

provide answers and solutions to the many difficulties that arise in these cases and thus facilitate the articulation of claims in this area, which often see their claims for compensation rejected due to the complexity in the understanding and practical application of these figure.

KEYWORDS: Informed consent. Wrongful actions. Loss of opportunity. Disproportionate damage.

RESUMEN: Dos son los requisitos básicos que sustentan toda reclamación patrimonial y que condicionan una respuesta favorable a su pretensión indemnizatoria: la existencia misma del daño y su correcta identificación, lo que no siempre es tarea sencilla puesto que la legislación no ofrece pautas al respecto y la jurisprudencia lo hace de forma dispar y no siempre con criterios uniformes. Especialmente compleja resulta esta tarea de identificación del daño en los casos de omisión del consentimiento informado, en las acciones *wrongful*, en la doctrina de pérdida de oportunidad y en el daño desproporcionado. En este trabajo se tratará de localizar y de dar respuesta y solución a las abundantes dificultades que se generan en estos casos y con ello facilitar la articulación de las reclamaciones en esta materia, que con frecuencia ven rechazadas sus pretensiones indemnizatorias por la complejidad en el entendimiento y aplicación práctica de estas figuras.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento informado. Acciones *wrongful*. Pérdida de oportunidad. Daño desproporcionado.

Trabajo recibido el 3 de junio de 2024

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de septiembre de 2024



Sumario: I. Introducción. —II. Requisitos y condiciones para que la omisión del consentimiento informado se convierta en daño resarcible. 1. La concreción del daño en los casos de omisión del consentimiento informado: la materialización del riesgo no informado. 2. El concepto indemnizatorio: daño moral *versus* daño corporal. La compatibilidad entre ambos cuando se ha vulnerado la *lex artis* en la realización del acto médico. 3. ¿La falta de información es un supuesto específico de «pérdida de oportunidad»? 4. Supuestos en los que la falta de información (y/o consentimiento) constituye un daño autónomo por generar *per se* una lesión al derecho a la autonomía del paciente. 5. Supuestos en los que la falta de información (y/o consentimiento) no da derecho a indemnización por daño autónomo. —III. El daño en las acciones *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*. 1. Las acciones *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*. La búsqueda de la *dispraxis* que genera responsabilidad. 2. La pretensión indemnizatoria que procede postular en las acciones *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*. Problemas jurídicos que genera. —IV. La pérdida de oportunidad como supuesto de especial y controvertido resarcimiento: la singularidad del daño y de la relación causal. 1. Primera singularidad: la expectativa calificada como daño resarcible. 2. Segunda singularidad: la inexistencia de relación causal con el resultado final. —V. El «daño» en el daño desproporcionado. 1. Qué es y qué no es el daño desproporcionado. 2. Cuestión de matices: ¿es correcta la equiparación del daño desproporcionado con la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma)? 3. Pero... ¿hasta dónde alcanza el alivio probatorio del reclamante? —VI. A modo de conclusión. —VII. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

El daño es la clave de bóveda, el *punctum saliens* de la responsabilidad patrimonial —no solo sanitaria— de la administración pública. Por esta razón la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) exige su concurrencia sobre la que hace pivotar el resto de requisitos —su efectividad, su evaluación, su individualización y su antijuricidad—, pues podrá haber responsabilidad sin culpa pero no puede haber responsabilidad sin daño².

El concepto, al menos en apariencia, no encierra mayor complejidad, pues el daño cabe definirlo como cualquier detrimento patrimonial, esto es, como el aumento de un perjuicio o la disminución de un beneficio.

² Pantaleón Prieto, F. (2000). Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas). En J. A. Moreno Martínez (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (pág. 190). Dykinson.



Quizá esta aparente —y engañosa— sencillez explica que el legislador haya olvidado definirlo jurídicamente, pero, al hacerlo, lo dejó en el umbral mismo de un campo sembrado de un sinfín de problemas jurídicos³. En efecto, este entendimiento del daño que, como requisito y como concepto, acaba de apuntarse carece, como afirma López Menudo, de virtualidad para resolver cuantos problemas y dudas se generan en este ámbito y para cuya solución debe acudir al rico acervo doctrinal que es el que aporta las precisiones delimitadoras que, a su vez, dan al tema su verdadera encarnadura y sustancia y de las que depende la suerte que ha de correr cada una de las reclamaciones patrimoniales que a diario se formulan en materia sanitaria. Reclamaciones que generan múltiples variables y tantos problemas como supuestos de daños hay, cada uno de ellos con su respectiva especificidad. Todo un mundo cuya debida ordenación exige finura jurídica a raudales⁴.

Lo cierto es que, como afirmaron Toulemon y Moore⁵, hay que reparar *el daño, todo el daño, pero nada más que el daño*. Por eso la primera tarea es identificarlo y la segunda, tras probar su existencia y magnitud, delimitar su perímetro para evitar excesos. Dos tareas que han dado lugar a una multitud de pronunciamientos judiciales y dictámenes de órganos consultivos de una riqueza extraordinaria y de un alto contenido jurídico del que se tratará de dar cuenta a lo largo de estas páginas.

Pero, ¿por qué es tan relevante delimitar correctamente el daño? Para empezar, lo es por imperativo de los consabidos principios dispositivo y de congruencia procesal, tan aplicables al procedimiento administrativo como al proceso judicial, pues por su virtud la administración solo puede —y debe— pronunciarse en relación con los daños alegados por la parte reclamante. De lo contrario se acabarían indemnizando daños que no son ciertos, pues conceptualmente por tales han de tenerse aquellos que no han sido invocados —ni probados— por la parte reclamante⁶. Igual efecto se produce cuando, como sucede con relativa frecuencia, el interesado ha errado al identificar el daño y la administración, corrigiendo el error, termina reconociéndole indemnización por daño moral al considerar este concepto indemnizatorio más adecuado que el que el interesado había postulado en su reclamación patrimonial cuando solicitó resarcimiento

³ López, F., Guichot, E. y Carrillo, J. A. (2005). *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos* (págs. 189 y 190). Lex Nova.

⁴ López F., Guichot, E. y Carrillo, J. A. *Ibidem*.

⁵ Toulemon, A y Moore, J. (1968). *Le préjudice corporel et moral en droit commun* (pág. 115). (3.ª ed.). Sirey. En el mismo sentido, Mazeaud y Tunc (1977). *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (pág. 515), (trad. Alcalá-Zamora y Castillo). Tomo 3. Vol. 1. Ediciones Jurídicas Europa-América.

⁶ En este sentido, los dictámenes 205/2018, 238/2019 y 283/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía.



por daño físico. Ello hace que la resolución no solo conceda una pretensión distinta a la formulada, sino que también opere un cambio del interés lesionado y, con él, del objeto de la reclamación patrimonial⁷, provocando la alteración de la causa de pedir (art. 218.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en adelante, LEC). La cuestión no es baladí, porque no se trata solo de un tema de *quantum* (pedir más y que se conceda menos) sino de un error sustantivo, pues se indemniza un daño, un interés lesionado bajo la cobertura de un fundamento y un objeto distintos de los invocados por más que se haga con la loable intención de utilizar el daño moral y su compensación, como «criterio mensurador», como una vía para satisfacer la justicia material y poner remedio económico a un resultado grave, ya sea para tratar de indemnizar daños materiales que no pudieron ser acreditados⁸ pero que se intuye o se presume que existen, o ya sea para aplicarlo como una fracción compensada del daño corporal para cuyo resarcimiento no se halla suficiente justificación⁹.

Pero, aparte de que esta forma de interpretar y de evaluar el daño constituya una ampliación inaceptable y excesiva del propio sentido y naturaleza del daño moral al incluir conceptos que son verdaderos daños patrimoniales, lo cierto es que mutar en un daño moral —que no se había alegado ni solicitado— la pretensión indemnizatoria del interesado que había solicitado la reparación de la totalidad o de una fracción del daño corporal constituye una infracción procesal que entiendo no debe superar juicio alguno de validez por imperativo de las citadas reglas procesales¹⁰.

La responsabilidad patrimonial pivota, pues, en torno al concepto nuclear del daño y conviene identificarlo y delimitarlo correctamente porque de ello depende tanto el éxito de la reclamación como la corrección jurídica de la resolución que la resuelve, si bien con carácter previo a su análisis debe advertirse que su concurrencia, con ser un requisito necesario no es suficiente.

En efecto, como se encarga de precisar el art. 34.1 LRJSP, la responsabilidad patrimonial no solo exige un daño en el que concurran las referidas notas de efectividad, evaluación e individualización, sino que también descansa sobre el misterioso concepto de la antijuricidad, pues sin

⁷ En parecido sentido, González Carrasco, M. C. (2018). Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal [Comentario a la STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3959)] (págs. 2 y 6). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, (107).

⁸ Así, por ejemplo, las SSTs de 28 de enero de 2005 y de 28 de abril de 2005.

⁹ En este sentido, Vicente Domingo, E. (2002). El daño. En L. F. Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil* (pág. 228). Aranzadi. Y Garnica Martín, J. F. (2007). La prueba del lucro cesante (pág. 6). *Práctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, (37).

¹⁰ Gallardo Castillo, M. J. (2023). Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la pérdida de oportunidad: Cómo, cuándo, cuánto y a quién se indemniza. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (115), págs. 67-68.



ella el daño no logra convertirse en lesión indemnizable. Una cuestión que dista mucho de resultar pacífica a la hora de su aplicación práctica, pues no deja de ser un eufemismo, un concepto vacío, una forma de enmascarar, de introducir de tapadillo el elemento culpabilístico¹¹ que repugna el carácter objetivo de responsabilidad de la administración, y que se acaba convirtiendo en uno de los «múltiples nombres» que recibe la descartada culpa del sistema público de responsabilidad patrimonial¹². El concepto es manejado por la ley como una fórmula retórica huérfana de contenido propio, cual si fuera un *prius*, cuando precisamente es el objeto de debate. Decir que hay que resarcir aquellos daños que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar, no deja de ser una pura obviedad, una auténtica tautología incapaz de dilucidar por sí misma cuándo en cada supuesto concreto concurre y cuándo no¹³.

En cualquier caso, comoquiera que no cabe pretender que la garantía de la responsabilidad patrimonial se haga cargo de cualquier daño que pueda engarzarse de algún modo a un hecho provocador de una cadena de consecuencias ni que, por tanto, al responsable quepa imputar absolutamente todas las consecuencias de las que su conducta es causa¹⁴, habrá que convenir con López Menudo¹⁵ que no cabe indemnizar cualquier daño sino únicamente los *daños jurídicos*, esto es, los que además de reunir los anteriores requisitos, sean racionalmente susceptibles de derivar y anudarse al hecho generador.

Sin embargo, dos son los problemas con que nos enfrentamos en ese necesario intento de identificación y delimitación del daño. El primero, que no existe en nuestro derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de daños y perjuicios. Y, menos aún, en materia de responsabilidad de la administración sanitaria. Nuestro ordenamiento ju-

¹¹ Comparte esta opinión Doménech Pascual, G. (2021). Responsabilidad patrimonial del Estado y COVID-19. En F. Velasco Caballero y B. Gregoraci Fernández (Coords.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (pág. 299), (Extra 1, Tomo I), quien denuncia que «el concepto de antijuridicidad funciona como una suerte de cajón de sastre, completamente vacío, que los jueces rellenan en función de no se sabe muy bien qué pautas o intuiciones».

¹² Comparto la opinión de Doménech Pascual que afirma que «un truco muy socorrido consiste en ocultar la regla de la responsabilidad por culpa bajo la máscara del requisito del nexo causal». Doménech Pascual, G. (2021). Responsabilidad patrimonial del Estado..., *op. cit.*, pág. 291.

¹³ García Amado, J. A. (2013). Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas (págs. 65-142). En M. J. Herrador Guardia (Ed.), *Derecho de daños*. Aranzadi. Tomo la cita de Doménech Pascual. *Ibidem*. Medina Alcoz, L. (2012). Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: A propósito de la STS, Sala 3.ª, de 27 de septiembre de 2011. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (153), págs. 153-181.

¹⁴ Pantaleón Prieto, A. F. (1990). Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*. Tomo II. Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 1563.

¹⁵ López, F., Guichot, E. y Carrillo, J. A. (2005), *La responsabilidad patrimonial...* *op. cit.*, pág. 190.



rídico ha reservado en la LRJSP apenas unos pocos preceptos con los que el operador jurídico ha de resolver en materias y sectores absolutamente tan dispares entre sí que lo único que tienen en común es que en ellos la administración es susceptible de provocar daños que merecen ser indemnizados en la amplia actividad que desarrolla.

Esta inexistencia de criterios jurídicos que coadyuven a delimitar correctamente el daño no solo obstaculiza la labor de los operadores jurídicos, sino que también dificulta la correcta articulación de la reclamación patrimonial que plantean los interesados, por lo que, en ocasiones, o bien acaban postulando resarcimiento por un daño carente de trascendencia jurídica, o bien lo hacen sin más fundamento que el hecho de que el servicio sanitario funcionó de forma incorrecta. En ambas situaciones jurídicamente no ha llegado a cumplirse, no ya solo el requisito de la efectividad que exige el art. 32.2 LRJSP, sino la existencia misma del detrimento patrimonial en que el daño consiste, lo que estaría afectando a la línea de flotación del propio instituto resarcitorio al faltar el primero y fundamental de los requisitos. En otras ocasiones, no es que no exista detrimento patrimonial alguno, sino que este no alcanza la entidad suficiente para merecer la consideración de daño por tratarse de un «simple perjuicio», bien porque no llega a exceder de «una mera molestia», o bien porque se trata de «un perjuicio percibido solo y exclusivamente de forma subjetiva» sin trascendencia patrimonial o moral apreciable dada la levedad de su incidencia lesiva.

El segundo problema es que, pese a que es consustancial al instituto resarcitorio la procura de la reparación integral del daño con el propósito de colocar a la víctima en la situación anterior al hecho lesivo, debe reconocerse que con extraordinaria frecuencia tal objetivo no constituye más que una falacia, una finalidad ilusoria, una meta que se coloca lejos de poder ser realizada. En efecto, la reparación integral del daño no es un buen parámetro para resarcir los daños cuando estos recaen en bienes imposibles de evaluar, lo que sucede tanto en los casos de daños que no son susceptibles de reparación específica porque no circulan en el mercado y no pueden reponerse (ej. el honor, el dolor, la muerte de un ser querido), como en los casos de daños cuya naturaleza no permite una evaluación objetiva. Es lo que ocurre con los daños extrapatrimoniales, con el daño moral o con el *pretium* o *pecunia doloris* que carecen de un valor aproximado de referencia¹⁶. Por definición, como afirmó Fagnart, «un daño que no puede evaluarse de forma matemática no puede ser reparado de forma integral¹⁷». Por eso se afirma que no cabe repararlos

¹⁶ Vicente Domingo, E. (2002). El daño, *op. cit.*, págs. 262 y 263

¹⁷ Fagnart. *Rapport*, pág. 266. Cfr. Vicente Domingo, E. *Ibidem*.



sino compensarlos, y en cuanto a su cuantificación, tampoco son los criterios jurídicos sino los usos sociales los que terminan marcando la pauta de su valor.

En cualquier caso, las resoluciones que reciban con favorable acogida las pretensiones indemnizatorias de los reclamantes no pueden pronunciarse sobre un abstracto derecho a obtener una futura indemnización, sino que han de resolver definitivamente la cuantía de la misma que, a su vez, depende de la que resultó fijada en la reclamación que principia el procedimiento, que es el lugar donde deben establecerse las partidas correspondientes so pena de que las que se incorporen en un ulterior contencioso-administrativo puedan rechazarse por constituir cuestiones nuevas. Y es que, siendo precisamente las pretensiones las que delimitan el objeto y el ámbito en que ha de moverse necesariamente tanto la administración como el juzgador, estas han de fijarse, por imperativo del principio dispositivo, por el propio reclamante, quien deberá hacerlo en la forma en que exige el art. 67.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento administrativo común (LPAC), esto es, especificando «la evaluación económica» de la responsabilidad patrimonial, es decir, evaluando y cuantificando los daños que alega y sobre los que fija la indemnización.

Se impone, por tanto, realizar un análisis detenido de los supuestos más relevantes y que encierran mayor complejidad de los que dan lugar a expedientes de responsabilidad de la administración sanitaria, a saber: cuándo la omisión del consentimiento informado da lugar a un daño resarcible de forma autónoma y cuándo no, cuál es el daño y su alcance en las llamadas *wrongful actions*, en qué casos es apreciable la oportunidad que la demora en la prestación de los servicios sanitarios hacen que el paciente «pierda» la posibilidad de superar la dolencia que le aqueja o cuál es el daño en el llamado daño desproporcionado para merecer la consideración de tal con los condicionamientos favorables que adornan su doctrina.

II. Requisitos y condiciones para que la omisión del consentimiento informado se convierta en daño resarcible

1. La concreción del daño en los casos de omisión del consentimiento informado: la materialización del riesgo no informado

Si convenimos en que el consentimiento informado es núcleo básico del derecho de autodeterminación del paciente en el ámbito de la salud y, por tanto, parte esencial de su derecho a la autonomía personal, no puede sino inferirse que, por su virtud, el paciente adquiere la categoría de agente moral autónomo con plena facultad para que pueda ejercitar



con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses y, en consecuencia, decidir sobre la incidencia que el ejercicio de la medicina puede tener en su propia salud, lo que incluye recibir o no tratamiento médico, asumir o no los riesgos inherentes a una intervención, permanecer enfermo o sanar, incluso a perder la vida.

Y si esto es así, el consentimiento informado no es algo ajeno a la *lex artis*. Muy al contrario, constituye una parte de su contenido definitorio, lo que lo convierte en uno de los deberes que incumbe al personal sanitario. Por esta razón el consentimiento informado puede concebirse como un acto médico más, como parte de toda actuación asistencial y una exigencia ética atribuible a los miembros de la profesión médica¹⁸.

La cuestión no es baladí, pues al ser parte integrante de la *lex artis*, el consentimiento informado sirve de módulo y criterio de valoración para determinar la calificación que merece el servicio prestado ya sea como normal o anormal. Ello supone que el mero incumplimiento de este deber de información —tanto si la falta de información ha sido completa como si se trata de descuidos parciales (STS de 29 de junio de 2010)— permite afirmar que se ha producido una infracción de la *lex artis* con virtualidad suficiente para atribuir —al centro hospitalario o al paciente— la asunción de los riesgos producidos como consecuencia de la actuación médica realizada. Así pues, resulta obvio que la omisión del deber de informar revela *per se* la anormalidad del servicio¹⁹. No podría ser de otro modo. Pero, cabe plantearse, ¿esta anormalidad da lugar por sí misma a un daño susceptible de ser indemnizado?

La jurisprudencia insiste con reiteración en la respuesta negativa y afirma resueltamente que la omisión del deber de información constituye causa necesaria, pero, una vez más, no suficiente, para que surja el derecho al resarcimiento. Con independencia de lo que más adelante se dirá, puede avanzarse que para que se obtenga semejante efecto se requiere: a) que el paciente no haya sido informado antes de otorgar su consciente y libre consentimiento; b) que el daño sea traducción de un riesgo típico o asociado a la intervención; y c) que se muestre vinculado o ligado causalmente a la intervención²⁰.

¹⁸ A mayor abundamiento, Gallardo Castillo, M. J. (2021). *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial* (págs. 139-149). Colex.

¹⁹ La STS de 26 de febrero de 2004 afirma que la falta de consentimiento informado constituye *per se* una *mala praxis ad hoc*.

²⁰ Una buena muestra de situaciones en que no existe esa ligazón necesaria entre el riesgo no informado y la intervención lo constituye la STS de 16 de mayo de 2005, que reconoce que la omisión de consentimiento no liga consecuencia dañosa alguna, ni directa ni indirecta, o la SAN de 9 de mayo de 2001, que concluyó que la falta de consentimiento informado era irrelevante puesto que el daño sufrido (el fallecimiento) no era consecuencia de la prueba realizada (un TAC abdomi-



Por tanto, si se ha omitido el deber de información pero no se ha materializado el riesgo no informado o no consentido —incluido el riesgo de volver a operarse si fracasa la primera operación²¹—, no hay nada que resarcir (SSTS de 26 de febrero de 2004²² y 20 de abril de 2005). Y obviamente, el mismo efecto se producirá cuando el daño no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (SSTS de 2 octubre 2012 y de 13 de noviembre de 2012)²³ o, como afirma la STS 4 de febrero de 2021, el incumplimiento de aquellos deberes de información deviene irrelevante y no da, por tanto, derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria.

Además de la concurrencia del daño cierto, cuyo riesgo no quedó advertido en el consentimiento informado, es requisito imprescindible que la falta o la insuficiencia de la información afecte a los riesgos inherentes y típicos —sean más o menos frecuentes y evitables o no— a la intervención, que son los *únicos que deben advertirse* por ser los *únicos pre-visibles*. Solo entonces se producirá la asunción de estos por el centro hospitalario y, en su caso, por el facultativo —al no haberse producido el desplazamiento del riesgo en el paciente precisamente por falta de consentimiento informado—, y solo entonces el daño habría devenido antijurídico y el paciente no tendría el deber jurídico de soportarlo.

nal). En parecido sentido, la STSJ de Asturias de 27 enero de 2020 afirma que en los casos en que el consentimiento informado es deficiente, el reconocimiento de responsabilidad está supeditado a que se determine la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente y que en ningún caso se corresponde con aquella que procedería por infracción de la *lex artis* de la que resulte una defectuosa prestación sanitaria terapéutica (STS de 2 de octubre de 2012). Asimismo, puede citarse la STSJ de Navarra de 27 de octubre de 2001, en la que se concluye que la lesión del nervio dentario con pérdida de sensibilidad no constituye un riesgo asociado o vinculado a la extracción simple con fórceps, común ante cordales erupcionados que se había realizado al paciente, por lo que no era un riesgo asociado a la intervención practicada.

²¹ Las SSTS de 10 de mayo de 2006, 23 de octubre de 2008, 4 de marzo de 2011 y 9 de marzo de 2010, entre otras, afirman que cuando el resultado no es distinto del que esperaba una persona al someterse a un determinado tratamiento médico o intervención quirúrgica no hay nada que resarcir. En parecido sentido, la STS de 8 de septiembre de 2023 afirma que la trascendencia de la omisión de información, si bien constituye una anomalía del servicio, su trascendencia, no obstante, ha de desvincularse del cumplimiento adecuado del oficio técnico del cirujano, pues, consta acreditado que las tareas operatorias se desarrollaron conforme a la *lex artis*. En parecido sentido, la STSJ de Andalucía, Granada, de 15 junio de 2015.

²² La sentencia afirma que «aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una *mala praxis ad hoc*, no lo es menos que tal *mala praxis* no puede *per se* dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente, y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002, que resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina y que afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico, porque si no se produce este, la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad».

²³ Discrepa de esta solución Sardinero García, C. (2016). *Responsabilidad administrativa, civil y penal, por falta de información en el ámbito clínico. Criterios indemnizatorios*. Tirant lo Blanch. Viene a considerar que al margen de que se produzcan o no daños a la integridad del paciente, la falta de consentimiento informado supone, *per se* y en todo caso, un daño moral autónomo que debe ser indemnizado por tratarse de un daño grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención.



En consecuencia, no cabe exigir responsabilidad por aquellos daños que, a causa de su acaecimiento atípico e insólito no resulten previsibles conforme al estado actual de los conocimientos de la ciencia y de la técnica. Es obvio que la misma imprevisibilidad de estos riesgos los hace incompatibles con el concepto de anormalidad, por lo que no hay obligación de advertirlos y, en consecuencia, no procede indemnización con cargo al argumento de su falta de advertencia.

A *sensu contrario*, no pueden calificarse como *imprevisibles* las complicaciones descritas en la literatura científica, aunque se produzcan solo en un bajo porcentaje. No debe, por tanto, confundirse *frecuencia* con *previsibilidad*. Como afirman las SSTS de 21 de octubre de 2005 y 30 de junio de 2009²⁴, la circunstancia de que el riesgo de una intervención sea poco probable, si es conocido por la ciencia médica, no exime de la obligación de informar al paciente de su posible acaecimiento.

En cualquier caso, como se va a analizar a continuación, un error en que con frecuencia suelen incurrir las reclamaciones patrimoniales fundamentadas en esta causa es postular indemnización como daño corporal por el riesgo del que no se informó —y, por tanto, no se consintió, al menos, de forma informada— y que se terminó materializando en lugar de hacerlo por el daño moral derivado del derecho de autodeterminación y autonomía decisoria del paciente. Cuestión distinta que cabe plantearse es cuándo cabe indemnización como daño moral autónomo (esto es, desligado del riesgo materializado) o cuándo dicho daño es subsumido por la indemnización que proceda por este último. A todas estas cuestiones se tratará de dar respuesta a continuación.

2. El concepto indemnizatorio: daño moral *versus* daño corporal.

La compatibilidad entre ambos cuando se ha vulnerado la *lex artis* en la realización del acto médico

Como acaba de afirmarse, la primera condición para obtener indemnización es que se produzca un riesgo inherente y previsible, pero una vez producido este, cabe plantearse qué concepto indemnizatorio procede considerar en este caso: el daño moral por vulneración del derecho a la autodeterminación, el daño corporal en que se ha traducido el riesgo desinformado, un daño atenuado o un daño distinto. Asimismo, que el derecho a la indemnización por falta de consentimiento informado precisa de

²⁴ Afirma esta sentencia que el riesgo típico no puede desempeñar una doble función exculpatoria: del mal resultado de la intervención, por ser típico, y de la omisión o insuficiencia de la información al paciente por ser poco frecuente e imprevisible, pues tipicidad e imprevisibilidad son conceptos excluyentes.



la materialización del riesgo no informado. Pero, como se ha advertido, no se indemniza por el daño físico o corporal en que el riesgo se ha traducido²⁵, sino porque al paciente se le ha privado de su derecho a sopesar los riesgos que ha de asumir y valorar otras posibles opciones y alternativas, como la de rechazar, posponer la intervención u optar por otro tratamiento, esto es, se indemniza por la lesión del bien jurídico protegido, que no es otro que su derecho de autodeterminación.

Así pues, salvo que la omisión de información haya sido la causa directa y eficiente del resultado dañoso —como puede ocurrir cuando el paciente no fue informado de la posología de la medicación o de la necesidad de interrumpirla antes de una intervención²⁶—, la omisión de información y de consentimiento genera derecho a la indemnización «no por las consecuencias derivadas del acto quirúrgico sino porque se desconoció un derecho del enfermo irrenunciable a decidir si quería o no asumir los riesgos inherentes a la intervención a la que iba a ser sometido» (STS de 15 de junio de 2011). En consecuencia, el derecho a la información tiene virtualidad suficiente para generar por sí mismo una responsabilidad peculiar y distinta de la que se deriva de la propia obligación del médico de actuar de acuerdo con la *lex artis*, puesto que ambas obligaciones son absolutamente independientes: los riesgos asociados o inherentes a una intervención diagnóstica o terapéutica se materializan sin el concurso de *mala praxis* en su práctica, por lo que los daños físicos o psíquicos que genera son diferentes.

Tanto es así que la jurisprudencia viene destacando la entera irrelevancia de los daños físicos y corporales derivados de los riesgos asociados a la intervención²⁷ y opta, en consecuencia, por considerar como *única* lesión indemnizable de la falta de información —y consentimiento— la vulneración de la autonomía del paciente, lo que a su vez determina que la indemnización se reconozca en concepto de daño moral. La razón es obvia: la indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomode o no a la *norma praxis* médica (STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de febrero de 2016) sino de la privación

²⁵ Esta es la doctrina mayoritaria. No obstante, algunas sentencias equiparan la falta de consentimiento con la negligencia en la actuación técnica, condenando a responder por todas las consecuencias lesivas producidas sobre la salud del paciente. Así, las SSTs de 26 de septiembre de 2000 y 18 de enero de 2005.

²⁶ A estos efectos se equipara la situación descrita en la STS de 22 de junio de 2005, en la que la ausencia de consentimiento informado constituyó un daño en sí mismo que consistió en la situación de grave riesgo a que se somete a la paciente «atendidas las graves patologías que le afectaban».

²⁷ Como afirma la STS de 24 de julio de 2012, la valoración de la indemnización debe efectuarse de forma autónoma y separada del resultado de la asistencia sanitaria: «en modo alguno *resultará* procedente la (...) integración de (...) [los riesgos inherentes a una intervención médica, no informados y convertidos en lesiones,] (...) como [si las mismas fueran] consecuencia de la intervención quirúrgica y la cuantificación económica de la indemnización como si fuera un daño corporal».



de su capacidad para decidir (STS de 12 de noviembre de 2010, STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de mayo de 2015 y STSJ de Murcia de 17 de julio de 2015). Por eso la indemnización no lo será por el daño físico (STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2020) ni por el resultado (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 13 de marzo de 2020²⁸) y menos aún puede integrar ambos conceptos, ya que son títulos de imputación diferentes: uno es el que corresponde a la *mala praxis* y otro, a un defecto en el consentimiento informado (STSJ de Cataluña de 10 julio de 2019), siendo este, por regla general, cuantitativamente menor (STS de 30 de junio de 2009).

Cuestión diferente es que se produzca la posible y dual concurrencia de omisión de consentimiento informado y, a su vez, la infracción de la *lex artis* en el desarrollo del acto médico. En tal caso las consecuencias derivadas para el centro hospitalario por la falta de información al paciente no son coincidentes con las que resultan de una infracción de la *lex artis* ni, por tanto, con el daño corporal que se origina por la intervención médica contraria a ella (STS de 21 de diciembre de 2006). Por ello son compatibles y cabe su simultáneo planteamiento en la misma reclamación, pudiendo, en su caso, apreciarse ambas como hizo la STS de 26 de marzo de 2012, que condenó a la administración sanitaria al pago de una indemnización, diferenciando un daño moral por ausencia de consentimiento informado (60.000 euros) y el quebranto de la *lex artis* en la prestación sanitaria realizada (1.000.000 de euros). Insisto en esta consideración. El momento procesal es justamente ese, el que permite la reclamación simultánea por ambos títulos de imputación.

En efecto, tal es la diferencia entre infracción del deber de información y las consecuencias lesivas de la infracción de la *lex artis* cometidas en el acto médico, que la STS de 30 de septiembre de 2020 rechazó, por considerarla como cuestión nueva, la incorporación en vía contenciosa de la alegación de falta de información que no había sido invocada en vía administrativa. En el proceso en causa la reclamación había tenido por objeto la valoración de la corrección de la intervención quirúrgica realizada y el argumento de falta de consentimiento informado no había sido ni siquiera mencionado en la fase previa al contencioso-administrativo. En consecuencia, la alegación de falta de información no es admisible en vía contenciosa al constituir desviación procesal, pues la misma no tiene naturaleza jurídica sino que constituye el planteamiento de «una cuestión nueva ante la jurisdicción revisora, un hecho [omisión de un documento] no alegado en la vía previa, y que en absoluto (...) puede considerarse como un motivo, y menos aún relacionado y determinante de

²⁸ Con cita de las SSTs de 27 de diciembre y 30 de septiembre de 2011 y de 9 de octubre de 2012.



la vulneración de la *lex artis* denunciada/reclamada en la vía administrativa». El mismo efecto se produce si pretende incorporarse la infracción de la *lex artis* por primera vez en el proceso sin que haya sido objeto de debate ni de prueba con anterioridad (SAP de 29 de octubre de 2014). En consecuencia, los títulos de imputación son distintos, por lo que el examen de la causa ha de contraerse únicamente en el invocado —uno de ellos o los dos, si lo fueron a la vez—.

En síntesis, la obligación de información es independiente de la obligación de desplegar una adecuada técnica en la intervención diagnóstica o terapéutica que se realice, puesto que su punto de partida es diverso y la vulneración de una y otra genera distintas consecuencias²⁹. Como afirma la STS de 4 de febrero de 2021, la falta de consentimiento informado «*tiene autonomía propia*, en cuanto incide sobre el derecho del paciente a decidir, libremente y con la información adecuada, sobre su sometimiento a la actuación sanitaria, (...) lo que puede traducirse en una lesión de carácter moral, *al margen y con independencia del daño que pueda resultar de la infracción de la lex artis en la realización del acto médico*».

Esta diferenciación entre una y otra causa supone, junto al señalado efecto, que el consentimiento informado no tenga capacidad liberatoria de responsabilidad por los riesgos derivados de una actuación inadecuada —que discurre por cauce diferente— pero sí de los demás inherentes a ella y que resulten inevitables en una correcta prestación y que un correcto cumplimiento de la *lex artis* puede que no consiga evitar.

En consecuencia, el daño indemnizable por la *mala praxis* cometida por la omisión del deber de información discurre en paralelo con la infracción de la *lex artis* que correspondería al daño causado por la intervención médica, en tanto que el bien jurídico protegido en una y otra y el tipo de relación causal son enteramente divergentes, como inmediatamente va a analizarse. De ahí que *deba evitarse entremezclar conceptos indemnizatorios* que generan confusión en la reclamación patrimonial, pues el argumento del incumplimiento de la *lex artis* por no haber alcanzado el grado

²⁹ Así lo expresa la STS de 2 de noviembre de 2011: el daño moral que es susceptible de causar la falta de consentimiento informado y su 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. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria». También la STS de 8 de septiembre de 2003 afirmó a este respecto: «resta fijar las consecuencias jurídicas de tal carencia [la existencia del consentimiento]. (...) Su transcendencia, no obstante, ha de desvincularse del cumplimiento adecuado del oficio técnico de cirujano, pues consta acreditado que las tareas operatorias se desarrollaron conforme a la *lex artis*. En suma, lo que debe valorarse en cuanto proceder antijurídico es la privación del derecho del paciente a obtener la información esclarecedora, previa al consentimiento y derivados (derecho a nuevas consultas, derecho a elegir, derecho a demorarse en la práctica de la intervención, etc.)».



de satisfacción pretendido con el acto médico debe distinguirse del argumento de la omisión del consentimiento informado. Ambos, insisto, aunque puedan y deban simultanearse en la misma reclamación patrimonial —pudo haber faltado consentimiento informado y además haber incumplido la *lex artis*—, tienen tratamientos distintos y por eso conviene reclamarlos de forma diferenciada. Así, en el caso del acto médico realizado con infracción de la *lex artis* el punto de referencia son los protocolos y los criterios de los expertos para determinar su grado de cumplimiento por parte del facultativo y la relación de causalidad entre su actuación y el resultado dañoso, y no el caudal de información suministrada, que resulta enteramente indiferente a estos efectos.

En el caso de la omisión del consentimiento informado, por definición, no cabe la previsión de daños provenientes de tales incumplimientos de la *lex artis*. La razón es obvia: estos no son «consentibles» (piénsese en la inadecuación de medios, en el retraso o dejadez en la asistencia sanitaria, incumplimiento de los protocolos, en la falta de asepsia, la utilización de un instrumental inadecuado³⁰, la insuficiencia o la falta de coordinación objetiva del servicio³¹ o el hecho de olvidar retirar material quirúrgico del interior del paciente³², entre otros). Obviamente la incorrección de tales actuaciones médicas justifica por sí misma su indemnizabilidad y el concepto por el que se resarce en estos casos es por el daño físico (o psíquico) puesto que la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualquier riesgo derivado de una prestación asistencial inadecuada ni dicho consentimiento tiene efectos liberadores para el centro hospitalario en estos casos. Por esta razón, si se materializa un daño proveniente de este tipo de actuaciones se ha de indemnizar por el daño físico y, en su caso, por el daño moral, previa prueba de su existencia y evaluación³³.

Dicho de forma resumida, el daño resarcible con cargo a la falta de información y de consentimiento posterior a ella ha de constituir, pues, una

³⁰ STSJ de Galicia de 24 de marzo de 2004.

³¹ STSJ de Valencia de 27 de noviembre de 2001.

³² STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 17 de mayo de 2007.

³³ Como bien dejó afirmado el dictamen del Consejo Consultivo de la Rioja 12/2004, 24 de febrero, «es obvio que el paciente consiente una actuación médica realizada sin error alguno, ni imprudente ni no prudente. Si posteriormente, esta actuación médica resulta errónea (de forma imprudente o no imprudente (...)) y causa un daño, no podrá decirse que el funcionamiento del servicio público ha sido consentido, ya que habrá rebasado el consentimiento prestado por el paciente, y habrá que valorarlo negativamente a efectos de responsabilidad (...). Por eso, con este consentimiento, el paciente solo está aceptando (y renunciando a que le sean indemnizados) los daños inevitables según el estado técnico-científico. Distinto es el caso del paciente que presta un consentimiento más amplio y asume el error médico, en supuestos en los que, pese a las reticencias y advertencias médicas, solicita un tratamiento particularmente agresivo o una intervención quirúrgica especialmente peligrosa. Pero este no es el supuesto planteado en la presente reclamación».



incidencia de la intervención no atribuible a la negligente actuación del facultativo ni al deficiente funcionamiento del servicio pues en tal caso, aunque lógicamente la responsabilidad sea exigible, su fundamento ya no estaría en la omisión o déficit de información debida y no prestada, sino en el defectuoso funcionamiento del servicio sanitario.

De ahí que la relación causal también resulte distinguible de la que es exigible en los casos de infracción de la *lex artis*. En caso de falta de consentimiento informado no cabe plantear si concurre o no una «relación de causalidad» en sentido técnico de causalidad material³⁴ entre una desinformación y el resultado dañoso producido, sino si la información recibida fue la debida para prestar el consentimiento o conformidad a la intervención³⁵.

En efecto, la ausencia de información o de consentimiento carecen siempre de relevancia causal respecto de las secuelas físicas o psíquicas producidas a consecuencia de actuaciones médicas. La causa de los daños relacionados con las secuelas podrá encontrarse o no en una actuación sanitaria incorrecta desde el punto de vista técnico, pero tales daños nunca vienen provocados por fallos de aquel tipo, que lesionan un bien jurídico distinto al físico³⁶.

³⁴ Como afirma la STS de 2 de julio de 2002, «no se plantea un problema de si se da o no una *relación de causalidad* (expresión que hay que entender en un sentido figurado y no en los técnicos de causalidad material, o de causalidad jurídica) entre una desinformación negligente y el resultado dañoso producido, sino si la información recibida fue la debida para prestar el consentimiento o conformidad a la intervención, sin que quepa duda de que el riesgo de complicación tiene entidad suficiente para considerar seriamente la decisión de no someterse a la operación».

³⁵ La STS de 16 de enero de 2012 lo explica en los siguientes términos: «Es cierto que existió una intervención quirúrgica y que en términos de causalidad física esta es la causa del daño sufrido, porque las secuelas se generaron como consecuencia de la misma y sin esta no se hubiera producido. Ahora bien, el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, puesto que los hechos probados de la sentencia descartan una negligencia en este aspecto, como tampoco [es el que resulta] de una intervención en la que pueda valorarse como relevante la privación al paciente de tomar las decisiones más convenientes a su interés. El daño que fundamenta la responsabilidad no es por tanto, atendidas las circunstancias de este caso, un daño moral resarcible con independencia del daño corporal por lesión del derecho de autodeterminación, sino el que resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado, y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente».

³⁶ Así sucede en la SAN de 17 de abril de 2002, que reconoce que la circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación «no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido, puesto que (...) la operación se desarrolló adecuadamente, era prácticamente necesaria y, atendidas las circunstancias, la decisión tomada en el caso por el equipo médico de no aplazar la operación fue la esperable también de cualquier persona situada en la tesitura de arriesgarse a un porcentaje tan mínimo de riesgo como el de autos frente a un seguro futuro tan problemático respecto de la salud y en el momento en que ya empezaban los síntomas al respecto como era el de la hipertensión. Los daños corporales derivados de la operación no están, pues, ligados al funcionamiento anormal del servicio público sanitario y no son indemnizables». Ahora bien, se había producido omisión del consentimiento infor-



La influencia causal que la falta de información tiene en cuanto a la producción del resultado debe determinarse desde otro prisma, ya que si el paciente hubiese conocido los riesgos a tiempo hubiera podido eludirlos, evitando o rehusando el tratamiento o sometiéndose a otro alternativo puesto que el riesgo o complicación del que no se informa, si tiene entidad suficiente, hubiera bastado para que el paciente se planteara someterse o no finalmente a la intervención. Por ello, si no se informa debidamente del mismo y el daño se produce, se afirma que existe relación de causalidad entre la falta de información y el daño producido, pues en este caso debe presumirse que, de haber sido informado el paciente sobre la entidad de dicho riesgo no hubiera consentido someterse a la intervención (SSTS 26 de septiembre de 2000, 2 de julio de 2002, 21 de octubre de 2005 y 4 de marzo de 2011, entre otras). Y, siguiendo este razonamiento, si la intervención no tiene lugar, el daño, real y cierto, no se hubiera producido³⁷.

3. ¿La falta de información es un supuesto específico de «pérdida de oportunidad»?

Como se analizará más adelante, la pérdida de oportunidad consiste en la desaparición de la *probabilidad* de que ocurra un hecho favorable a consecuencia de la acción u omisión antijurídica de un tercero, por cuya virtud incurre en responsabilidad pues, con su conducta, privó a otro de sus legítimas expectativas de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio.

mado con relación al riesgo que finalmente se materializó. Por ello, razona la sentencia, no cabe duda, de que, al omitir el consentimiento informado «se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud.

Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que esta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención».

³⁷ La STS de 29 de junio de 2007 distingue entre supuestos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiera variado, lo que determina que no tenga derecho a la indemnización, lo que no obsta para que en algunas circunstancias pueda reconocerse la existencia de un daño moral.



Bajo esta concepción no han faltado resoluciones jurisprudenciales³⁸ y dictámenes de consejos consultivos que han encontrado respaldo en esta doctrina para amparar bajo su cobertura los supuestos de omisión del consentimiento informado si cabe sostener que, de haber conocido los riesgos, el paciente hubiera decidido no someterse a la intervención o al tratamiento médico. La cuestión trasciende el mero prurito doctrinal y no carece de relevancia jurídica, pues si esto es así, al daño moral por vulneración del derecho de autonomía del paciente habría que sumar la indemnización por el daño corporal causado en función del porcentaje de incertidumbre causal. Entiendo que esta opción no es la correcta, no solo en los casos en que la técnica o el tratamiento empleado eran igualmente adecuados y aconsejados por los protocolos científicos, sino incluso en los casos en que no lo haya sido.

Como acertadamente afirma García Garnica³⁹, la doctrina de la pérdida de oportunidad debe proyectarse sobre hechos, no sobre voluntades. Lo relevante para la doctrina de la pérdida de oportunidad es el hecho consistente en una *mala praxis* actuada *por un tercero* que ha generado esa *situación hipotética*, por lo que carece de trascendencia la mera posibilidad, valorada ya una vez producido el resultado negativo, de que la víctima hubiera adoptado una decisión distinta de haber conocido *ex ante* los riesgos del acto sanitario al que se sometió. Las probabilidades de las que trata la doctrina de la pérdida de oportunidad han de ser *siempre externas y ajenas a la víctima* porque solo así podremos hablar de que existe algo aleatorio que depende del azar. Por definición, las alternativas que a la propia víctima se presentan y que dependen de su sola decisión es algo que se encuentra bajo su control⁴⁰, ya que la facultad de decidir someterse o no a una intervención quirúrgica u otra medida terapéutica depende de la sola voluntad del paciente que luego

³⁸ Así parece hacerlo la STS de 16 de enero de 2012, que, corrigiendo el criterio de la sentencia dictada en primera instancia que otorgaba la indemnización por el daño final producido, redujo la indemnización en un 50%, al considerar que el daño «es el que resulta de haber omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado; que la negligencia médica ha comportado una pérdida de oportunidad para el paciente que debe valorarse en razón de la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación».

³⁹ García Garnica, M. C. (2022). La doctrina sobre la pérdida de oportunidades en el ámbito sanitario: ¿Una oportunidad perdida? En M. Herrador Guardia (Dir.), *Responsabilidad médico-sanitaria* (pág. 488). Sepín.

⁴⁰ Ribot Igualada, J. (2007). La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado. *Revista de Derecho Privado*, (91), pág. 40.



viene a ser el mismo sujeto con facultad para ejercer la reclamación como perjudicado. Por tanto, en puridad, no es un evento aleatorio.

Por tanto, en estos casos la utilización de la expresión «pérdida de oportunidad» resulta impropia, esto es, como equivalente a la pérdida de la *oportunidad del derecho a decidir*, es decir, que se ha privado al paciente del derecho a hacerlo. Pero jurídicamente lo que se produce en estos casos de forma incontrovertible es que, como consecuencia de una *mala praxis* por un incumplimiento del deber de informar de los riesgos o haberlo hecho de forma insuficiente, se ha vulnerado el derecho a tomar una decisión informada, pero no una pérdida de oportunidad de obtener un beneficio concreto conforme a los parámetros que determina la doctrina de la pérdida de oportunidad. En consecuencia, el concepto indemnizable en los casos de omisión del consentimiento informado —y también en las acciones *wrongful birth* o *wrongful life*, que constituyen un supuesto específico y peculiar de falta de información, como veremos— es la lesión a la autodeterminación, a la autonomía decisoria del paciente, de decidir entre las distintas opciones disponibles, que es el concepto que se erige en objeto de resarcimiento, sin valorar la posibilidad, en términos de causalidad probabilística (consustancial a la pérdida de oportunidad), de que el paciente decidiera o no someterse a la intervención y de las probabilidades de una evolución favorable a aquellas opciones⁴¹.

4. Supuestos en los que la falta de información (y/o consentimiento) constituye un daño autónomo por generar *per se* una lesión al derecho a la autonomía del paciente

Sostiene con razón Pasquau Liaño⁴² que, aunque toda infracción del deber de información al paciente supone una vulneración de su derecho a la autodeterminación, esto no quiere decir que automáticamente se cause un daño moral indemnizable. El daño moral supone que algo hace sufrir a quien lo padece, pero ello no le convierte en una *lesión abstracta de un derecho de la personalidad*. Dicho de otro modo, «el daño moral es una modalidad de daño, y no la consecuencia conceptualmente necesaria

⁴¹ En este sentido y a mayor abundamiento, Gallardo Castillo, M. J. (2023). Las claves para entender y aplicar correctamente..., *op. cit.*, (págs. 60-61), y Martín Casal, M. y Solé Feliu, J. (2002). Comentario a la STS de 7 de junio de 2002. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, (60), págs. 1114-1115. En igual sentido, por Luna Yerga, A. (2005). Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. *InDret, Revista para Análisis del Derecho* 2/2005. <<http://www.indret.com>>.

⁴² Pasquau Liaño, M. (2012). Infracción, daño moral y atribución de riesgos. A propósito de la evolución jurisprudencial sobre la RC por falta de información al paciente. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, (43), pág. 17.



de una infracción», so pena de instaurar un sistema de responsabilidad punitivo (*punitive damages*), que subvierta la finalidad resarcitoria y no sancionadora de la responsabilidad patrimonial.

Así pues, aunque la emblemática STC 37/2011, de 28 de marzo consideró que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física y que esta no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad, no cualquier falta de información ni siempre la falta del documento de consentimiento informado ocasionan un daño moral.

Lo verdaderamente relevante para determinar si la falta de la adecuada información genera por sí misma un daño moral es que se haya lesionado la integridad moral del paciente, esto es, si realmente se ha impedido ejercer su facultad para decidir sobre su salud o sus opciones vitales, aunque estas no sean las más aconsejables desde el punto de vista terapéutico. Como afirma STS de 8 de septiembre de 2023, lo que se valora es la pérdida del derecho a elegir. *A contrario sensu*, no puede concluirse que se haya quebrantado su derecho a la integridad moral si la falta de información no afecta de manera significativa a la autonomía y autodeterminación del paciente —esto es, a la posibilidad de ejercitar su derecho a rechazar el tratamiento, de adoptar decisiones de prevención en el orden humano para afrontar la nueva situación derivada de las secuelas necesarias de la intervención, o de optar por un tratamiento alternativo, tales como efectuar nuevas consultas, optar por facultativos distintos, retrasar la intervención o someterse a ella en circunstancias distintas de las inicialmente previstas—, en definitiva, si no se le ha permitido participar en la toma de decisiones que afectan a su salud.

Así pues, aunque todo daño moral, aun el causado por falta de información, es resarcible económicamente, *sin lesión al derecho a la integridad no hay daño moral*, y *sin daño moral no hay base para una compensación económica*. Por eso puede afirmarse con Bastida Freijedo⁴³, «cuando el legislador y los tribunales concretan y matizan cuáles son los estándares de información exigibles al personal médico que lo atiende están, consciente o inconscientemente, delimitando qué se entiende por autonomía del paciente y, por tanto, concretando un ámbito de su derecho fundamental a la integridad física. La quiebra de estos estándares significa una lesión de este derecho fundamental y, en consecuencia, de un daño moral».

Ahora bien, hay dos situaciones que merecen destacarse y que por cuya especial gravedad la sola omisión de la información debida al pa-

⁴³ Bastida Freijedo, F. J. (2011). El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales. *Revista Española de la Función Consultiva*, (16), págs. 195-197.



ciente provoca un daño moral autónomo sin necesidad de mayores averiguaciones:

Una, en la acción *wrongfull birth*, en la que, independientemente de si cabe o no cabe realizar una interrupción voluntaria del embarazo e independientemente de si cabía o no algún tratamiento de índole asistencial o terapéutico para tratar de corregir esa anomalía, el solo hecho de haber infringido el deber de poner en conocimiento de la madre el estado del feto, supone un daño moral grave porque se ha vulnerado esa dignidad y autonomía de la persona que tiene derecho a ser informado de las circunstancias en las que se va a desarrollar su maternidad. La complejidad y relevancia de esta cuestión merece un estudio más pormenorizado que se hará más adelante.

Otra, en las situaciones en que se ha practicado una intervención quirúrgica no consentida por el paciente, y ello al margen de su conveniencia y de su corrección desde el punto de vista de su adecuación a la *lex artis*. Fue lo que aconteció en el proceso que dio lugar a la STS de 13 de mayo de 2011. En el propio quirófano el cirujano, al momento de proceder a la intervención quirúrgica, detectó y decidió intervenir una patología distinta de la diagnosticada inicialmente y respecto de la que la paciente había prestado su consentimiento. Al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención y de su resultado, la sentencia estima que se produjo un daño moral en la paciente que hace surgir el crédito resarcitorio a su favor al no haber sido informada de dicha patología ni haber consentido su intervención, lo que lesionó su derecho de autonomía por haber sido privada de conocer los riesgos y beneficios para su salud. El Tribunal Supremo entiende que en este caso no se le produjo un daño corporal, pues si bien con la cirugía no mejoró de sus dolencias, tampoco se le hizo derivar ninguna consecuencia negativa respecto de las lesiones que presentaba. Según esta sentencia, con entera independencia de estas circunstancias, la falta de consentimiento informado constituye un claro ataque a la autonomía y libertad del paciente, y supone una afectación grave y clamorosa a la integridad física del paciente, aunque la operación se hubiera efectuado conforme a la *lex artis* y no haya generado daños y perjuicios por su ejecución. Nada de ello es obstáculo para considerar que se ha producido un daño moral que, en consecuencia, debe ser indemnizado de forma autónoma por la lesión que produce al bien jurídico protegido, el derecho a la autonomía del paciente, cuya vulneración es la causa suficientemente justificativa de la responsabilidad existan o no daños producidos por la actuación médica no consentida⁴⁴.

⁴⁴ Un caso similar fue objeto del dictamen 112/2024 del Consejo Consultivo de Andalucía, que reconoció 6.000 euros de indemnización por daño moral —y pese a no haberse producido daño corpo-



5. Supuestos en los que la falta de información (y/o consentimiento) no da derecho a indemnización por daño autónomo

Como ya se ha afirmado, la falta de información no es *per se* una causa de resarcimiento pecuniario sino que se requiere un daño derivado. Esto es, en el supuesto de que la intervención haya sido plenamente satisfactoria para el paciente y en la que ningún daño físico se ha producido, difícilmente la falta de consentimiento informado origina derecho a la indemnización, salvo, claro está, en los supuestos analizados anteriormente.

Ahora bien, la primera advertencia que debe hacerse es que no toda materialización de un riesgo inherente a la propia intervención o acto médico queda cubierto por el consentimiento informado. Como se ha dejado expresado *supra*, no lo están los que sean consecuencia de una vulneración de la *lex artis* pues, como se ha dejado dicho, la obligación de información es independiente y distinta de la obligación de desplegar una adecuada técnica en la actuación médica realizada. Pero dentro de esta obligación de informar, la segunda advertencia que se impone es que esta no tiene carácter absoluto, pues la información que debe ofrecerse solo viene referida a los riesgos y complicaciones típicos y que aparezcan directamente vinculados, asociados e inherentes con la actuación médica de que se trate (también denominados *riesgos patognomónicos*), y que se presentan como posibles, y mucho más si es conocida la frecuencia de su producción.

Debe advertirse del error común en que se incurre al considerar que solo de los riesgos frecuentes debe informarse al paciente. Los riesgos infrecuentes deben ser tan objeto de información como los que no lo son, sobre todo si son especialmente graves, así como aquellos de los que

ral alguno— a una paciente que había consentido que, aprovechando la cesárea programada, se le practicara una ligadura de trompas. No fue esta la técnica, sin embargo, empleada por los facultativos quienes, en el curso de la intervención, decidieron practicarle otro método anticonceptivo distinto del que había sido consentido por la paciente, una fimbriectomía bilateral, la cual, aunque de efectos y finalidad idéntica a la ligadura de trompas, no estaba cubierta por el consentimiento prestado. El dictamen entiende que el servicio médico se extralimitó de los términos del consentimiento prestado, no pudiendo actuar como causa suficientemente justificativa y exoneradora de responsabilidad el hecho de que el objetivo de los facultativos al optar por dicha técnica fuera el «de disminuir el riesgo de cáncer de ovario». En parecido sentido, el dictamen 371/2014 del mismo órgano consultivo, en el que se afirma que el hecho de que el documento de consentimiento informado previera que «si se presentara cualquier situación inesperada durante la intervención, autorizo al facultativo a adoptar las medidas adecuadas, maniobras o procedimientos distintas de las mencionadas que a su juicio y buen proceder deontológico estime oportunas, informando siempre con posterioridad de alguna de estas circunstancias» no justifica que se prescindiera de volver a recabarlos para la extracción de la totalidad de las piezas dentales, aunque esta decisión estuviera justificada en términos médicos, pues dicho consentimiento hay que relacionarlo con la información previa. El dictamen, con cita de la STS de 27 de diciembre de 2011 reconoce que la falta de consentimiento informado genera un daño autónomo que debe ser indemnizado con 5.000 euros.



existe una probabilidad especial de que se materialicen en un paciente concreto habida cuenta de sus especiales circunstancias o de sus factores específicos⁴⁵, salvo que sean desconocidos al momento de suministrarse la información (STS de 20 de noviembre de 2012), y tanto más si existen escasas posibilidades de obtener el resultado pretendido con la intervención. Cabe afirmar que el caudal de información debe intensificarse cuando la materialización del riesgo más que previsible, resulta inevitable.

No existe, sin embargo, uniformidad en la jurisprudencia con relación al deber de información de los riesgos imprevisibles si son singular y porcentualmente infrecuentes. A título de simple referencia, en la jurisprudencia civil cabe citar la SAP de Madrid de 29 de noviembre de 2004 que considera que el deber de información no abarca este tipo de riesgos, mientras que la SAP de Alicante de 23 de octubre de 2014, con cita de la STS de 16 de enero de 2012, afirma que la incidencia estadística menor y la excepcionalidad del riesgo no son obstáculos para sostener que ha de informarse de ellos, sobre todo si son graves y más aún si son irreversibles, siempre que estén asociados a la terapia⁴⁶.

Por último, en el supuesto en que la actuación médica haya sido conforme con la *lex artis* pero se origina un resultado dañoso por un riesgo atípico o fuerza mayor, no procede indemnización, puesto que dicha imprevisibilidad supone la ruptura del nexo causal entre la prestación del

⁴⁵ Esta regla no queda excluida en el caso de posibilidad de contraer una infección nosocomial. Así lo afirmó la STS de 4 de febrero de 2021 al considerar que la infección por *staphylococo aureus* es un riesgo en cualquier intervención quirúrgica invasiva, y en las cirugías ortopédicas dado que frecuentemente involucran la colocación de un cuerpo extraño (implante) en el paciente: «Tal exigencia de información no puede excluirse, como se mantiene en la sentencia de instancia y pretenden las partes recurridas, considerando que la infección hospitalaria no es un riesgo en sí mismo considerado de una intervención quirúrgica sino un riesgo que está asociado a la propia estancia hospitalaria, pues esa estancia hospitalaria responde a la concreta asistencia sanitaria que se solicita por el paciente y se presta por la Administración sanitaria, que responde de las consecuencias lesivas que el interesado no tenga el deber de soportar. Por otra parte, y teniendo en cuenta el alcance del riesgo de infección nosocomial y consecuencias en la prestación sanitaria que acabamos indicar, ha de considerarse que responde a la adecuada información y su constancia en el consentimiento prestado por el paciente, en un ejercicio razonable de su derecho y del deber de la Administración al respecto, lejos de exigencias de información innecesarias o irrelevantes que no quedan amparadas en tal derecho». Tampoco queda excluida cuando circunstancias afectantes al paciente son las que determinan la mayor probabilidad de que se produzca el riesgo no informado, por ejemplo, el tabaquismo, que en la SAP de Granada de 12 de julio de 2013 se reconoce que tuvo una importante influencia en la cicatrización y secuelas, de lo que el cirujano debió haber informado a la paciente con anterioridad a la intervención.

⁴⁶ La SAP de Alicante de 23 de octubre de 2014 enjuiciaba un asunto en que el facultativo previamente a la aplicación del tratamiento con terapia fotodinámica de la coroidopatía no había informado a la paciente del riesgo (infrecuente, concretamente un 5% de los casos) de pérdida de la visión del ojo. Finalmente, el riesgo se produjo. La sentencia reconoce que «se trata de un proceso lesivo irreversible, muy grave» y que está directamente asociado a la terapia. Entiende el Tribunal, que a la paciente debería habersele dado información detallada y comprensible de este y de cualquiera otro riesgo que estuviera implicado en un proceso desencadenante de un riesgo de pérdida irreversible de visión del ojo a tratar, pues cualquiera de ellos sería siempre relevante para la salud».



servicio y el resultado dañoso. La razón es obvia: solo es exigible que el consentimiento y la información que la precede se ajusten a estándares de razonabilidad, quedando fuera de esta exigencia la información y previsión de riesgos que no son conocidos o que abarque hipótesis que se alejan del acto médico dentro de unos parámetros normales.

III. El daño en las acciones *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*

1. Las acciones *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*. La búsqueda de la *dispraxis* que genera responsabilidad

Si hay un supuesto genuino en donde es especialmente difícil identificar el daño y delimitar su extensión ese es lo que la doctrina anglosajona denomina como las *Wrongful Actions*, entre las que cabe distinguir la *wrongful conception* o *pregnancy* (embarazo injusto/equivocado), la *wrongful birth* (nacimiento injusto/equivocado) y la *wrongful life* (vida injusta/equivocada). Aunque con diferentes matices que después se irán analizando, todas ellas comparten un mismo denominador común: se reclama el daño (o daños) que se deriva(n) *del nacimiento de una persona*. La diferencia estriba en que en la acción *wrongful conception* el motivo es el embarazo que ha acontecido al haber fallado el sistema anticonceptivo implantado o el aborto que se pretendía interrumpir. Esto es, el daño que da lugar a la reclamación es el irrogado de la concepción y nacimiento no deseados de un hijo sano, al fallar las medidas anticonceptivas adoptadas (v. gr., vasectomías y ligaduras de trompas fallidas o colocación de dispositivos intrauterinos defectuosos o ineficaces). En la acción *wrongful birth* lo es el hecho de haber alumbrado un ser humano con enfermedades o con malformaciones congénitas que no fueron conocidas ni esperadas al no haber sido la madre informada de ellas; y en la acción *wrongful life* es el propio nacido con malformaciones quien reclama por el hecho mismo de vivir en tales condiciones, habiendo podido evitarse de haber recibido la madre aquella información sobre su estado.

Dicho de otro modo, en la acción *wrongful conception* se pretende el resarcimiento de los daños causados a partir de la concepción no deseada y se fundamenta en que esta se ha producido por un error en las medidas, intervenciones o tratamientos de carácter anticonceptivo que han hecho que estas devengan infructuosas, porque: a) fueron practicadas con infracción de la *lex artis*; b) fueron practicadas correctamente, pero con omisión de la información respecto al riesgo de fracaso o a las medidas que debe tomar el paciente después de la intervención; o c) fue implantado un mecanismo anticonceptivo ineficaz.



Cuando el facultativo ha incurrido en infracción de la *lex artis* en alguna de las fases o hay un fallo en el mecanismo anticonceptivo o en su colocación no se plantean especiales problemas en la determinación de la *dispraxis*, pues no es más que un supuesto típico de responsabilidad sanitaria que se resuelve a través del análisis del grado de cumplimiento de los protocolos y del examen de las reglas de la causalidad entre la acción u omisión y el resultado lesivo. Más complejidad entrañan los casos en que la concepción no deseada se imputa a una infracción del deber de información relativo a los riesgos de fracaso, a las medidas postoperatorias que debe tomar el paciente o a la necesidad de someterse a ciertas pruebas para confirmar la esterilidad, pues para resolverlos se ha de acudir al análisis y contraste del caudal de información exigible en cada caso y el efectivamente producido.

Las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* suponen reclamaciones planteadas frente al nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades que eran detectables durante el embarazo pero de las que los progenitores no fueron informados y que, si se hubieran conocido a tiempo habrían permitido tomar la decisión de interrumpirlo o proseguirlo. Ahora bien, la distinción entre la acción *wrongful birth* y *wrongful life* es tan relevante que determina que la primera sea admitida en nuestro ordenamiento y la segunda, no. La acción *wrongful birth* es la formulada por los padres del niño, mientras que en la segunda el reclamante es el hijo —normalmente representado por los padres⁴⁷ debido a su incapacidad— quien fundamenta su reclamación en que «de no haber sido por» (*but-for test*) el consejo médico inadecuado o desacertado, no habría nacido y no habría experimentado el sufrimiento que le genera su patología⁴⁸. Mas el derecho a la vida que protege el art. 15 CE no contempla ningún conflicto entre el derecho a la vida del feto y un supuesto derecho a no nacer con graves malformaciones. Por esta razón no resulta viable una eventual demanda interpuesta por el hijo nacido con anomalías contra su madre que no interrumpió el embarazo, pese a haber podido hacerlo. Luego se volverá sobre esta cuestión.

En la acción *wrongful birth* los progenitores alegan que, al no haberse detectado o no habérseles informado sobre la posibilidad de que la madre conciba y dé a luz a una criatura con enfermedades congénitas, se les ha privado de la posibilidad de adoptar una decisión «informada» al respecto⁴⁹. Por esta razón la jurisprudencia viene tratando esta acción como

⁴⁷ Así, por ejemplo, en las SSTs de 7 de junio de 2002 y de 18 de diciembre de 2023.

⁴⁸ Pacheco Jiménez, M. N. (2011). Acciones *wrongful birth* y *wrongful life*: una controvertida vía de responsabilidad civil médica, *Seminario Permanente de Ciencias Sociales Documentos de trabajo 2011/2*. Universidad Castilla-La Mancha. <<https://biblioteca.uclm.es/-/media/Files/C01-Centros/cu-cs-sociales/documentos2011/2-2011.ashx?la=es>>.

⁴⁹ Y siendo este uno de los derechos más importantes del paciente, en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la obligación que tienen los profesionales de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas sobre la evo-



una derivación del derecho a la información, si bien debe advertirse que, aun con elementos comunes, no estamos en presencia, como pudiera pensarse —y aquí radica un error frecuente en estas reclamaciones—, de un incumplimiento del consentimiento informado previsto en el art. 8 de la Ley 41/2002 (como ocurre cuando se realizan pruebas de diagnóstico o quirúrgicas, como la amniocentesis o la cesárea, que conllevan riesgos para la salud), sino ante una infracción del deber genérico de información que constituye el correlato del derecho de información sanitaria del paciente (art. 4 en relación con el art. 2 de la Ley 41/2002) y que en este caso se proyecta sobre la eventualidad de la concepción o nacimiento de su hijo con enfermedad congénita.

La diferencia radica esencialmente en que en este caso la información debida no busca obtener el consentimiento del paciente, sino que cumple la función de dar conocimiento de una situación⁵⁰. Y siendo así, el incumplimiento de este deber supone una *mala praxis* que ha acabado derivando en la privación de la opción de tomar una decisión libre y ponderada sobre la conveniencia de la interrupción o no del embarazo en curso⁵¹.

A efectos causales resulta así inescindible la privación por parte de la administración del derecho a la información y del derecho de la paciente a elegir entre las opciones legales posibles, por lo que el incumplimiento del deber de información —que indudablemente lo ha habido por las razones que luego se analizarán— se inserta como necesario y determinante de la serie causal que concluye en la producción del daño cuando se termina materializando con el nacimiento del hijo con la patología de la que la madre no fue advertida y respecto de la que tenía derecho a evitar. En contra de la existencia de dicha serie causal entiendo que no debe considerarse que su puesta en marcha dependía de la voluntad de la víctima (y que por ello deba demostrar o, al menos declarar, que estaba dis-

lución del embarazo, que es lo que a la postre va a permitirle tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses, tanto de presente como de futuro. Esta circunstancia, como afirma la STS de 21 de diciembre de 2005, no es irrelevante desde el punto de vista de la autonomía del individuo, puesto que se le priva de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas actuaciones que pudiera considerar adecuadas, entre otras la de someterse a las pruebas a partir de las cuales se habría obtenido el índice que protocolariamente habría exigido la exploración posterior (amniocentesis o biopsia corial), y que otorgan un diagnóstico más cierto y seguro sobre la existencia de las patologías que afectan al feto.

⁵⁰ Romero Coloma, A. M. (2009). Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica. *Diario La Ley*, (7231), Sección Doctrina, 1 de septiembre de 2009, Ref. Derecho-269, La Ley 13466/2009, pág. 8.

⁵¹ Martín Casals y Solé Feliu afirman que la información terapéutica no pretende obtener el consentimiento del paciente, sino que funciona como «cualquier otro supuesto de negligencia médica; una negligencia médica que, en este caso concreto, consiste en la omisión de la información que, de haberse proporcionado, habría podido evitar un embarazo no deseado». Martín Casals, M. y Solé Feliu, J. (2004). Comentario a la STS de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3916). *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, (64), 202.



puesta a abortar), pues quien ha impedido o dificultado gravísimamente la opción misma no puede prevalerse de las hipotéticas alternativas de una opción que resulten favorables a sus intereses⁵².

En consecuencia, en la acción *wrongful birth* un mal funcionamiento del servicio sanitario ha provocado un error «que ha conducido al nacimiento» del hijo de los padres demandantes; y en la acción *wrongful life* el mal funcionamiento del servicio público «ha conducido a la vida» del propio hijo enfermo demandante. Esto hace que, como afirma la SAP de Islas Baleares de 15 de febrero de 2013, el fundamento de la acción *wrongful life* sea más discutible en nuestro derecho, ya que cuando el legislador despenaliza el aborto eugenésico o embriopático bajo ciertas condiciones, no lo hace para dar a la madre la posibilidad de proteger los que, a su juicio, sean los intereses del futuro ser, sino exclusivamente sus propios intereses. El legislador resuelve el conflicto entre la vida del ser en vías de formación y la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la madre priorizando esta última al entender que el nacimiento de un hijo con anomalías es susceptible de comportar una carga que excede de lo que normalmente es exigible a la madre y a la familia (STC 53/1985, de 11 de abril).

Ahora bien, en ambos casos, a diferencia del resto de supuestos que dan lugar a la responsabilidad sanitaria, no siempre concurre un funcionamiento anormal de la actuación médica que genere un daño corporal por acción u omisión, por lo que conviene empezar diferenciando estos supuestos de aquellos otros en que por infracción de la *lex artis* en el curso de un parto se producen daños al recién nacido.

En las *wrongful actions* no puede hablarse de daño corporal ni desde la perspectiva de los padres ni del hijo con relación a las enfermedades y malformaciones del nacido, en tanto que no está al alcance de la ciencia médica y de los actuales conocimientos de genética la posibilidad de evitar determinadas enfermedades o malformaciones⁵³ o que un niño nazca afectado por ellas. Ello determina que en términos de causalidad no pueda admitirse que el centro sanitario o el personal sanitario sean los causantes de las malformaciones, que, insisto, están fuera del control médico y, por tanto, no puede hallarse en su acción u omisión la causa de la enfermedad del feto ni de la criatura nacida. El feto adolecía de la enfermedad al margen y con anterioridad a la actuación de los servicios sanitarios y, en todo caso, la criatura habría nacido con la malformación.

⁵² En este sentido, el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 104/1997.

⁵³ En este sentido, la STS de 7 junio de 2002 afirma que «aun detectadas a través de las pruebas pertinentes las malformaciones que presentaba el feto, el evitar que el nacido estuviera afectado por ellas, no está al alcance de la ciencia médica y de los conocimientos de genética actuales, por lo que la presencia del síndrome de Down en el hijo de los actores no es imputable al médico que atendió a la gestante».



Tampoco lo es en aquellas ocasiones en que concurren dificultades técnicas para detectar con cierta seguridad la malformación padecida por el feto dentro de las primeras 22 semanas de gestación, cuando se produce falta de expresividad de dicha malformación o, en definitiva, cuando razones⁵⁴ que escapan a la *normo praxis* con que los servicios sanitarios desplegaron sus medios han imposibilitado o dificultado notablemente el hallazgo o la visualización de la malformación a través de los controles ecográficos⁵⁵. Por tanto, solo en los casos en que este conocimiento fue posible⁵⁶ —y, en consecuencia, exigible⁵⁷— cabe plantearse que, aunque las malformaciones no resultan causadas por la infracción de la *lex artis* por parte de la administración sanitaria, pudo incurrir en una *mala praxis* que impidió a la gestante materializar y llevar a cabo la decisión personal de interrumpir o proseguir el embarazo⁵⁸.

Ciertamente, como reconocía la SAP de Cádiz de 17 septiembre 2002, en esta materia nos movemos en un delicado terreno, en el que lo moral, lo filosófico y lo jurídico confluyen de forma especialmente compleja, donde se entrecruzan dificultades conceptuales junto al propio drama humano que se produce en cuanto ponemos en contraste (en abstracto, no en presencia de un caso concreto) la idea de nacer —y verse sometido a una vida quebrantada y objetivamente poco atractiva— y la de no haber nacido. En igual sentido se expresaba la SAP de Girona de 6 mayo de 2013, que afirmaba que nos hallamos, en suma, ante un arduo y com-

⁵⁴ Que incluso puede ser el porcentaje de error que pueden presentar este tipo de pruebas. Así lo reconoció la SAP de Baleares de 6 de junio de 2001, que desestimó la responsabilidad del ginecólogo y analistas demandados, por no haber detectado que la niña que nacería de una mujer de 37 años de edad que se sometió a una amniocentesis, tendría síndrome de Down. Afirma la sentencia que dicha técnica no cuenta con una fiabilidad del 100% y que uno de los casos en que falla es cuando, como ocurrió en el caso enjuiciado, la madre presenta una placenta previa, por lo que se produce una confusión imprevisible e inevitable entre las células maternas y las del feto.

⁵⁵ Así ocurrió en el caso que dio lugar a la SAP de Barcelona de 17 de enero de 2017, que desestima la pretensión indemnizatoria porque la anomalía fetal producida por la malformación era casi indetectable al tiempo de la ecografía del feto.

⁵⁶ Cuando no lo es o se presentan especiales dificultades para detectar la malformación no procede reconocer responsabilidad patrimonial. Es lo que aconteció en la SAP de Barcelona de 9 de marzo de 2005, que exoneró de responsabilidad por el nacimiento de un niño con malformaciones congénitas evolutivas de detección precoz muy difícil, «si al no existir antecedentes patológicos que justificaran mayor precisión, el facultativo siguió el protocolo normal y exigible en aquel momento sin que se detecte *mala praxis* en cuanto a la frecuencia o calidad de las ecografías».

⁵⁷ Como ocurrió en los hechos que dieron lugar a la SAP de Madrid 28 de junio de 2019 en que resultó probado que la ecografía practicada en la vigésima semana no se efectuó con la exhaustividad y diligencia exigible y que una detección o diagnóstico tardío hubiera podido permitir una interrupción del embarazo con las limitaciones legalmente previstas.

⁵⁸ No procede responsabilidad cuando el facultativo informa a la paciente de la posibilidad de que se someta a una prueba de amniocentesis y esta la descarta, prefiriendo someterse a otras pruebas menos invasivas que no son capaces de detectar la enfermedad en cuestión. Es lo que ocurrió en la SAP de Vizcaya de 11 de julio de 2002.



plejo dilema, en el que, excediendo del ámbito estrictamente jurídico, convergen junto a la legalidad, la ética, lo deontológico y lo ontológico de un modo particularmente intrincado, y donde se entrelazan al propio drama humano las dificultades conceptuales al respecto y ello, en virtud de la disyuntiva moral vinculada al planteamiento de la opción entre, por un lado, el nacimiento sometido a una vida pesadosa y lamentable y, por otro, el no haber nacido.

No les falta razón a las mencionadas sentencias. El primer y principal problema en cuanto a la identificación del daño nos lo encontramos en que *un hijo no es un daño ni tampoco la propia vida lo es per se*⁵⁹, por lo que la jurisprudencia y la doctrina coinciden en que no hay nacimientos equivocados o lesivos en tanto que el derecho reconocido en el art. 15 CE implica que toda vida humana es digna de ser vivida⁶⁰.

Si el daño no es la vida —ni siquiera la vida enferma— ni tampoco el nacimiento de un hijo, la fundamentación de la pretensión indemnizatoria ha de buscarse en factores ajenos al desvalor de la concreta vida engendrada, que no tiene la consideración de tal. Esta importante consideración ha motivado que, como afirma Arcos Vieira⁶¹, progresivamente se haya ido depurando el criterio sobre el daño indemnizable, que en un primer momento consistía en la imposibilidad de abortar al haber transcurrido los plazos legales y que después evolucionó hacia la mera privación de hacerlo, lo que, a su vez motivó un cambio en la exigencia de prueba puesto que, en lógica coherencia, al propio tiempo se ha pasado de exigir demostrar que la gestante hubiera tomado dicha decisión, a que baste con la constancia que tal opción no es inverosímil o de que no exista prueba en contrario.

En otros términos, el daño que se indemniza es el derivado de la vulneración del derecho de la gestante a la autodeterminación —que es más amplio que el derecho a abortar, pues abarca el tomar esta decisión o la contraria—, que se produce incluso cuando aquella hubiera decidido continuar con el embarazo, pues aún en tal caso se le priva de su derecho

⁵⁹ La STS de 4 de febrero de 1999 afirma que «la doctrina predominante de esta rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño *per se*, y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento».

⁶⁰ Las SSTs de 3 de octubre de 2000 y de 4 de noviembre de 2008, entre otras muchas, afirman que no puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad. Así también se expresa la STSJ de Andalucía de 15 de noviembre de 2017 cuando afirma que «el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño [...] No hay nacimientos equivocados o lesivos, ya que el art. 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida».

⁶¹ Arcos Vieira, M. L. (2020). La privación de la facultad de decidir sobre el aborto: ¿un supuesto de pérdida de oportunidad? *Revista IBERC*, vol. 3, 109-110.



a adoptar la decisión que estime oportuna según los parámetros legales tras conocer *todos*⁶² —insisto, todos— los elementos de juicio necesarios para hacerlo de manera libre e informada⁶³. Esta concepción tiene la virtualidad de sublimar no solo la vida (bien sublime *per se*), sino también la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad individual y familiar.

Así pues, con todo lo afirmado hasta el momento estamos en disposición de determinar la causa y los supuestos de la acción *wrongful birth* —en tanto que la *wrongful life*, insisto, no está permitida en nuestro ordenamiento, como ya se ha avanzado y por las razones que luego se analizarán—.

En su origen, la causa se encuentra en que del problema congénito —que no se debe a la acción u omisión del servicio sanitario— no se ha informado a los progenitores a tiempo para poder adoptar la referida decisión infringiendo así su deber de informar, porque: a) no se ha detectado tempestivamente —cuando pudo hacerse— para permitir tomar la decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo o de proseguir con él; b) habiéndose detectado, el facultativo no lo ha comunicado; c) el diagnóstico emitido fue erróneo, ya sea por errores en la información emitida o por la omisión total o parcial (incorrecta o incompleta) de información, (falso negativo en el diagnóstico) o, por último; d) no ofreció información sobre la conveniencia de realizar pruebas de diagnóstico (por ejemplo, controles ecográficos más sofisticados, *v. gr.* una ecografía de nivel III, o cuando la edad de la gestante lo aconseje⁶⁴) que permitan detectar signos directos de malformación fetal una

⁶² Hago énfasis en esta expresión en atención a la STS de 21 de diciembre de 2005, en la que se afirma que siendo el derecho de información uno de los más importantes del paciente, en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la información al paciente «...de todas las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, incluso las más remotas, que pudieran acaecer y tomarse en consideración en el plano científico y en el experimental, es decir, toda la información médicamente conocida y constatada, incluida la que resulta de una estadística de resultados, pues esto es en definitiva lo que representa su finalidad propia y lo que va a permitir a los interesados tomar la decisión que consideren más conveniente, tanto de presente como de futuro».

⁶³ En la STS de 6 de julio de 2007, en la que se trataba de un embarazo normal, sin circunstancias de riesgo, el Tribunal Supremo entendió que existía responsabilidad por no haber informado a la gestante de la posibilidad de realizar un triple *screening*, un análisis de sangre que no detecta por sí la existencia de cromosomopatías, pero sí puede detectar la existencia de sustancias que estadísticamente aconsejen la realización de otras pruebas más fiables como una amniocentesis. En esta sentencia el Tribunal Supremo dejó afirmado «que la información constituye un elemento esencial de la *lex artis*, que en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la obligación que tienen los profesionales de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas sobre la evolución del embarazo (...) entre otras la de someterse a las pruebas (triple *screening*) a partir de las cuales se habría obtenido el índice que protocolariamente habría exigido la exploración posterior (amniocentesis o biopsia coral) y que otorgan un diagnóstico más cierto y seguro sobre la existencia de este tipo de cromosomopatías».

⁶⁴ La STS de 23 de noviembre de 2007 entendió que la edad de la recurrente (43 años) era constitutiva *per se* de un embarazo de riesgo, por lo que los médicos que le atendieron debieron haberle informado sobre la posibilidad de practicarle pruebas de diagnóstico prenatal.



vez descubierto un dato perturbador al realizar las ecografías morfológicas o en atención a las circunstancias afectantes al caso⁶⁵ (por ejemplo, la existencia de signos indirectos de malformación⁶⁶). En síntesis, la anormalidad del servicio sanitario se encuentra en no efectuar correctamente el diagnóstico prenatal, ya sea al no informar en términos adecuados sobre su resultado, si este fuera acertado, o al no sugerir u ofrecer la práctica de pruebas complementarias⁶⁷, cuando fuera razonable hacerlo⁶⁸.

En todos estos casos la responsabilidad sanitaria deriva del error en el diagnóstico prenatal con la consecuencia de que no hay evidencia del riesgo de enfermedad congénita del concebido, bien porque este no se descubre o bien porque no se informa del mismo a tiempo, de manera que el feto que padece el trastorno nace con l, no habiendo dispuesto la

⁶⁵ La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 6 de octubre de 2006 denegó la indemnización solicitada al entender que no resultaba exigible la práctica de un más amplio diagnóstico prenatal al no darse condiciones objetivas que hicieran temer la producción efectiva de las malformaciones detectadas.

⁶⁶ Tal fue el caso que dio lugar a la SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006, en que el facultativo no había agotado todos los medios técnicos a su alcance para comprobar la posible existencia de malformaciones en el feto, una vez detectada en las ecografías morfológicas de las semanas diecinueve y veintiuna una biometría o crecimiento fetal algo inferior a lo habitual y, sobre todo, un acortamiento de miembros superiores en el que se duda incluso de la prominencia de los dedos: «el médico no es un mero técnico y no basta para el cumplimiento de su obligación de medios con el pulcro seguimiento de los protocolos asistenciales, en muchas ocasiones automatizados, máxime si se produce la concurrencia de un hecho o acontecimiento que, como mínimo, debe inducir al facultativo a sospechar sobre posibles malformaciones y que le obligaría, en el caso concreto, en el estricto cumplimiento del deber superior de diligencia inherente a su profesión, a extremar las precauciones y ordenar la práctica de pruebas complementarias (por lo demás habituales en los últimos años entre los ginecólogos), derivando a la paciente a un obstetra especializado y con ecógrafo de mayor definición (nivel III) para descartar cualquier posible duda sobre malformaciones. Algo que paradójicamente sí que realizó durante el primer embarazo de la misma paciente, sin que concurrieran en el mismo factores extraños o perturbadores que aconsejaran la práctica de esa ecografía de mayor definición».

⁶⁷ La STS 28 de marzo de 2012 que afirma que «...lo relevante no es que la paciente se “interese” por unas pruebas, sino que la Administración sanitaria las ofrezca en los tiempos y condiciones adecuados (...) Es la Administración quien debe acreditar que se intentó prestar el servicio y no el paciente quien debe probar su interés en unas pruebas que ni siquiera tiene por qué conocer de su existencia ni de su momento de realización», entre otras razones, porque como afirma la STSJ de Castilla y León de 21 de julio de 2017, difícilmente una pareja puede exteriorizar su deseo de realizar una prueba invasiva como la amniocentesis —por ansiedad, o por el motivo que sea— si previamente no se les informa cumplidamente sobre esa posibilidad juntamente con el balance riesgo/beneficio.

⁶⁸ Las SSTS de 19 de junio de 2007 y 17 de noviembre de 2008 dejaron afirmado «que el deber de información sobre la práctica de pruebas para comprobar la posibilidad de malformaciones con el fin de permitir el efectivo derecho a abortar, únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar la existencia de un riesgo de anomalía del feto, pero no en embarazos normales (...) la información constituye un elemento esencial de la *lex artis*, que en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la obligación que tienen los profesionales de poner en su conocimiento toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades efectivas sobre la evolución del embarazo (...) entre otras la de someterse a las pruebas (triple *screening*) a partir de las cuales se habría obtenido el índice que protocolariamente habría exigido la exploración posterior (amniocentesis o biopsia coral y que otorgan un diagnóstico más cierto y seguro sobre la existencia de este tipo de cromosomopatías».

madre de la posibilidad de recurrir al aborto eugenésico o embriopático por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para hacerlo⁶⁹. Se parte así de una *dispraxis* consistente en que con ocasión de una prestación sanitaria de diagnóstico se omite la información sobre la anomalía que presenta el feto o bien se emite un diagnóstico erróneo por falta o defectuosa realización de diagnóstico sobre el estado del *nasciturus* y de los riesgos que le amenazarían o bien se ofrece una información errónea a los progenitores sobre la inexistencia de riesgos⁷⁰.

En cualquiera de esas circunstancias la falta de información o una información defectuosa (errónea o tardía) provocan que la madre no haya tenido alcance a una información relevante para su autodeterminación personal, privándola de la opción de decidir sobre una posible interrupción voluntaria y legal del embarazo. Así, la lesión del derecho de información, como reverso de la infracción del deber de información del centro médico, tiene virtualidad suficiente para incidir sobre la esfera más íntima del paciente, como ya se analizó *supra*. Siendo así, en puridad, el daño *parte, aunque no reside*, en la infracción o privación del derecho de información del paciente, sino que se identifica *con los efectos que esa infracción produce* en el ámbito de su autonomía personal⁷¹.

2. La pretensión indemnizatoria que procede postular en las acciones *wrongful conception, wrongful birth y wrongful life*. Problemas jurídicos que genera

En la acción *wrongful birth* los reclamantes reivindican con carácter general una indemnización por el daño moral y económico dimanante del nacimiento de un hijo afectado por el sufrimiento de la enfermedad congénita no detectada o no informada por los facultativos. En este contexto el daño moral tiene una doble faz y es susceptible de reclamarse de forma diferenciada: a) por la vulneración del derecho de información que derivó en la privación para los progenitores de la posibilidad de tomar una decisión ponderada que le permitiera optar entre la interrupción voluntaria del embarazo dentro del plazo legal por concurrir causa eugenésica, si hubieran dispuesto de toda la información necesaria sobre la posible existencia de malformaciones en el *nasciturus*; y b) el que deriva

⁶⁹ En este sentido, Macía Morillo, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life* (pág. 80). Tirant lo Blanch-Monografías.

⁷⁰ Vid. Romero Coloma, A. (2009). Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica. *Diario La Ley*, (7231), Sección Doctrina, 1 de septiembre de 2009, Ref. Derecho-269, La Ley 13466/2009, pág. 1.

⁷¹ Así lo reconoce la SAP de Salamanca de 29 de noviembre de 2006, entre otras.



del impacto psicológico de conocer el nacimiento de un hijo con gravísimas malformaciones que resultaron inesperadas o por sorpresa al haber recibido previamente un «falso negativo» por el médico responsable de la asistencia prenatal, así como por la desazón, consternación y carga aflictiva que acarrea la existencia de un hijo que ha nacido con una enfermedad incurable y, de ordinario, especialmente penosa, lo que supone la constatación diaria del sufrimiento generado por la enfermedad congénita e incurable y la angustia por el futuro del mismo⁷².

El daño patrimonial viene determinado por la obligación de hacer frente a gastos y desembolsos derivados y especiales —en definitiva, extraordinarios— que la propia dolencia comporta e impone⁷³, y que vienen a ser adicionales o complementarios a los que supondrían el mantenimiento de un hijo sano⁷⁴ (SSTS de 21 de diciembre de 2005, 4 de noviembre de 2008 y 25 de mayo de 2010, entre otras)⁷⁵. No procede,

⁷² En la STSJ de Comunidad Valenciana de 23 de octubre 2009 conceptúa como ulterior daño moral la necesidad de cuidados extra y la repercusión de estos sobre las expectativas de los padres, afirmando que la «mayor dedicación, atención y cuidado que conlleva la educación de un hijo o hija en esa situación, así como la influencia de la misma sobre las expectativas de los progenitores, (...) constituye *per se* un daño moral indemnizable».

⁷³ Macía Morillo, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales...* op. cit., págs. 402 y 403, considera que estos gastos especiales no van unidos al hecho de la concepción, sino al hecho de la discapacidad del niño (respecto de la que los padres no pudieron decidir) y, por tanto, califica los gastos derivados de la condición enferma del hijo como daño patrimonial de rebote.

⁷⁴ Al fijar su cuantificación deben tenerse en cuenta dos consideraciones: una, que no cabe incluir aquellos gastos por atención y asistencia médica que vengán sufragados por el sistema público de Seguridad Social, y dos, aquellas «patologías» que no generan la imposibilidad o especial dificultad para llevar una vida normal. Es lo que sucedió en la sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo de Santander de 14 de noviembre de 2014 en la que el facultativo no había detectado el síndrome de Morris o de identificación sexual. Razona la sentencia que «no estamos ante un supuesto de nacimiento de un hijo discapacitado o con minusvalía, pues la patología no va a suponerlo en modo alguno como acreditan, unánimemente todas las periciales. El síndrome de Morris no tiene por qué impedir una vida normal, salvo por la necesidad de practicar los tratamientos ya indicados (algo que no se aparta de otras enfermedades crónicas) y el problema referido a la condición sexual. Evidentemente, la discordancia del sexo físico y el genético y la esterilidad será algo a tratar psico-socialmente, pero que no tiene por qué suponer un obstáculo para una vida normal, como no lo es para las personas que se han puesto como ejemplo en la vista, ampliamente conocidas por su repercusión social y mediática. Y no cabe alegar un problema de aceptación social, pues la actual sociedad, en los parámetros de los socialmente aceptados, rechaza y combate cualquier tipo de obstáculo, traba o discriminación por razón de la condición sexual o como consecuencia de su definición, ya sea por un tema de origen patológico o, simplemente, derivado de la libre decisión del individuo. Y claro está, el apoyo del entorno familiar, decisivo, se da por supuesto. Por tanto, dado que los tratamientos están cubiertos por el sistema público y no cabe prever especiales dificultades en el desarrollo de la persona por el apoyo familiar garantizado y el social, no existe prueba de sobre coste alguno. En definitiva, se entiende que solo cabe indemnizar el daño moral por una privación de una posibilidad de elegir y ejercer un derecho a que fue privada la familia (...)».

⁷⁵ Los conceptos indemnizatorios no es cuestión pacífica en la doctrina. Algunos autores consideran que solo debe indemnizarse el daño moral que supone la privación de la facultad de optar la interrupción voluntaria del embarazo. Así, De Verda, J. R. y Chaparro, P. (2014). Responsabilidad civil médica por privación de la facultad de optar por el aborto. *Revista Boliviana de Derecho*, (17), 276-295. Afir-



sin embargo, considerar ni siquiera como lucro cesante el importe de las cantidades destinadas a la manutención del hijo que no suponen ese plus o sobrecoste, pues constituye para los padres una obligación en el orden de las relaciones familiares impuesta por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que el daño padecido no es antijurídico por existir para ellos la obligación legal de soportarlo.

Solo podría existir lucro cesante en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de abandonar el trabajo o reducir la jornada para el cuidado de hijo, desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación de recursos, en principio no previstos para dichas finalidades, para la atención extraordinaria del hijo⁷⁶. Es lo que doctrinalmente se ha venido a denominar *daño por imprevisión económica*⁷⁷, el cual comprende todas aquellas actuaciones que resulten pertinentes para cubrir las necesidades imprevistas que precisen los especiales cuidados del hijo.

En la acción *wrongful life* el hijo demandante sostiene las pretensiones de indemnización por los daños que, en cualquier caso, quedan subsumidos en la acción ejercitada por los padres ya que resultan en gran medida coincidentes, pues consisten en: a) el hecho mismo de nacer,

man que, si a la hora de cuantificar el daño se incluyen daños materiales, por los gastos adicionales que para los padres supone haber engendrado un niño deficiente (en relación con los que generan los que no lo son), de hecho, se estaría considerando como daño resarcible el nacimiento del mismo niño. De igual forma, en algunas resoluciones únicamente se ha reconocido un daño moral (sentencias de 6 de julio de 2007 o 23 de noviembre de 2007).

Sin embargo, la jurisprudencia no ha favorecido esta consideración y no solo reconoce indemnización por daño moral sino que vienen reconociendo la obligación de indemnizar el daño moral y el patrimonial derivado de la condición de discapacidad del niño, estableciendo que el daño resulta no solo de haber privado a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar, sino de los efectos que dicha privación conlleva. En la STS de 16 de junio de 2010 la Sala Tercera se definen dos tipos de daños: por un lado, la privación de la posibilidad por parte de la madre de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo; y, por el otro, la lesión económica derivada de los gastos extraordinarios para la crianza del niño. En igual sentido, la STS de 24 de octubre de 2008.

Por su parte, las SSTS de 14 de marzo de 2013 y de 31 de mayo de 2011 han entendido que el daño se deriva no solo de «haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable —daño moral—, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales —daños patrimoniales— teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad».

⁷⁶ En este sentido, la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 9 de diciembre de 2016. No obstante, esta sentencia supeditaba la indemnización a que se acreditara en el proceso la existencia de tales gastos extraordinarios, desplegando los actores una actividad probatoria cuya inexistencia en el supuesto enjuiciado determinó la desestimación de sus pretensiones indemnizatorias.

⁷⁷ Galán Cortés, J. C. (2014). *Responsabilidad civil médica* (4.ª ed.). Thomson Reuters.



bajo la consideración de que habría sido mejor para él no haber nacido que vivir en las condiciones que lo hace; y b) los daños económicos que acarrea su vida enferma (cuidados médicos, asistencia de otras personas, habilitación especial de la casa o vehículo, etc.).

Como se ha venido avanzando, los tribunales, salvo raras excepciones⁷⁸, rechazan de plano tales pretensiones al entender que concurren varias objeciones que resultan insalvables: de una parte, una «imposibilidad jurídica» ya que estos daños no están reconocidos como tales en nuestro ordenamiento: el aborto eugenésico no se configura como un derecho del hijo, sino de los padres, ni, por ende, una obligación de los padres, razón por la cual no se reconoce el derecho a la eutanasia prenatal ni tampoco el derecho a nacer sano o nacer sin discapacidad, como tampoco se tiene el derecho a la «no vida». Y, por otra, la «imposibilidad lógica» de comparar la vida con la no existencia —la vida dañada y la no vida—, puesto que ontológicamente la «no existencia» no es un estado que pueda atribuirse a una persona y que pueda ser objeto de valoración, puesto que la no concepción es algo que es de imposible conocimiento y comprensión. Por eso los tribunales tienden a hacer una comparación diferente: la vida defectuosa frente a una vida sana⁷⁹. Y a todo ello debe añadirse la dificultad práctica de medir los presuntos daños y de determinar cualitativa y cuantitativamente el presupuesto o premisa que pudiera hacer viable este tipo de reclamaciones: ¿a partir de qué límite de gravedad la incapacidad hace la vida insoportable⁸⁰?

La cuestión fundamental, llegados a este punto, estriba en conciliar las pretensiones indemnizatorias de los progenitores en la acción *wrongful birth* con la consideración de que el nacimiento no es un daño. Dicho de otro modo, ¿hasta qué punto no se está indemnizando el nacimiento cuando se está reconociendo resarcimiento pecuniario por él⁸¹?

⁷⁸ En España algunas sentencias han concedido indemnización en esta acción. Así, las SSTs de 18 de diciembre de 2003 y 18 de mayo de 2006.

⁷⁹ Emaldi-Cirión, A. (2002). La responsabilidad derivada de la práctica de pruebas genéticas predictivas. En J. I. Echano Basaldúa (Coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón* (págs. 875-876). Universidad de Deusto.

⁸⁰ Donato Busnelli, F. (2003). *Bioética y Derecho Privado* (pág. 424). Grijley.

⁸¹ Algunos autores resaltan el «peligroso acercamiento» a las acciones *wrongful life* cuando conceden indemnización a los padres por los daños patrimoniales así como cuando otorgan una pensión mensual al hijo. Así, Elizari Urtasun, L. (2010). El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. *Revista Derecho y Salud*, 19(Extra 1), 154-155. Señala que el hecho que sea un hijo deseado [embarazo voluntario], unido a la dificultad de calificar como daño a la vida de un hijo, lleva a evitar de indemnizar por el nacimiento en sí, o por la vida o la manutención del hijo en general y recalca el peligroso acercamiento al resarcimiento de las consecuencias económicas de la vida y/o de la discapacidad del hijo. Mazzilli, E. (2012). La acción de *Wrongful Life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (10/2012), 92. Llama la atención sobre la STSJ de la Comunidad Valenciana 23 octubre 2009, que reconoció a favor de la hija una pensión de 1.051 euros mensuales en concepto de daño material, por lo que



Para evitar este razonamiento circular se procede a disociar y deslindar la vida misma (el nacimiento de un ser) de los daños morales y patrimoniales que provocan las circunstancias que la rodean. Para ello la doctrina y la jurisprudencia han acudido a la «doctrina alemana de la separación» (*Trennungslehre*), la cual descarta la existencia de un daño como tal en el hecho mismo del nacimiento y vida del niño con malformaciones, pero afirma la presencia de daños morales y patrimoniales que ello genera para los progenitores. En apoyo de esta solución la «doctrina de la responsabilidad por rebote» incide en esta misma cuestión y viene a distinguir también entre ambos daños, el sufrido por la víctima directa (el hijo) y el daño sufrido por las víctimas indirectas, los padres, que son quienes han de soportar los citados daños como consecuencia, *de rebote* o por repercusión por el nacimiento y vida con discapacidad de su hijo.

No cabe aplicar la teoría de la separación a la acción *wrongful life* porque en ella no es posible establecer coherentemente la separación entre el daño y la vida, pues precisamente en esta acción se reclama por la vida.

Siguiendo los mismos criterios que se manejan en las acciones analizadas, en la *wrongful conception*, no es indemnizable por las razones examinadas el nacimiento del hijo ni, como regla general⁸², su manu-

entiende que nos encontramos ante un nuevo caso de indemnización por *wrongful life* introducido por la concesión a la misma hija enferma de una pensión mensual vitalicia en concepto de daño patrimonial. En su opinión, aunque «es cierto que la atribución de una pensión mensual responde mejor a las exigencias de reparación del daño patrimonial en el caso específico, respecto de una cifra a tanto alzado; sin embargo, la asignación de dicha pensión a la misma hija identifica a esta como sujeto lesionado, originando un caso de *wrongful life*. En cambio, la atribución de dicha pensión a los padres (o —como en el caso descrito en la sentencia— a los hermanos) sería la solución mejor, pues al final son ellos los que se enfrentan a los gastos extra para la crianza y el cuidado del sujeto enfermo, y quienes gestionan la misma pensión a pesar de que esté atribuida a aquel, por lo menos hasta su mayoría de edad. Además, no hay que confundir lo que se puede definir como ofensivo de la dignidad del sujeto enfermo, y que en mi opinión consiste en el hecho de resarcir un daño patrimonial derivado de su misma existencia, con la asignación de tal indemnización a los padres (o hermanos) en lugar de al mismo sujeto».

⁸² Digo como regla general porque hay resoluciones judiciales que la excepciona. Así, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de febrero de 2005, estimó la pretensión indemnizatoria por «el quebranto que pueda conllevar el cuidado y sustento de un hijo no deseado» y que cuantificó en 84.141,69 euros». En igual sentido, la SAP Barcelona de 25 de septiembre de 2014. Tras someterse el 11 de octubre de 2001 a una intervención de vasectomía, se practica al actor un seminograma con resultado de azoospermia, siendo informado por el facultativo codemandado de que puede mantener relaciones sexuales sin utilizar método anticonceptivo alguno. No obstante, la esposa del actor quedó embarazada de su tercer hijo y dio a una hija biológica del actor. Esta nueva gestación se produce tras sufrir este una recanalización espontánea de los conductos deferentes, un riesgo típico aunque infrecuente, de la operación de vasectomía y del que el actor no fue informado. El resarcimiento del daño patrimonial que entraña la crianza y educación de la hija es desestimada en primera instancia al entender que el nacimiento de un hijo no es un daño en sí mismo y su manutención es obligación de los padres, si bien justifica la indemnización por manutención en «las dificultades económicas de la familia ligadas a ese nacimiento y concretadas en los gastos de mantenimiento y educación. En cuanto al argumento de que son los padres quienes están obligados a la manutención de los hijos, no se discute, sino que más bien se erige en uno de los presupuestos de

tención, pues esta constituye para los padres una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico en el orden de las relaciones familiares, de tal suerte que el daño padecido no sería antijurídico, por existir para ellos la obligación de soportarlo. En consecuencia, de acuerdo con la STC 53/1985, de 11 de abril, el fundamento de la indemnización en los casos de *wrongful conception* debe encontrarse en la lesión que se ha producido a la libertad de procrear, esto es, en la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad, como manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al *mínimum* ético constitucionalmente establecido, como no puede ser de otra forma en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (art. 16 CE).

En relación a los gastos patrimoniales, la jurisprudencia viene admitiendo los gastos necesarios para la comprobación de la paternidad puesto que la intervención quirúrgica realizada la convierte en incierta, así como los «mayores gastos» que derivan del embarazo y parto y, excepcionalmente, la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo, al parto y a la manutención del hijo de recursos, en principio, no previstos para dichas finalidades, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica o social del interesado o de los interesados (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 14 de octubre de 2016).

IV. La pérdida de oportunidad como supuesto de especial y controvertido resarcimiento: la singularidad del daño y de la relación causal

No descubro nada nuevo si comienzo afirmando que el grado de cumplimiento de la *lex artis* no solo está en función de la aplicación del tratamiento adecuado, sino de que este se realice a tiempo. Una asistencia sanitaria correcta pero tardía, un retraso en el diagnóstico o un error en este pueden suponer, y de hecho suponen en un número importante de casos, una minoración considerable en las expectativas de vida o de curación del paciente que pueden dar lugar a un supuesto de responsabilidad patrimonial.

la reclamación de los demandantes». Finalmente, la sentencia sostiene que tal daño patrimonial es resarcible aun cuando los actores hubieran tenido la posibilidad de interrumpir voluntaria y legalmente el embarazo, pues «no puede imponerse a nadie la decisión de someterse a un aborto» y, por ende, «[no] puede apreciarse en la conducta de la demandante infracción alguna del deber de mitigar el daño».



Pero, como bien se sabe, cuando de salud y de enfermedad se trata, nada es seguro y por esta razón en muy pocas ocasiones puede afirmarse con absoluta certeza que el retraso ha sido la causa del desenlace producido. En este contexto es donde entra en escena la doctrina de la pérdida de oportunidad, y puedo afirmar de ella sin temor a atentar contra la verdad que representa uno de los supuestos de responsabilidad sanitaria que encierra mayor complejidad en su entendimiento y en su aplicación práctica. Su origen jurisprudencial es relativamente reciente y quizá ello explique la falta de consenso y la indisimulada resistencia de buena parte de la doctrina a admitirla. Si a ello se le suma que en muchos aspectos su planteamiento viene a contradecir las reglas esenciales de la responsabilidad patrimonial, la discrepancia doctrinal existente entre sus detractores y los defensores es especialmente palmaria.

Como vamos a comprobar, toda esta doctrina se basa en suposiciones o hipótesis en cuanto a la producción del daño y su causación. Por ello la mayor controversia se produce en el hecho de que en aplicación de la misma se hace responsable, no al causante material del daño, sino a quien probablemente pudo haberlo ocasionado, lo que necesariamente entra en contradicción con el postulado básico del derecho de daños, cuya primera exigencia es justamente que alguien haya causado un daño; no alguien del que solo se sabe que pudo causarlo⁸³. Sin embargo, pese a todo, coincido con Medina Alcoz⁸⁴ en que la doctrina de la pérdida de oportunidad ofrece la solución menos mala, pues si prescindimos de ella y aplicamos en su lugar la regla clásica del *todo o nada* quedarían sin resarcir muchos daños que se saben producidos por retrasos o errores de diagnóstico o por la no aplicación tempestiva de los medios adecuados, dejando impune al centro médico u hospitalario causante de la demora.

Como en cualquier supuesto de responsabilidad patrimonial se precisa el daño y la relación causal. Pero en la doctrina de la pérdida de oportunidad ambos requisitos presentan singularidades notables que conviene resaltar porque son de tan imprescindible cumplimiento que su falta de concurrencia debe determinar la desestimación de la pretensión indemnizatoria.

1. Primera singularidad: la expectativa cualificada como daño resarcible

El art. 32.2 LRJSP exige que el daño sea «efectivo», o lo que es lo mismo, que sea real y no simplemente potencial, eventual o posible,

⁸³ Asensi Pallarés, E. (2013). La evolución de la doctrina de oportunidad en responsabilidad médica. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (8), 233.

⁸⁴ Medina Alcoz, L. (2009). La responsabilidad patrimonial como respuesta a la incertidumbre causal: ¿problema del daño, de la causa o de la prueba? *Revista Teoría y Derecho*, (6), 203.



contingente o dudoso, ni un temor a que suceda, ni una simple expectativa sino un perjuicio verificable por la realidad. El daño ha debido de producirse de forma cierta y manifestarse en una minoración real de su patrimonio (daños materiales) o de su bienestar (daños morales). Dicho en su envés: la exigencia de que se trate de un daño efectivo excluye como objeto de resarcimiento las meras hipótesis, impresiones o especulaciones o a las meras conjeturas por hallarse desprovistas de certidumbre.

El primer problema, por tanto, que se nos presenta a la hora de admitir la pérdida de oportunidad como objeto de resarcimiento es precisamente su aparente contradicción con este requisito de la efectividad del daño. Por definición, la oportunidad o posibilidad de obtener un resultado nunca puede ser la certeza de conseguirlo, por lo que esta doctrina construye una particular modalidad de daño en el que coexiste un elemento de incertidumbre, que le acerca en gran medida a la noción de expectativa, y un elemento de certeza⁸⁵: la incertidumbre en torno a si habiéndose mantenido la situación fáctica, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiera evitado, y la certeza de que, en caso de no haber mediado el hecho dañino, el damnificado habría conservado la posibilidad de obtener dicha situación de ventaja para su salud o para su patrimonio. Así, en la pérdida de oportunidad a pesar de la situación de incertidumbre, que es necesariamente consustancial a ella, hay algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de haber podido lograr un beneficio (curación de la dolencia o mejora en la salud) o de haber podido evitar un detrimento (empeoramiento o fallecimiento).

Con solo reparar en esta circunstancia es fácil avizorar que la doctrina de la pérdida de oportunidad comienza singularizando el primer y principal —porque dependen el resto— requisito del instituto resarcitorio: el daño. Y lo es por dos motivos: primero, por la indeterminación en su acaecimiento que, como vengo avanzando, deriva de la incertidumbre acerca de si el resultado hubiera podido producirse igual, aunque hubiera desaparecido la actuación antijurídica de un tercero que interfirió en el curso normal de los acontecimientos y frustró la situación de ventaja de la que partía la víctima⁸⁶. Y, segundo, porque para que resulte indemnizable la oportunidad perdida tiene que haberse producido el resultado final (v. gr. el fallecimiento) pero, sin embargo, contrariamente a lo que pu-

⁸⁵ Zavala de González, M. (2005) *Resarcimiento de daños. Daños a las personas* (pág. 274). Hammurabi.

⁸⁶ STS de 27 de noviembre de 2012 exige acreditar cuáles han sido las oportunidades perdidas por cuya virtud se solicita indemnización, no apreciando pérdida de oportunidad cuando no es posible acreditar que la actuación médica pudiera evitar el daño.



diera pensarse, no es este el objeto de resarcimiento⁸⁷, puesto que si lo fuera no habría lugar a indemnizar la oportunidad misma —con la consecuencia minoración de la cuantía indemnizatoria—, sino el daño final y la víctima tendría derecho a una indemnización plena⁸⁸.

La cuestión no es baladí y en ella radica gran parte de los errores en que incurren los interesados al formular su reclamación. Parece evidente que ambas situaciones fácticas resultan excluyentes: o bien la *mala praxis* ha generado una frustración de las posibilidades de obtención de la ventaja pretendida, o bien ha generado el daño concreto consistente en el resultado final. En efecto, el recurso a la pérdida de oportunidad parte de que el daño alegado no es el material resultante y correspondiente al hecho acaecido (empeoramiento de la enfermedad, agravación de sus condiciones o el fallecimiento), sino de la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros diferentes de actuación.

Por esta razón —debe insistirse—, una total y probada evidencia de que el funcionamiento del servicio público constituyó la causa del empeoramiento de la salud hace improcedente la aplicación al caso de la citada doctrina, porque procede indemnizar por el resultado final y no por la pérdida de oportunidad de evitarlo. Por ello no pueden admitirse a la vez ambas situaciones fácticas, pues una y otra arrojan dos conceptos indemnizatorios bien diferenciados: uno se basa en la certeza y el otro en la incertidumbre; uno en lo concreto y el otro en lo incierto; uno en lo real y el otro, en lo hipotético⁸⁹. En el primer caso puede alcanzarse la indemnización plena y acorde con el resultado, en el segundo, la situación de incertidumbre se traduce necesariamente en la correspondiente reducción de su cuantía en función de la probabilidad de que hubiera dejado de padecer el daño de no haber mediado el hecho desencadenante.

⁸⁷ En este sentido, la STS de 3 de diciembre de 2012 para la unificación de doctrina: «Para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por el fallecimiento de (...), esposo de la recurrente, ocasionado por un carcinoma epidermoide, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad sufrida (...)».

⁸⁸ Resulta extraordinariamente frecuente que tanto los reclamantes como la Administración incurran en el desacierto de hacer convivir dos reglas positivas de signo contrario al considerar de forma simultánea que el retraso de diagnóstico se erige como causa suficientemente eficiente como para determinar un daño concreto y efectivo y una «pérdida de oportunidad» al no resultar acreditado que un diagnóstico y tratamiento más precoz hubiese evitado en cualquier caso el resultado final. Como acabamos de afirmar, ambas reglas encierran una contradicción en sus propios términos que las hacen irremediabilmente irreconciliables, pues o bien se ha producido un resultado final como consecuencia de una *mala praxis*, en cuyo caso surge el derecho a obtener resarcimiento por el mismo, o bien se ha producido una pérdida de oportunidad de obtener una mejoría o de evitación de un resultado dañoso, en cuyo caso habría que indemnizar, no por el resultado final producido sino por la oportunidad definitivamente perdida de haberlo evitado.

⁸⁹ Pueden consultarse en este sentido los dictámenes 395/2019 y 459/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía.



Así pues, contrariamente a lo que pudiera sospecharse, en la doctrina de la pérdida de oportunidad no falta el daño ni su efectividad pues esta aparece representada en toda su dimensión justamente en la *frustración* de la oportunidad *irreversiblemente* perdida (la supervivencia, la mejora o la curación) que se ha puesto de manifiesto al haberse producido el resultado final, lo que implica que ya no hay posibilidad de evitarlo y de revertir la situación desfavorable⁹⁰. Obviamente si la situación no fuera irreversible y, por tanto, si existiera la posibilidad de que en un futuro pudiera obtenerse el beneficio o la disminución del perjuicio que se pretendían, no estaríamos en presencia de un detrimento patrimonial actual, cierto y efectivo, sino de un perjuicio eventual e hipotético, con lo que no existiría el daño al no haberse perdido oportunidad alguna y mantenerse la esperanza de conservarla y de que finalmente dé lugar a un acaecimiento favorable futuro.

Por eso en la doctrina de la pérdida de oportunidad también el daño ha de ser efectivo y el reclamante, para cerciorarse de que su pretensión indemnizatoria no está abocada al fracaso, ha de fundamentarla en que el daño no es dudoso, incierto o eventual, y para ello se requiere que la probabilidad con que contaba se encuentre irremediabilmente truncada por la acción u omisión antijurídica de un tercero.

Ahora bien, para que concurra la efectividad que el daño requiere para ser reparado no basta con que la oportunidad se haya perdido definitivamente, sino en igual medida se exige que las posibilidades con que la víctima contaba tengan cierta solvencia o seriedad, esto es, que no resulte irrazonable la probabilidad de que un comportamiento diferente en la actuación sanitaria podría haber determinado un desenlace distinto. Las probabilidades especialmente inciertas, efímeras o que cuenten con escasos o nulos elementos con que sustentar ciertas garantías de éxito no cubren el grado suficiente que permita entender que se ha producido un daño que merezca ser resarcido y ningún daño puede existir en esta privación de una supuesta oportunidad que, realmente, no existía (STS de 27 de julio de 2006). En consecuencia, ciertamente ha de tratarse de una situación potencial —y, en este sentido, hipotética e incierta— pero rodeada de unas características de idoneidad para alcanzar el resultado pretendido⁹¹.

⁹⁰ Como bien afirma Medina Alcoz, «la oportunidad perdida es una *chance* inexorablemente sacrificada, una ocasión irremediabilmente frustrada, una posibilidad que el agente dañoso, con su actuación, ha mutilado definitivamente, una oportunidad de la que la víctima gozaba inicialmente y que resulta cerrada irreversiblemente». Medina Alcoz, L. (2009). Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual), la doctrina de la pérdida de oportunidades. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, (30), 42.

⁹¹ Gallardo Castillo, M. J. (2015). Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (45-46), 36.



Ambas exigencias se nos presentan como vasos comunicantes: solo podrá considerarse que existe daño cierto en sí mismo y que la frustración de una expectativa actual es definitiva si el paciente se encontraba en una posición fáctica idónea y la oportunidad era real y efectiva —pues no se pierde una oportunidad que nunca se tuvo—. El resultado de dicha expectativa podrá ser futuro, aleatorio e incierto, pero solo si cuenta con suficientes dosis de verosimilitud de que pudo ser favorable, se habría producido el daño, que no existiría, desde luego, en caso contrario.

2. Segunda singularidad: la inexistencia de relación causal con el resultado final

A través de la teoría de la pérdida de oportunidad se abre la puerta a la incertidumbre causal como una vía posible a la obtención de resarcimiento, ya que para que resulte aplicable esta doctrina la causalidad no ha de ser certera sino meramente probable o posible en el sentido que se va a examinar. Como afirma con acierto Medina Alcoz⁹², «la doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal», de manera que no deben catalogarse como «pérdida de *chance*» ni los eventos en los cuales sí existe la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño —pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a la aludida razonable certeza y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la íntegra reparación será lo jurídicamente procedente—, ni aquellos supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resultan insignificantes —pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna—. Por consiguiente, solo ha lugar la aplicación de la figura de la pérdida de *chance* cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada.

Por eso es un error que debe evitarse fundamentar la reclamación patrimonial por pérdida de oportunidad en la concurrencia clara de relación causal, puesto que estamos en presencia de un caso paradigmático de «curso causal no verificable» o «causalidad hipotética» en donde la ausencia de certeza no juega como factor excluyente del deber de indemnizar, sino al contrario. Por tanto, una de las singularidades que distinguen este supuesto de responsabilidad patrimonial de los otros en que el re-

⁹² Medina Alcoz, L. (2007). *La teoría de la pérdida de oportunidad, Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado* (pág. 88). Thomson-Civitas.



sultado lesivo se ha producido por vulneración de la *lex artis*, es precisamente la inexistencia de relación causal entre el déficit asistencial y el resultado final⁹³ de tal suerte que, una vez se haya comprobado que se ha producido infracción de la *lex artis*, habrá de determinarse si lo indemnizable es la oportunidad perdida (lo será si existe incertidumbre causal) o el resultado final (lo será si existe certidumbre causal). ¿Con ello quiere decirse que no es exigible relación causal en los casos de pérdida de oportunidad? En absoluto, pues esta siempre es exigible, y la pérdida de oportunidad no es una excepción. Significa que la relación causal no se puede producir entre el déficit asistencial y el resultado final (como se exige en los restantes supuestos de responsabilidad patrimonial), sino —y aquí está la singularidad de la doctrina de la pérdida de oportunidad— entre dicho déficit y la frustración de la posibilidad cierta de obtener la situación ventajosa. Pero en la pérdida de oportunidad tan imprescindible es la una como la otra, esto es, la falta de causación respecto del resultado final como la relación causal con la frustración. Por eso se habla en estos casos de *incertidumbre causal* o *causalidad probabilística* (o de una causalidad meramente posible): de una parte, porque es consustancial a esta doctrina el carácter aleatorio, lo incierto de la producción del daño y de la probabilidad en forma de posibilidad cierta de haber podido obtener un resultado de no haberse producido la interferencia de un tercero en el curso de los acontecimientos; de otra, porque, en su virtud, se ha de urdir un cálculo prospectivo de probabilidades en donde se infiera cuánta oportunidad se ha lesionado (que era con la que contaba el paciente al momento de producirse aquel déficit asistencial), de tal forma que tomando como punto de referencia ese probable resultado final, se proceda al cálculo del *quantum respondedatur* a partir de los citados datos probabilísticos.

Por esta razón no debe utilizarse la doctrina de la pérdida de oportunidad, basada en la incertidumbre, en lo incierto, en lo hipotético, en lo que no fue pero que no se sabe a ciencia cierta si pudo haber sido o si pudo haberse evitado y hacerlo en supuestos en que existe un diagnóstico de certeza y donde se manejan daños ciertos, concretos y efectivos⁹⁴.

⁹³ El dictamen 437/2019 del Consejo Consultivo de Andalucía insiste en ese dato determinante: no basta con que se haya producido un déficit asistencial y que a este le haya seguido un empeoramiento de la enfermedad o el fallecimiento del paciente. Para que estemos en presencia de un supuesto de pérdida de oportunidad es requisito *sine qua non* justamente esa falta de certeza en la respuesta sobre la evolución de la enfermedad si se hubieran seguido otros parámetros de actuación, esto es, en la *ausencia de relación causal* entre la acción u omisión de los facultativos y el daño acontecido.

⁹⁴ En muchas ocasiones la cuestión se resuelve enfrentando las dos opciones posibles: la relación causal con el consiguiente resultado final *versus* la incertidumbre respecto del curso causal y la consiguiente pérdida de oportunidad de evitarlo. Concorre la primera cuando consigue acreditarse que el anormal funcionamiento del servicio público fue la causa próxima y eficiente del daño oca-



En consideración de todo lo razonado, no deben catalogarse como pérdida de oportunidad con indemnización acorde a la misma: a) los supuestos en que existe la certeza y demostrada causalidad de que el agente dañoso provocó la lesión —a lo que deben equipararse los supuestos en que existe un elevado porcentaje de que pudo haberlo evitado—, pues entonces la íntegra reparación del daño causado; y b) los supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resulten nulas, escasas o insignificantes, en cuyo caso no procede indemnización alguna.

Por consiguiente, solo ha lugar la aplicación de esta doctrina cuando las posibilidades de mejora o de supervivencia sean *significativas*, esto es, idóneas para alcanzar el resultado favorable pretendido, *pero a la vez insuficientes* como para ser consideradas como causa cualificada de que la conducta del tercero causó el daño final o que hubiera podido evitarlo. En efecto, como afirma Latorre Luna⁹⁵, cuando el grado de probabilidad es elevado (a partir del 80 %) se viene a convertir en razonable certeza (límite positivo) en el cual la indemnización debe alcanzar la totalidad. Sin embargo, cuando el grado de probabilidad es inferior al 20 % nos encontramos con una probabilidad nula (límite negativo) que debe conducir a la desestimación de la reclamación⁹⁶. La pérdida de oportunidad que ha de indemnizarse es la que se ubica en el punto medio entre ambos extremos, negativo y positivo, esto es, en lo que se denomina «daño intermedio», flanqueado por arriba y por abajo con los referidos límites positivo y negativo.

V. El «daño» en el daño desproporcionado

1. Qué es y qué no es el daño desproporcionado

Los supuestos normales —en el sentido de frecuentes— de responsabilidad patrimonial sanitaria se producen por infracción de la *lex artis*,

sionado y que en caso de que el servicio público sanitario hubiera cumplido con los parámetros de actuación indicados no se hubiera producido el resultado final, en cuyo caso procederá indemnizar por tal resultado final y no simplemente por la pérdida de oportunidad de evitarlo. Concorre la segunda cuando se ha producido la frustración de las posibilidades de mejora de la salud, en cuyo caso resulta requisito imprescindible justamente la inexistencia de relación causal entre el déficit asistencial y el resultado final.

⁹⁵ Latorre Luna, L. (2018). La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño moral como concepto indemnizable. *Bioderecho*, (8), 3. Online: <<http://revistas.um.es/bioderecho>>.

⁹⁶ En mi opinión no son coherentes con esta doctrina aquellas resoluciones que afirman que basta una posibilidad «*más o menos cierta*» o «*con cierta probabilidad*» de que la actuación médica pudiera evitar el daño» o «*una mera especulación*» sobre las oportunidades perdidas (SSTS de 23 de septiembre de 2010, 7 de septiembre de 2005, de 26 de junio de 2008 y de 16 de febrero de 2011) o una pérdida de oportunidad «*remota*» (STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2007), pues en ninguna de estas situaciones se alcanzó el grado de efectividad que requiere el artículo 32.2 de la LRJSP para que resulten indemnizables.



dando lugar a daños que, merezcan o no el calificativo de «graves», no son subsumibles ni encajan en la categoría jurídica de «daño desproporcionado». Por fortuna, el daño desproporcionado es rigurosamente excepcional. Sin embargo, los reclamantes suelen referirse a este concepto al considerarlo el más adecuado por su carga semántica, que parece aludir a la gravedad que quieren expresar respecto del resultado lesivo que fundamenta su reclamación. Debe advertirse del desacierto de esta opción.

Para comprender mejor lo que a continuación se va a expresar, pongamos de base algunos escenarios: un paciente es intervenido de apendicitis y termina con las siguientes secuelas: parálisis de una pierna, pérdida de audición, de visión y de la capacidad de emitir sonidos, pérdida del equilibrio, de fuerza en un brazo y de la movilidad, capacidad mental reducida y escaras considerables (STS de 18 de julio de 1998); se realiza una estenosis de tráquea y se produce tetraplejia (STS de 20 de septiembre de 2005), con ocasión de la práctica de una intervención de vasectomía se produce la pérdida de un testículo (sentencia del Juzgado núm. 1 de Mérida de 26 de enero de 2023). Todos estos casos tienen el mismo denominador común: el resultado es incompatible con las consecuencias de una terapia normal, y de la anormalidad de estos resultados puede razonablemente deducirse que el servicio sanitario no ha actuado conforme a la *lex artis* y con una conducta profesional diligente pues, si no se hubiere incurrido ella, la consecuencia lesiva no se hubiera producido.

La desmesura de estos resultados justifica que la jurisprudencia haya reconocido para estos y otros supuestos que se incardinan en el llamado «daño desproporcionado» unas derivadas jurídicas de enorme relevancia en cuanto a la distribución de la carga de la prueba y en cuanto al rigor probatorio. De hecho, gran parte de la doctrina ha llegado a calificarlo como supuesto paradigmático de inversión de la carga de la prueba. En mi opinión, no llega a tanto, pero la posición procesal de ventaja con que cuenta el reclamante en estos casos respecto del *onus probandi* exige que la invocación del término deba hacerse de forma más precisa y matizada que como se hace en el argot coloquial. Así pues, para que resulte aplicable esta doctrina jurisprudencial con todas sus consecuencias favorables para los reclamantes, el supuesto de hecho ha de identificarse con lo que la doctrina ha denominado tan gráficamente *resultado clamoroso* y la jurisprudencia, daño de *consecuencias desmesuradas*, debiendo excluirse la aplicabilidad de esta doctrina jurisprudencial a cualquier consecuencia del acto médico, por nociva que esta sea, cuando del mismo no se desprendan tan desfavorables efectos (STS de 8 de julio de 2009).

El daño, pues, para ser calificado jurídicamente como desproporcionado, ha de haber generado un resultado lesivo que *exceda de lo previsible y normal*, que *no guarde relación o proporción* con la entidad de la actuación médica, y que resulte *inasumible por su desproporción* ante lo



que cabe esperar de la intervención médica. Todas estas expresiones utilizadas por la jurisprudencia permiten deducir que el daño desproporcionado, jurídicamente hablando, no es cualquier daño por muy grave o infrecuente que sea el que el reclamante pretenda describir. Como afirma De Fuentes Bardají⁹⁷, no se trata de que el resultado obtenido sea insatisfactorio o no adecuado a las expectativas del paciente, pues «*todo daño desproporcionado es indeseado, pero no todo resultado indeseado es desproporcionado*». Lo mismo puede afirmarse respecto de cada una de las siguientes características. Todas son perfectamente compatibles con el daño desproporcionado e incluso suelen concurrir con él, pero ninguna por sí misma tiene virtualidad suficiente para calificarlo como tal si no van acompañadas de otras circunstancias. Así:

- a) El daño desproporcionado no equivale a que sea grave, desorbitado, enorme, indeseable, insatisfactorio o de extraordinarias consecuencias para el paciente. Como afirma la STS de 31 de enero de 2003, en contra del error común en el que frecuentemente se incurre al identificarlo con el daño grave o de consecuencias extraordinarias para el paciente, el daño desproporcionado es —conforme a las máximas de la experiencia— un daño caracterizado por su *carácter insólito* en relación con los riesgos propios de una determinada intervención quirúrgica.
- b) Los riesgos atípicos, pese a su infrecuencia, son riesgos conocidos para el tipo de actuación médica realizada, lo que les excluye de la categoría del daño desproporcionado (STS de 6 de octubre de 2015). Para constatar si existe desproporción deben compararse los riesgos inherentes a la intervención con el riesgo efectivamente materializado, de tal suerte que, si el resultado producido no figura entre los conocidos para la misma, en mayor o menor frecuencia estadística, el daño será desproporcionado. Si, por el contrario, estamos en presencia de un daño previsible, ya sea típico o atípico, frecuente o no, el daño no será desproporcionado.

Por eso no todo riesgo atípico o imprevisible es desproporcionado si además no es *inusual* ni *desorbitado en relación con los riesgos que comporta la intervención*, con los padecimientos del paciente que se trata de atender y con el posible resultado derivado de tal intervención (STS de 2 noviembre de 2012).

- c) En ningún caso es la materialización de un riesgo inherente a la intervención, informado o no, puesto que, por definición, deben serlo los que se corresponden con los daños típicos y, por tanto, previsibles, ya sean o no frecuentes. En estos casos, lejos de en-

⁹⁷ De Fuentes Bardají, J. (2009). *Manual sobre responsabilidad sanitaria* (pág. 200). Aranzadi.



contrarnos ante un acaecimiento inexplicable, se trataría de un resultado que, aunque indeseado, se corresponde, no obstante, con las complicaciones posibles y definidas en la intervención, tanto más si de este ha sido debidamente informado y consentido por el paciente (STS de 29 de octubre de 2010). En estos casos, donde el resultado se presenta como una opción posible, aunque la posibilidad de acaecimiento se presente como lejana o poco probable, no procede aplicar la doctrina del daño desproporcionado, ya que el resultado insatisfactorio aparece tan claramente relacionado con la intervención y tratamiento aplicado que se encuentra entre los riesgos que deben ser informados (SSTS de 2 de enero y 17 de septiembre de 2012).

- d) No es desproporcionado todo daño infrecuente o escasamente probable si al propio tiempo no hay *anormalidad o excepcionalidad* en relación con lo que es usual, comparativamente hablando según las reglas de la experiencia y circunstancias en que se prestó la actuación médica.
- e) Tampoco tienen la consideración de daño desproporcionado los daños que son desconocidos para la ciencia según el estado de conocimientos o de la técnica.

Con estos parámetros, la jurisprudencia entiende el daño desproporcionado como aquel daño *inexplicable* en la esfera de la actuación profesional médica, dada su desproporción con lo que es usual comparativamente, atendiendo a las reglas de la experiencia y el sentido común, al estado de la ciencia, a las circunstancias de tiempo y lugar y a la entidad de la intervención (SSTS de 29 de junio de 1999 y de 19 de julio de 2013). Por tanto, es aquel provocado por un acto médico que produce un resultado *anormal, insólito e inusualmente grave en relación con los riesgos que comporta e incompatible con las consecuencias de una terapia normal* (STS de 2 de noviembre de 2012). Y es el que no se corresponde con las complicaciones posibles y definidas en la intervención — *no está previsto* en este limitado sentido — o en la esfera de su actuación profesional (STS de 8 noviembre de 2007). Esto es, «lo que [se] excluye [de] la consideración de un daño (...) posible y previsible» (SAP Tarragona de 22 diciembre de 2010) y que resulta anómalo al no corresponderse con los riesgos que comporta e incompatible con las consecuencias de una *normo praxis*.

La doctrina del daño desproporcionado permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de extrema anormalidad, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación de las circunstancias en que se produjo (STS de 10 de junio de 2008), que, en este contexto y en lógica coherencia, debe



exigírsele pues ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se producen sino por razón de una actuación negligente o un funcionamiento especialmente anormal del servicio sanitario, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión no puede determinar otra cosa que la imputación causal del daño producido.

2. Cuestión de matices: ¿es correcta la equiparación del daño desproporcionado con la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma)?

La jurisprudencia y la doctrina suelen equiparar el daño desproporcionado y la regla anglosajona *res ipsa loquitur* dada la coincidencia entre sus elementos configuradores: la regla *res ipsa loquitur* implica una evidencia circunstancial que crea una inmediata deducción de negligencia: de un hecho evidente y palpable se infiere no solo la vulneración grave y patente de la *lex artis*, sino que se presupone la relación de causalidad entre la acción u omisión y el resultado lesivo sin necesidad de un especial esfuerzo probatorio.

La regla *res ipsa loquitur* se utiliza para excepcionar el criterio de imputación objetiva que ofrece la llamada «conducta alternativa conforme a derecho», según la cual un daño no es imputable a su causante si, de haber actuado el mismo conforme a derecho, se hubiera producido el mismo tipo de daño y en su misma extensión, con el efecto de trasladar la prueba a quien ha actuado de forma negligente para comprobar que la conducta desarrollada por él, comparada con su alternativa diligente, no ha incrementado el riesgo de que se produzca el daño en cuestión (SAP de Zaragoza de 29 de octubre de 2014).

Dicho de otro modo: en aplicación de la regla *res ipsa loquitur* el daño y la causa son la misma cosa, por lo que, al reclamante, sin necesidad de probar la relación de causalidad, le basta con probar el daño para evidenciar que se ha infringido de forma grave la *lex artis*⁹⁸.

En el daño desproporcionado se consigue el mismo efecto, obtener una conclusión a través de una evidencia, pero sin acortar de esa forma el proceso presuntivo. La deducción sobre el nexo causal y el incumplimiento grave de la *lex artis* no se produce con la sola producción del daño, sino que se traslada a un momento posterior, al de la explicación que se le requiere al médico sobre las circunstancias de lo ocurrido, a la opinión de los expertos que deben analizar las circunstancias del caso —enfermedad, tratamiento aplicado, estado del paciente, actua-

⁹⁸ Navarro Michel, M. (2003). Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario. *Anuario de Derecho Civil*, 56(3), 1208.



ción del médico— para comprobar si ese daño puede ser explicado solo por la negligencia ostensible del sanitario o ha obedecido a otras razones —patologías previas del paciente, fragilidad de su salud, etc.⁹⁹—. De este modo, un daño que, en principio, podría calificarse como de inusual pudiera ser compatible con la diligencia y la corrección en la actuación médica y deberse a causas que escapan del parecer de un profano en la materia¹⁰⁰. Por tanto, en el daño desproporcionado, entre la producción de los hechos y la conclusión, condenatoria o exculpatoria, media la construcción y valoración de todo el bagaje probatorio del que prescinde la regla *res ipsa loquitur*. En esta las explicaciones y el material probatorio también tienen transcendencia, pero vienen indicar, incidir y desplegar efectos en un momento posterior, destruyendo la presunción de acierto de la conclusión que hasta ese momento arrojaban los hechos y sus consecuencias.

En todo caso es cuestión de matiz, pues en el sustrato ambas resultan plenamente coincidentes. Como vemos, las razones que el hospital puede esgrimir como explicación técnica, razonada y razonable, de lo acontecido son las mismas, así como la necesidad de que el facultativo haya tenido el exclusivo control de la intervención y la posibilidad de que la intervención de un tercero o de la propia víctima hayan podido romper el nexo causal.

3. Pero... ¿hasta dónde alcanza el alivio probatorio del reclamante?

Como acaba de comprobarse, las circunstancias que rodean la producción del daño desproporcionado son de tal magnitud que tienen una incidencia directa tanto en el reproche de desviación de la *lex artis ad hoc* como en el enlace causal entre la acción u omisión y el resultado lesivo provocado. En cuanto al elemento probatorio, determina, si no una completa alteración de los cánones generales del *onus probandi* sobre la concurrencia de aquellos elementos, al menos sí un alivio considerable de la carga probatoria que, de ordinario, corresponde al reclamante.

Ahora bien, ¿hasta dónde llega este alivio procesal? En mi opinión, no llega, desde luego, hasta la objetivación de la responsabilidad del centro sanitario (puesto que en la búsqueda de un responsable directo, lo que hace la responsabilidad objetiva es partir de que el causante material siempre lo es), ni hasta la total inversión de la carga de la prueba —en la que la presunción de actuación negligente del agente haría recaer en él

⁹⁹ Gallardo Castillo, M. J. *Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial*, op. cit., 130-131.

¹⁰⁰ Navarro Michel, M., op. cit., 1211.



todo el peso de la aportación de prueba, de tal suerte que su insuficiencia o falta de aportación tendría virtualidad suficiente para adjudicarle automáticamente la responsabilidad—.

Entiendo que, en aplicación de esta doctrina, para quien la invoca adecuadamente se considera verificado el nexo causal entre la actuación del profesional sanitario y el resultado dañoso, si —y solo si— la administración frente a la que se ejerce la acción no consigue ofrecer una explicación coherente —esto es, si no aporta prueba en contrario— sobre la producción del daño.

Así pues, la doctrina del daño desproporcionado lo que hace es aligerar o atenuar en el reclamante de forma considerable el rigor probatorio, pero no le exonera de la carga de aportar la prueba, que le sigue correspondiendo, para acreditar probadamente a) el daño cierto, real y efectivo generado; y b) que este no guarda proporción con la enfermedad o lesión que padecía y que motivó la atención sanitaria.

En cuanto a la cuestión de si se puede hablar jurídicamente de inversión de la carga de la prueba en el sentido de que se entienda desplazada a la administración la prueba respecto a la ausencia de nexo causal y al grado de cumplimiento de la *lex artis*, la jurisprudencia viene manejando con cierta inseguridad sus propios argumentos. Así, la STS de 21 de enero de 2021 admite abiertamente que la doctrina del daño proporcionado supone la inversión de la carga de la prueba, pues la presunción *iuris tantum* de infracción de la *lex artis* desplaza a la administración sanitaria el *onus probandi* de que su actuación ha sido *secundum artis legem*¹⁰¹. La STS de 19 mayo de 2016, sin embargo, no lo trata como un supuesto de inversión de la carga de la prueba sino como una presunción respecto de la que cabe su destrucción por parte de la administración: «ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la *lex artis* por parte de la administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación». La STS de 20 de enero de 2011, descarta directamente que la doctrina del daño desproporcionado comporte responsabilidad objetiva o «la aplicación de una regla procesal de inversión de carga de la prueba, sino el reconocimiento de que la forma de producción de determinados hechos es susceptible de

¹⁰¹ También participa de esta consideración la SAN de 18 de junio de 2014: «Ante la existencia de un resultado desproporcionado a las consecuencias previsibles y normales de un concreto acto médico, el principio general de la carga de la prueba se invierte, viniendo obligada la Administración sanitaria a acreditar que el resultado producido no deriva de una defectuosa actuación de la *lex artis ad hoc*, y que en el concreto acto médico enjuiciado se ha efectuado conforme a las reglas adecuadas que rigen la actuación médica concreta valorada, tanto en la dotación de medios, aplicación de los saberes y técnicas adecuadas al estado de conocimiento de la ciencia médica en el momento, como a su concreta aplicación en el caso enjuiciado».



evidenciar la falta de medidas de diligencia, prevención y precaución exigible según las circunstancias¹⁰²». La STSJ de Asturias de 21 de marzo de 2022, tras reconocer *expressis verbis* que la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado lleva a la inversión de la carga de la prueba, a renglón seguido afirma «no aparece acreditada [por el demandante] la relación causal entre el olvido del material y las secuelas que se predicen en el escrito de demanda, por lo que no resulta de aplicación», así, descartando que se trate de un daño desproporcionado, desestima la pretensión indemnizatoria postulada por el demandante. La STS de 18 de diciembre de 2009 libera al demandante de la carga probatoria al considerar que la doctrina jurisprudencial relativa al resultado desproporcionado justifica la inversión de la carga de la prueba eximiendo al paciente de tener que probar el nexo causal». Y la STS de 18 de octubre de 2010 deduce la relación causal si bien lo hace tras la falta de explicación de los médicos: «se evidencia el nexo causal existente entre la actividad sanitaria realizada y el daño ocasionado, máxime cuando, como razona la Sala de instancia incumbía a la administración ofrecer una explicación causal compatible con su diligencia y la de los dos médicos implicados». Por su parte, la STS de 19 de mayo de 2016 no inserta esta doctrina dentro de los supuestos de inversión de carga de la prueba sino de los principios de facilidad y proximidad probatoria: «Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria, la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño».

En mi modesta opinión, lo que ocurre en la doctrina del daño desproporcionado es que de las circunstancias y del lamentable y desmesurado resultado obtenido con el acto médico se produce una presunción desfavorable al buen hacer exigible de los servicios sanitarios que corresponde desvirtuar a la administración responsable de los mismos, de tal forma que, si pretende exonerarse de responsabilidad, deberá justificar que su actividad fue adecuada a la *lex artis ad hoc* o que se ha producido una ruptura en el nexo causal o que el daño producido estuvo fuera de su esfera de actuación. En mi opinión, para ello no se requiere acudir a la inversión de la carga de la prueba sino a los principios de facilidad y proximidad probatoria, cuyo cumplimiento los órganos judiciales y consultivos vienen exigiendo en todos los casos —y no solo en los del daño desproporcionado aunque en este se haga con mayor intensidad— a los servicios que prestaron asistencia sanitaria ya que son quienes gozan de un más fácil acceso al expediente, y que están en posesión de especiales conocimientos técnicos, lo que les coloca en una posición mucho más ventajosa que a la propia víctima.

¹⁰² En igual sentido, las SSTS de 19 de julio, de 23 de septiembre, de 17 de noviembre de 2004, de 26 de julio de 2006, de 5 de enero y de 4 de julio de 2007.



VI. A modo de conclusión

Uno de los motivos que justifica que un número considerable de reclamaciones patrimoniales en responsabilidad sanitaria sean desestimadas es la errónea identificación del daño. Así pues, no solo su concurrencia es imprescindible para que resulte resarcible, sino que identificarlo y delimitarlo correctamente es tarea fundamental para que el órgano decisor reciba con favorable acogida las pretensiones indemnizatorias de los reclamantes. Los supuestos en los que la infracción de la *lex artis* ha derivado en el fallecimiento o en secuelas físicas o psíquicas no plantean especiales problemas, pues basta con probar la relación causal y el incumplimiento de los protocolos médicos que eran de obligatoria observancia. Mas no sucede lo mismo en cuatro supuestos especialmente complejos: en la omisión del consentimiento informado con relación al riesgo que se materializa con la realización del acto médico, en las acciones *wrongful*, en la pérdida de oportunidad y en el daño desproporcionado.

En relación con el consentimiento informado, un error en que con frecuencia suelen incurrir los reclamantes es postular indemnización como daño físico por el riesgo del que no se informó en lugar de hacerlo por el daño moral derivado del derecho de autodeterminación y autonomía decisoria del paciente. Pero, aun en los casos en que acertadamente se solicita la indemnización por daño moral, la confusión suele centrarse en la errónea consideración de que la falta de información o de consentimiento lo ocasiona automáticamente, o en postularlo como daño moral autónomo (desligado del riesgo materializado) cuando dicho daño es subsumido por la indemnización que proceda por este último, o al revés. Se comete así el error de desconsiderar, en primer lugar, que no toda materialización de un riesgo inherente a la propia intervención o acto médico queda cubierta por el consentimiento informado y, en segundo lugar, que, pese a que toda infracción del deber de información al paciente supone una vulneración de su derecho a la autodeterminación, ello no genera siempre un daño moral indemnizable.

No es de menor trascendencia el error que se produce cuando en el desarrollo del acto médico se ha generado la posible y dual concurrencia de omisión de consentimiento informado y, junto a ella, un daño corporal por infracción de la *lex artis*. En tales casos el daño indemnizable por la *mala praxis* cometida por la omisión del deber de información discurre en paralelo con la infracción de la *lex artis* que correspondería al daño causado por la intervención médica, resultando absolutamente divergentes el bien jurídico protegido en una y otra y el tipo de relación causal. Por tanto, las consecuencias derivadas para el centro hospitalario por la falta de información al paciente no son coincidentes con las que resultan



de una infracción de la *lex artis* ni con el daño corporal que se origina por la intervención médica que se ha efectuado contrariamente a ella.

No son solo cuestiones jurídicas sino implicaciones éticas, morales y filosóficas las que hacen que resulte especialmente complejo no solo identificar el daño en las denominadas *Wrongful Actions* (*wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*), sino incluso considerar que este concurre en estos casos. No se requiere de especiales esfuerzos interpretativos para inferir que ni la vida —ni siquiera la vida enferma— ni el nacimiento de un nuevo ser pueden constituir un daño. Si a ello se le une que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce en favor del nacido el derecho a la eutanasia prenatal ni el derecho a nacer sano o nacer sin discapacidad, la conclusión parece obvia: las acciones *wrongful life* no son admisibles, por lo que no cabe reconocer indemnización por una supuesta vulneración de derechos que el hijo reclamante no posee.

Algo parecido podría argumentarse respecto de las acciones *wrongful birth* para cuestionar su admisibilidad como supuesto merecedor de un eventual resarcimiento en favor de los progenitores accionantes frente a la administración sanitaria. Pero en ellas se entrecruzan algunos bienes jurídicos y algunos derechos que resultan plenamente protegibles. Merece, pues, detenerse a analizar si estos consisten en la privación del derecho a abortar, del más amplio derecho de autodeterminación —que abarca el derecho a no hacerlo—, del derecho de información a conocer el estado físico del *nasciturus* o los efectos que ha provocado. Especial cuidado ha de guardarse con los conceptos indemnizatorios y forma de efectuarlos, singularmente para evitar que entren en contradicción con los postulados del daño en estos casos —como sucede cuando se concede una asignación económica en favor del hijo— o indemnizar por obligaciones —v. gr. manutención del hijo— que en el orden de las relaciones familiares el ordenamiento jurídico impone a los padres.

Las mismas cautelas deben mantenerse en las acciones *wrongful conception* en las que ni la vida, ni el nacimiento del hijo, pueden erigirse como el daño que fundamenta la reclamación. Aunque resulte imputable causalmente a los servicios médicos el fracaso del medio anticonceptivo, los conceptos indemnizatorios no pueden identificarse con gastos que desplazarían *de facto* la obligación de los padres de asumirlos.

Por diferentes motivos también resulta complicado hallar el daño y la relación causal en la pérdida de oportunidad. ¿Podría admitirse que existe un daño cuando no se sabe con certeza si este hubiera acontecido de igual forma, aunque los servicios sanitarios hubieran actuado con mayor celeridad? ¿Cabe indemnizar las meras posibilidades de curación o de mejora? ¿En qué consiste en estos casos la efectividad del daño? ¿Cómo se demuestra la relación causal, si es que esta es exigible en esta situación de incertidumbre? La respuesta de todas estas cuestiones pasa



por admitir como premisa que hay dos singularidades en la doctrina de la pérdida de oportunidad: una es el daño —que no es el resultado final acaecido a resultas de la demora— y, otra, la relación causal —que no debe ser entre la acción u omisión y dicho resultado final sino entre aquellas y la frustración de la oportunidad perdida—.

En la carga semántica del término «desproporcionado» se encuentra el motivo de mayor confusión de quienes se apoyan en él cuando pretenden subrayar la gravedad del daño alegado en su reclamación, pues olvidan que la doctrina del daño desproporcionado proporciona unas consecuencias jurídicas de extraordinario valor en cuanto a la distribución y a la carga probatoria que pesa sobre la parte reclamante, lo que hace imprescindible que no solo se requiera de esa extraordinaria gravedad sino de otras circunstancias extremas de concurrencia rigurosamente anormal. Dicho de forma sintética: coloquialmente podrán ser términos análogos o incluso sinónimos, pero no son indiferentes jurídicos, pues en derecho todo daño desproporcionado es grave, pero no todo daño grave es desproporcionado. Para que merezca tal consideración la desmesura en el daño ha de llegar a tal punto que la doctrina y la jurisprudencia también lo han venido a denominar como «daño de resultado clamoroso» o a identificarlo con la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) y ello hasta el extremo de llegar a considerar que el alivio probatorio en favor de la reclamante es tan considerable que algunas sentencias le han dado el tratamiento propio de inversión de la carga de la prueba.

VII. Referencias bibliográficas

- Arcos Vieira, M. L. (2020). La privación de la facultad de decidir sobre el aborto: ¿Un supuesto de «pérdida de oportunidad»? *Revista IBERC*, vol. 3.
- Asensi Pallarés, E. (2013). La evolución de la doctrina de oportunidad en responsabilidad médica. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (8).
- Bastida Freijedo, F. J. (2011). El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales. *Revista Española de la Función Consultiva*, (16).
- De Fuentes Bardají, J. (2009). *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Aranzadi.
- De Verda, J. R. y Chaparro, P. (2014). Responsabilidad civil médica por privación de la facultad de optar por el aborto. *Revista Boliviana de Derecho*, (17).
- Doménech Pascual, G. (2021). Responsabilidad patrimonial del Estado y COVID-19. En Velasco Caballero, F., Gregoraci Fernández, B. (Coords.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (extra 1), tomo I, Reacciones y transformaciones en el Derecho Público.
- Donato Busnelli, F. (2003). *Bioética y Derecho Privado*. Grijley.
- Elizari Urtasun, L. (2010). El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. *Revista Derecho y Salud*, 19 (Extra 1).



- Emaldi-Ciri6n, A. (2002). La responsabilidad derivada de la pr6ctica de pruebas gen6ticas predictivas. En J. I. Echano Basald6a (Coord.), *Estudios jur6dicos en memoria de Jos6 Mar6a Lid6n*. Universidad de Deusto.
- Gal6n Cort6s, J. C. (2014). *Responsabilidad civil m6dica* (4.ª ed.). Thomson-Reuters.
- Gallardo Castillo, M.ª J. (2015). Causalidad probabil6stica, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la p6rdida de oportunidad. *Revista Aragonesa de Administraci6n P6blica*, (45-46).
- (2021). *Administraci6n sanitaria y responsabilidad patrimonial*. Colex.
 - (2023). Las claves para entender y aplicar correctamente la doctrina de la p6rdida de oportunidad: C6mo, cu6ndo, cu6nto y a qui6n se indemniza. *Revista Andaluza de Administraci6n P6blica*, (115).
- Garc6a Amado, J. A. (2013). Sobre algunos mitos del Derecho de da6os. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas. En M. J. Herrador Guardia (Ed.), *Derecho de da6os*. Aranzadi.
- Garc6a Garnica, M. C. (2022). La doctrina sobre la p6rdida de oportunidades en el 6mbito sanitario: ¿Una oportunidad perdida? En M. J. Herrador Guardia (Dir.), *Responsabilidad m6dico-sanitaria*. Sep6n.
- Garnica Mart6n, J. F. (2007). La prueba del lucro cesante. *Pr6ctica de Tribunales: Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, (37).
- Gonz6lez Carrasco, M. C. (2018). P6rdida de oportunidad procesal: motivaci6n de la identificaci6n y valoraci6n del da6o y del nexo causal. Comentario a la STS de 13 de julio de 2017 (RJ 2017, 3959). *Cuadernos C6vitas de Jurisprudencia Civil*, (107).
- Latorre, Luna, L. (2018). La aplicaci6n de la doctrina de la p6rdida de oportunidad y el da6o moral como concepto indemnizable. *Bioderecho*, (8). <<http://revistas.um.es/bioderecho>>.
- L6pez, F., Guichot, E. y Carrillo, J. A. (2005), *La responsabilidad patrimonial de los poderes p6blicos*. Lex Nova.
- Luna Yerga, A. (2005). Oportunidades perdidas. La doctrina de la p6rdida de oportunidad en la responsabilidad civil m6dico-sanitaria. *Indret, Revista para An6lisis del Derecho* 2/2005. <<http://www.indret.com>>.
- Mac6a Morillo, A. (2005), *La responsabilidad m6dica por los diagn6sticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Tirant lo Blanch-Monograf6as.
- Mart6n Casal, M. y Sol6 Feliu, J. (2002). Comentario a la STS de 7 de junio de 2002. *Cuadernos C6vitas de Jurisprudencia Civil*, (60).
- Mart6n Casals, M. y Sol6 Feliu, J. (2004). Comentario a la STS de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3916). *Cuadernos C6vitas de Jurisprudencia Civil*, (64).
- Mazeaud y Tunc, (1977). *Tratado te6rico practico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. (Trad. Alcal6-Zamora y Castillo). Tomo 3. Vol. 1. Ediciones Jur6dicas Europa-Am6rica.
- Mazzilli, E. (2012). La acci6n de *Wrongful Life* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas. *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, 1(10/2012).



- Medina Alcoz, L. (2007). *La teoría de la pérdida de oportunidad, Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Thomson-Cívitas.
- (2009). Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*. <<http://asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Luis%20Medina.pdf?phpMyAdmin=9eb1fd7fe71cf931d58819>>.
 - (2009). La responsabilidad patrimonial como respuesta a la incertidumbre causal: ¿problema del daño, de la causa o de la prueba? *Revista Teoría y Derecho*, (6).
 - (2012). Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: A propósito de la STS, Sala 3.ª, de 27 de septiembre de 2011. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (153).
- Navarro Michel, M. (2003). Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario. *Anuario de Derecho Civil*, 56(3).
- Pachecho-Jiménez, M.ª N. (2011). Acciones *wrongful birth* y *wrongful life*: una controvertida vía de responsabilidad civil médica. *Seminario Permanente de Ciencias Sociales Documentos de trabajo 2011/2*. Universidad Castilla-La Mancha. <<https://biblioteca.uclm.es/-/media/Files/C01-Centros/cu-csociales/documentos2011/2-2011.ashx?la=es>>.
- Pantaleón Prieto, A. F. (1990). Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. *Centenario del Código Civil (1889-1989)*. Tomo II. Centro de Estudios Ramón Areces.
- (2000). Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas). En J. A. Moreno Martínez (Coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Dykinson.
- Pasquau Liaño, M. (2012). Infracción, daño moral y atribución de riesgos. A propósito de la evolución jurisprudencial sobre la RC por falta de información al paciente. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, (43).
- Ribot Igualada, J. (2007). La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado. *Revista de Derecho Privado*, (91).
- Romero Coloma, A. (2009). Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica. *Diario La Ley*, (7231), Sección Doctrina, 1 de septiembre de 2009. Ref. Derecho-269, La Ley 13466/2009. <<https://laleydigital.laleynext.es/Content/Inicio.aspx>>.
- Sardinero García, C. (2016). *Responsabilidad administrativa, civil y penal, por falta de información en el ámbito clínico. Criterios indemnizatorios*. Tirant lo Blanch.
- Toulemon, A. y Moore, J. (1968). *Le préjudice corporel et moral en droit commun* (3.ª ed.). Sirey.
- Vicente Domingo, E. (2002). El daño. En L. F. Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*. Aranzadi.
- Zavala de González, M. (2005). *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Hammurabi.



Procedimiento administrativo e inteligencia artificial

Administrative procedure and artificial intelligence

ROBERTO GONZÁLEZ DE ZÁRATE LORENTE

Doctor por la Universidad del País Vasco.

Profesor de Derecho Administrativo y de la Unión Europea

Universidad Complutense

E-mail: rzaratel@ucm.es

ORCID: 0000-0002-9207-7480

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.130.2024.05>

LABURPENA: Lan honetan azaltzen dugu administrazio-prozeduran adimen artifizialaren abantailak sartu behar direla, baina, betiere, prozeduran interesa duten pertsonen eskubideak eta interes publikoa babesteko behar den zuhurtziaz. Zehazki, Adimen Artifizialari buruzko aurretiazko gogoeta labor batzuk hartu ditugu abiapuntutzat, eta indarrean dagoen araubide juridikoari erreferentzia egin ondoren, administrazio-prozedurari erreparatu diogu: beharrezko berme batzuk ezarri behar dira, hau da, gizakien ikuskapena, algoritmoak eta AA erabiltzeak ekar ditzakeen arriskuak minimizatzeko eta horiek administrazio-prozeduran erabiltzeko aukera aztertzeko. Berme horiek errespetatzen direla zainduko dute jurisdikzio-organismoek.

HITZ GAKOAK: Adimen Artifiziala. Administrazio-prozedura. Diskrezionalitatea. Gizakien ikuskapena. Jurisdikzio-kontrola.

ABSTRACT: In this paper we want to address the need to take on board the advantages of artificial intelligence in the administrative procedure, while adopting the necessary precautions for the protection of the rights of the persons involved in the procedure and the public interest. Specifically, we start with some brief preliminary considerations on the subject of AI, and after a reference to the current legal regime, we will look at the administrative procedure: the need to articulate the necessary guarantees, in particular, human supervision, in order to minimize the risks that the use of algorithms and AI may entail, and the possibility of using them in the administrative procedure. The ultimate control of the respect of these safeguards will be a matter for the courts.

KEYWORDS: Artificial intelligence. Administrative procedure. Discretionality. Human monitoring. Jurisdictional control.

RESUMEN: En el presente trabajo queremos atender a la necesidad de asunción en el procedimiento administrativo de las ventajas de la inteligencia artificial,

si bien adoptando las necesarias cautelas a efectos de la tutela de los derechos de las personas interesadas en el procedimiento y del interés público. En concreto, partimos de unas consideraciones sucintas previas en materia de IA, y tras una referencia al régimen jurídico vigente, atenderemos al procedimiento administrativo: la necesidad de articulación de unas garantías necesarias, en particular, una supervisión humana, con el fin de minimizar los riesgos que puede conllevar la utilización de los algoritmos y la IA, y la posibilidad de utilización de estos en el procedimiento administrativo. La fiscalización última del respeto de tales garantías corresponderá a los órganos jurisdiccionales.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial. Procedimiento administrativo. Discrecionalidad. Supervisión humana. Control jurisdiccional.

Trabajo recibido el 28 de agosto de 2024

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de septiembre de 2024

