humans”. In: *Practical Ethics*. 2nd edition. Cambridge. 1993. ISBN 13: 978-0521707688.
- SINGER, Peter.: *Rethinking life and death*. 2<sup>nd</sup> edition. Saint Martin’s Griffin, U.S. 1996. ISBN 13: 978-0-312-14401-2.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón.: “Responsabilidad civil médica en relación con el nacimiento del ser humano”. En: *Daños en el Derecho de Familia*. 1ª Edición. Año 2006. ISBN 13: 9788497677295.

VILLAR EZCURRA, José Luis.: *Derecho Administrativo especial: administración pública y actividad de los particulares*. 1ª Edición. Año 1999, Madrid, Civitas. ISBN 13: 9788447012305.

VIVAS TESÓN, Inmaculada.: “La responsabilidad civil médica en los supuestos de wrongful birth y wrongful life: análisis jurisprudencial” en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 11. Año 2003. Páginas 403-416. ISSN: 1139-7179.



**NORMATIVA.**

**Ley 39/2015**, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

**Ley 40/2015**, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

**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.

**Ley 30/1992**, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (derogada).

**Reglamento (UE) 2016/679** del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos)

**Real Decreto de 24 de julio de 1889** por el que se publica el Código Civil.

**Ley Orgánica 15/1999**, de 13 de diciembre, de Protección de Datos.

**Ley Orgánica 2/2010**, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

**Ley Orgánica 10/1995**, de 23 de noviembre, del Código Penal.

**Convenio de Oviedo** relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

**Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales**, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Convenio de Roma).

**Constitución Española** de 1978.

**Ley francesa 2002-303**, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario.

**Ley belga de 28 de mayo de 2002**, relativa a la eutanasia completada por la Ley del 10 de noviembre de 2005.

## **JURISPRUDENCIA.**

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- STC 53/1985, de 11 de abril, de 1985

### **TRIBUNAL SUPREMO**

- STS 53/1985, de 11 de abril, de 1985.
- STS 2713/1986, de 23 de mayo, de 1986.
- STS 3330/1989, de 5 de junio, de 1989.
- STS 500/1991, de 4 de enero, de 1991.
- STS 2504/1992, de 23 de marzo, de 1992.
- STS 4401/1994, de 7 de junio, de 1994.
- STS 10029/1995, de 22 de marzo, de 1995.
- STS 4550/1996, de 20 de julio, de 1996.
- STS 495/1997, de 6 de junio, de 1997.
- STS 774/2000, de 5 de febrero, de 2000.
- STS 2750/2000, de 4 de abril, de 2000.
- STS 7033/2000, de 3 de octubre, de 2000.
- STS 5887/2001, de 7 de julio, de 2001.
- STS 8128/2001, de 22 de octubre, de 2001.
- STS 2229/2002, de 26 de marzo, de 2002.
- STS 1287/2004, de 26 de febrero, de 2004.
- STS 6732/2004, de 22 de octubre, de 2004.
- STS 7199/2004, de 9 de noviembre, de 2004.
- STS 8239/2004, de 20 de diciembre, de 2004.
- STS 634/2005, de 4 de febrero, de 2005.
- STS 2943/2005, de 10 de mayo, de 2005.
- STS 5368/2005 de 20 de septiembre, de 2005.
- STS 8169/2005, de 4 de noviembre, de 2005.
- STS 8242/2005, de 10 de noviembre, de 2005.
- STS 243/2006 de 7 de febrero, de 2006
- STS 677/2006, de 21 de febrero de 2006.
- STS 5418/2006, de 30 de junio, de 2006.

- STS 5159/2006, de 11 de julio, de 2006.
- STS 6078/2006, de 11 de octubre, de 2006.
- STS 1540/2007, de 14 de marzo, de 2007.
- STS 3216/2007, de 10 de mayo de 2007.
- STS 4588/2007, de 27 de junio, de 2007.
- STS 4903/2007, de 10 de julio, de 2007
- STS 836/2007, de 19 de julio de 2007.
- STS 6490/2007, de 16 de octubre de 2007.
- STS 8332/2007, de 5 de diciembre, de 2007.
- STS 5899/2008, de 4 de noviembre de 2008
- STS 6741/2008 de 9 de diciembre, de 2008.

#### **AUDIENCIA NACIONAL**

- SAN 1301/2001, de 28 de febrero de 2001.
- SAN 4147/2001, de 27 de junio de 2001.
- SAN 1955/2002, de 27 de marzo de 2002.
- SAN 2803/2002, de 7 de mayo de 2002.
- SAN 2948/2002, de 14 de mayo de 2002.
- SAN 5707/2002, de 16 de octubre de 2002
- SAN 8001/2003, de 9 de julio de 2003.
- SAN 7614/2004, de 1 de diciembre de 2004.

#### **JURISPRUDENCIA EXTRANJERA**

##### ESTADOS UNIDOS:

- ROE vs. WADE (United States Suprem Court. January 22, 1973).
- PARK vs. CHESSIN (New York Apellate Court. December 11, 1977).
- CURLENDER vs. BIO-SCIENCE Laboratories (Court of Appeals of California. June 11, 1980).
- TURPIN vs. SORTINI (Supreme Court of California. May 3, 1982).
- HARBESON vs PARKE-DAVIS, Inc. (The Supreme Court of Washington. February 10, 1983).
- VICCARO & another vs. MILUNSKY (Court of Massachusets. March 1, 1990).

FRANCIA:

- Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 17 novembre 2000, 99-13.701.