



LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS WRONGFUL ACTIONS.

Realizado por la alumna: Claudia Inmaculada Pérez Martín

Tutorizado por: Juan Antonio García García

Máster de Acceso a la Abogacía

*A mis padres y a mis
hermanos, gracias por su
apoyo incondicional siempre.*

ÍNDICE

PÁGINA

| | |
|---|----|
| 1. RESUMEN..... | 4 |
| 2. INTRODUCCIÓN..... | 5 |
| 3. PRIMERA PARTE: LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA..... | 6 |
| 3.1 Concepto. Conceptualización..... | 6 |
| 3.2 Lex Artis..... | 10 |
| 3.2.1 El consentimiento informado..... | 11 |
| 3.3 Componentes de la responsabilidad..... | 13 |
| 3.3.1 Culpa..... | 13 |
| 3.3.2 Daño..... | 15 |
| 3.3.3 Nexo causal..... | 16 |
| 4. SEGUNDA PARTE: LAS WRONGFUL ACTIONS..... | 18 |
| 4.1 Concepto..... | 18 |
| 4.2 Tipos..... | 20 |
| 4.3 Componentes de la responsabilidad civil..... | 23 |
| 4.3.1 Daño..... | 23 |
| 4.3.2 Sujetos que pueden reclamar..... | 24 |
| 4.3.3 Nexo causal..... | 24 |
| 5. TERCERA PARTE: SITUACIÓN EN ESPAÑA (WRONGFUL ACTIONS)..... | 28 |
| 5.1 Análisis jurisprudencial..... | 28 |
| 6. CUARTA PARTE: REPARACIÓN DEL DAÑO..... | 32 |
| 6.1 Principales vías y formas de reparación del daño..... | 32 |
| 6.2 Función dentro de la responsabilidad civil..... | 33 |
| 6.3 Vías Procesales de reclamación y jurisdicción competente..... | 34 |
| 6.4 El seguro de responsabilidad civil..... | 36 |
| 7. CONCLUSIONES..... | 37 |
| 8. BIBLIOGRAFÍA..... | 38 |

Resumen

El presente trabajo se basa en la responsabilidad civil médica proveniente de diagnósticos erróneos o deficientes otorgados por expertos en el mundo sanitario y la posterior reparación del daño. Es dentro del campo de la responsabilidad civil, uno de los temas que más importancia entraña, mejor definido como la responsabilidad civil por diagnósticos prenatales o mejor denominadas “*Wrongful actions*”.

A su vez dentro de las *Wrongful actions* encontramos dos subtipos denominados “*Wrongful life*” y “*Wrongful birth*”. El primero hace referencia a los supuestos en los que son los propios niños nacidos con problemas los que demandan a estos profesionales médicos y la segunda, los mismos progenitores serán quienes -en su propio nombre y derecho- interpongan la correspondiente demanda ante los Tribunales.

En una traducción en nuestra lengua podríamos definirlo como, acciones por vida inapropiada y, en segundo lugar, acciones por nacimiento inapropiado.

Abstract

The present work is based on medical civil liability arising from erroneous or deficient diagnoses granted by experts in the health world and the subsequent repair of the damage. It is within the field of civil liability, one of the most important issues, better defined as civil liability for prenatal diagnoses or better called "Wrongful actions".

In turn, within the Wrongful actions we find two subtypes called “Wrongful life” and “Wrongful birth”. The first refers to the cases in which it is the children born with problems themselves who sue these medical professionals and the second, the parents themselves will be the ones who - in their own name and right - file the corresponding lawsuit before the Courts.

In a translation in our language, we could define it as inappropriate actions for life and, secondly, actions for inappropriate birth.

Introducción

La profesión del sanitario implica asumir una serie de riesgos derivados de los bienes jurídicos de gran calado con los que tienen que lidiar día tras día, como son la vida, la integridad física, moral, etc.

Durante los años setenta y anteriores, la jurisprudencia fue muy escasa. Es a partir de los años ochenta, cuando comienza a observarse un incremento de las sentencias relativas a las negligencias médicas, y ya en los noventa, con el avance de las tecnologías y el incremento de las intervenciones, se produce un aumento considerablemente de las negligencias médicas y con ello de las demandas.

La responsabilidad civil es uno de los campos que más importancia tiene dentro del Derecho Civil. Hoy en día -dado el número de intervenciones a diferencia de otras épocas-, se siguen dando numerosos casos en los que a causa de un mal diagnóstico nacen niños con anomalías, malformaciones, taras o deficiencias, y en los que existe una responsabilidad, y por consiguiente una indemnización. Es el caso de las llamadas *Wrongful actions* que estudiaremos en este trabajo de Fin de Máster.

La responsabilidad civil, en general, trata siempre de reparar un daño causado, independientemente del ámbito en el que se produzca. Es por ello por lo que actualmente ha pasado a denominarse “*derecho de daños*”. Esta restitución va a revestirse, resarciendo el daño producido por medio de una indemnización, es decir, se trata de volver a poner a ese tercero en la posición que se encontraba sin haber sido dañado.

Hace un tiempo atrás era prácticamente inviable e impensable la idea de que los progenitores demandaran a los profesionales médicos por actuaciones negligentes, pero hoy en día ello es posible, y cada vez más está aumentando el número de demandas por estas causas, lo que supone un gran avance.

A diferencia de los Tribunales españoles veremos como otros países acogen mejor que en España este tipo de demandas y donde, en ellos, es posible que la propia persona que nace con la tara demande al profesional médico, conocidas estas como “*wrongful life*”.

Para hacer un análisis completo de estas acciones, comenzaré en un primer momento conceptualizando la responsabilidad civil médica, concepto, tipos, *lex artis*, así como los elementos de la responsabilidad, para pasar en una segunda parte a las *wrongful actions*, concepto, análisis jurisprudencial, y la reparación del daño causado.

PRIMERA PARTE: LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

1. Concepto. Conceptualización.

La idea principal sobre la que hay que partir para conceptualizar la responsabilidad civil médica derivada de daños causados por profesionales médicos en el ejercicio de sus funciones, consiste en la diferenciación, de a qué régimen asistencial vamos a atender, si es público o privado. Dependiendo de a cuál nos refiramos, las normas, ámbitos prestacionales, así como los órganos jurisdiccionales van a ser totalmente distintos. En el primer caso estaremos haciendo referencia a las Administraciones Públicas y al procedimiento administrativo común y, en el segundo caso, -del que va a radicar este trabajo-, al régimen civil y, por consiguiente, al orden jurisdiccional civil. Para que la responsabilidad civil surja es imprescindible, en primer lugar, que se produzca un evento dañoso, atribuible a un agente cuya conducta sea calificada de culposa; o, dicho en otras palabras, la responsabilidad surgirá cuando al agente productor de un evento se le atribuya la culpa en relación con el daño que se produce¹. La responsabilidad civil médica puede considerarse como *“la obligación de resarcir los daños y perjuicios derivados de la prestación de servicios de asistencia sanitaria”*². De especial importancia el estudio de esta institución, pues surge como principal reparador del daño causado, en este caso, por la actividad médica a los bienes jurídicos de la vida y la integridad física.

La responsabilidad viene contenida en el artículo 1902 del Código Civil que considera que *“El que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

La jurisprudencia ha venido considerando como hizo en la STS de 8 de mayo de 2003, *“que la responsabilidad civil médica está basada en la culpa, pues requiere siempre una negligencia o falta de diligencia en su actividad”*. Por lo tanto, cualquier profesional médico podría quedar libre de responsabilidad siempre que pruebe que sus actuaciones fueron en consonancia con los usos y técnicas adecuadas para conseguir dicho fin.

La aplicación de la teoría de la culpa a la responsabilidad civil del médico ha dado lugar a la llamada *culpa médica*. En nuestro país, ATAZ ha definido la culpa médica adaptando

¹ VÁSQUEZ BARROS, S: “Responsabilidad Civil de los médicos”. Editorial tirant to Blanch, Valencia, 2009. P. 251.

² ORTÍ VALLEJO, Antonio: “La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos: Daños a la salud y seguridad de las personas”, Aranzadi, Navarra, 2006, pp.200.

el art. 1.104 del Código Civil a la actividad sanitaria como la infracción por parte del médico o del cirujano de algún deber propio de su profesión y, más concretamente, del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar³. Esa diligencia viene dada por la denominada *lex artis*, a la que nos referiremos posteriormente. Gracias a ella podremos diferenciar la culpa médica de la llamada culpa común o general⁴.

Antes de terminar de conceptualizar la responsabilidad civil médica, quiero hacer una debida consideración al ámbito contractual y extracontractual donde encajamos esta responsabilidad. Si se trata de una obligación de medios y no de resultado, debida a su especial discrepancia doctrinal.

En España, y a partir de una doctrina que algunos autores expusieron con detalle en los años ochenta, ha sido tardía pero decidida la aplicación de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado a la actividad médica por parte de la jurisprudencia; ya las SSTs (Sala 2ª) de 5 julio 1877 y 8 octubre 1963, y la de la Sala 1ª de 21 marzo 1950 se hacían eco de la distinción. Y a partir de las SSTs (Sala 1ª) 20 febrero y 4 noviembre 1992, o 26 mayo 1986, se afirma que “*la actividad médica genera obligaciones de medios y no de resultado, pues el médico no está obligado a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y la denominada lex artis ad hoc*”. Por su parte, indica la STS 29 septiembre 1991 que ha de rechazarse la responsabilidad por riesgo porque “*el médico no crea riesgos sino trata los peligros de la enfermedad*”⁵.

Como antes consideré, generalmente en España se ha venido considerando y de forma lógica, que la actividad profesional que realiza un sanitario debe considerarse una obligación de medios pues ningún profesional puede prometer y garantizar la curación total de un paciente. Sin embargo, esta lógica no es tan clara, pues los medios de los que puede disponer un médico especialista sobre una determinada patología no son los mismos que puede tener un médico de cabecera. Es por esta razón por la que se comienza a entrar en el campo de obligación de medios-resultado y a su vez en subdivisiones dentro de ellas. Lo mismo ocurre con la llamada “*medicina voluntaria*

³ ATAZ LÓPEZ, Joaquín: Los médicos y la responsabilidad civil, Montecorvo, Madrid, 1985.

⁴ LLAMAS POMBO, E.: Doctrina general de la llamada culpa médica. Catedrático de Derecho Civil. p. 5.

⁵ LLAMAS POMBO, E.: Doctrina general de la llamada culpa médica. Catedrático de Derecho Civil. P5.

o satisfactiva”, donde el profesional médico se compromete a obtener un determinado resultado.

Con carácter general, se suele considerar que la calificación de la obligación del facultativo en el ámbito de la medicina curativa como una obligación de medios, encuentra su justificación en el hecho de que la medicina no es una ciencia exacta. Por el contrario, en el buen fin del acto médico pueden incidir factores aleatorios, tales como el propio estado y evolución del enfermo, así como complicaciones extrañas al acto del facultativo (desde infecciones hospitalarias o defectos del sistema sanitario, hasta eventos imprevisibles e inevitables)⁶.

De igual manera, no cabe suponer que existe el elemento de la culpa cuando la curación o el resultado favorable del tratamiento no se consigue, como parece sostener cierta doctrina; y así lo entendemos precisamente por constituir cuestiones diferentes el resultado querido y los medios empleados. Si se fracasa en el tratamiento, todo lo que puede exigirse al médico es que demuestre la adecuación de los medios empleados en el tratamiento, pero nunca su total diligencia, lo cual viene además avalado por las dificultades de orden probatorio que tal exigencia supondría.

Si partimos de la base de que el deber principal y, por lo demás, más frecuente de los que asume el médico - esto es, el deber de asistencia y cuidado del enfermo-, constituye una obligación de medios, es necesario admitir la existencia de determinados supuestos en que se presenta una obligación de resultado, bien entendido que se trata de casos excepcionales. Como son los siguientes:

1º) La proyección de dictámenes y certificados.

2º) Los análisis clínicos.

3º) El contrato de clínica o de hospitalización, incluye indudablemente también algunas obligaciones de resultado.

4º) En el terreno de la odontología, y respecto a la colocación, adaptación y suministro de prótesis dentales, existen ciertos problemas, aunque en general se considera como obligación de resultado.

5º) La cirugía estética.

6º) Existen otros supuestos en que cabe asignar al médico una obligación de resultado, tales como la colocación de prótesis y aparatos ortopédicos, y las

⁶ GARCÍA GARNICA, M. C: “Aspectos básicos de la responsabilidad Civil Médica”. Editorial Thomson Reuters. Navarra. 2010, p. 26.

intervenciones menores como la fimosis, amígdalas, etc., siempre que se realicen en circunstancias normales.

7º) Por último, mencionar la promesa de curación, como admisión potestativa de la obligación de resultado: Se trata del compromiso, asumido contractualmente por parte del médico, de obtener un resultado satisfactorio al término de su intervención. De todas formas, las promesas de curación hechas por el médico, siempre y cuando no sean un simple modo de levantar el ánimo al enfermo constituyen la promesa de un hecho incierto cuya realización no depende sólo de la voluntad del deudor y cuyo efecto no es otro que la asunción del riesgo del fracaso producido por caso fortuito o fuerza mayor, posibilidad que ofrece el art. 1.105 del C. Civil ⁷.

Por lo tanto, está claro que para adjudicar de forma más precisa la responsabilidad en el profesional sanitario quizás debemos apelar al incumplimiento que sobre los mismos pesa el deber de información al paciente, y por lo tanto la culpa derivada de ello. Deber de información al que posteriormente me referiré en otro apartado del trabajo.

Sin embargo, en torno a esta consideración existen diversas contrariedades tanto doctrinales como jurisprudenciales. Fue en la Sentencia del Tribunal Supremo de febrero de 2015, donde declara la anterior doctrina expresamente contraria a la que en la actualidad se mantiene por la Sala 1ª del TS en cuanto a la actividad de medios, sin diferencia en función de la especialidad médica. Se concluye a la luz de esta Sentencia, -sin ningún tipo de duda-, que la responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto, y que no es admisible mantener la distinción entre obligación de medios y de resultados en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no solo físico (SSTS 30 de junio; 20 de noviembre 2009 y 27 de septiembre de 2010).

2. Lex artis

Establece el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de marzo de 2012, que *“La lex artis puede definirse como el conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio”*. Y en lo que refiere al ámbito sanitario en cuestión, establece la STS 415/2007, de 16 de abril de 2007 que:

⁷ LLAMAS POMBO, E: La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos. Ed. Trivium. Madrid. 1988. pp 209 y ss.

“Se entiende por lex artis ad hoc, aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tienen en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y en su casos, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto conforme a la técnica normal requerida”.

La “Lex Artis ad hoc” recoge todas las distintas formas de actuar exigibles respecto del acto concreto en el cual se produce la intervención profesional, además de las circunstancias en las que se desarrolla el hecho y las posibles incidencias en lo que supondría una actuación profesional normal.

De esta forma, la Lex Artis ad hoc comporta no solo el cumplimiento formal de las técnicas, sino la aplicación de las mismas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención. De este modo, cuando se produzca una actuación no ajustada a la Lex Artis de un profesional médico estaríamos ante un supuesto de responsabilidad médica.

Como requisitos para que tenga lugar la responsabilidad médica, el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de enero de 1991, señaló que ha de concurrir: *“que la conducta sea negligente, que exista un daño, y, por último, una relación causal entre esa conducta negligente y el daño”.*

1.1 Consentimiento informado

La Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁸, y concretamente el artículo dos, apartado segundo, establece que: *“Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”.* Además del apartado sexto, *“Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está*

⁸ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”, además de la sentencia del 13 de abril de 2016 que recoge el deber de proporcionar al paciente la información necesaria para que este pueda prestar el correcto consentimiento, en referencia a la buena praxis y a la precisión que debe ser exigida al profesional médico.

BEAUCHAMP⁹ estableció este cambio de medicina como *“la limitación intencionada de la autonomía de una persona por parte de otra, cuando la persona que limita la autonomía apela exclusivamente a motivos de beneficencia hacia la persona cuya autonomía está limitada”*¹⁰.

De otra manera, GARCÍA GARNICA¹¹ afirma que uno de los aspectos más importantes ha sido la evolución de la voluntad del paciente. Desde la postura paternalista -donde todo el peso de las decisiones recae sobre el profesional médico-, hacia la salvaguarda de la autonomía de la voluntad, a partir de la figura del consentimiento informado que supone la involucración del paciente en sus propias decisiones, y *“la cual, ha consolidado definitivamente la evolución de la concepción del paciente como sujeto pasivo de la relación médica a la del paciente como titular de derechos”*¹².

Debemos, de igual manera, que hicimos en la *lex artis*, diferenciar cuando estamos ante la medicina asistencial o satisfactiva, pues el deber de diligencia dentro del tipo de medicina varía en función de si estamos ante una u otra, como es el caso, la medicina satisfactiva exige una doble diligencia de información y consentimiento.

⁹ BEAUCHAMP (Austin, 1939): Filósofo estadounidense especializado en la filosofía moral, la bioética y la ética animal.

¹⁰ BEAUCHAMP, T.L., Mc Cullough, L.B. *Ética médica. Las responsabilidades morales de los médicos*, Labor, Barcelona, 1987 pág. 98.

¹¹ GARCÍA GARNICA, M. C: *“Aspectos básicos de la responsabilidad Civil Médica”*. Editorial Thomson Reuters. Navarra. 2010.

¹² GARCÍA GARNICA, M.C.: *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Aranzadi, Pamplona, 2010 pág. 115.

Sin embargo, refiriéndonos al contenido del deber de información, nos encontramos ante un problema que se plantea en cuanto a los riesgos que deben ser informados. Para ello, acudiremos a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013, donde el TS diferencia entre riesgos típicos y atípicos, estableciendo que *“no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria”*. Por el contrario, observamos como en el otro tipo de medicina satisfactiva, se plantea casi como una obligación la información de estos riesgos atípicos, y lo vemos en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011, que establece que *“el deber de información se hace especialmente exigente en intervenciones médicas no necesarias, en las que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta de la necesidad o falta de premura de la misma y porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retractación de los pacientes a someterse a la intervención”*.

Es muy importante tener claro, como el Tribunal Supremo tiene en cuenta en la medicina satisfactiva, la necesidad de hacer ver al paciente la voluntariedad de el sometimiento a la misma, y para ello establece la obligación de exponer de forma detallada los riesgos tanto típicos como atípicos que se pueden ocasionar.

El artículo 10 de la ya citada ley¹³, establece el contenido al que debe hacer alusión el facultativo la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones”.

Generalmente, y como establece el artículo 8.2, el consentimiento será verbal, salvo en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos

¹³ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. El motivo de esta variación es dejar constancia de la información facilitada al paciente y la posterior aceptación de esta, en comparación con consentimiento verbal, que presenta un problema probatorio.

Sin embargo, el legislador deja al criterio del profesional médico a modo de cajón de sastre, con el artículo 10.2¹⁴, la posibilidad de que cuando se generen dudas acerca de si solicitar el consentimiento verbal o escrito, poder elegirlo.

En segundo lugar, y dentro del consentimiento informado, es preciso realizar una mención a su alcance, y que como anteriormente citamos dentro de la conceptualización de la responsabilidad civil médica, definiéndola como una actividad de medios y no de resultado. Observamos que para este caso que si el profesional medico actuó de forma diligente, conforma a la *lex artis ad hoc*, y los problemas hayan surgido empleando los medios adecuados y normales y adecuados con la actuación, la responsabilidad en este caso sería asumida por el propio paciente.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2000 vino a defender al paciente estableciendo que *“la existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada”*. Surge así la posibilidad de que, ante una negligencia médica, el paciente pueda reclamar una indemnización para el caso concreto.

3.2 Componentes de la responsabilidad

3.2.1 Culpa

Establece el artículo 1904 del Código Civil que *“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”*.

Para seguir conceptualizando la culpa y su contenido, acudiremos para ello a diversas sentencias. En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1986

¹⁴ *“El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”*.

fue la primera que consideró que *“su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revela un desconocimiento cierto de sus deberes, sin que se pueda exigir al facultativo el vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o por otros motivos”*.¹⁵

Por otro lado, en la sentencia de 20 de noviembre de 2009, el Tribunal Supremo consideró que *“En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba. El criterio de imputación del art. 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa”* demostrando que *“el acto quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo”*. De esta manera, el Tribunal Supremo, indica a quién va a corresponder la carga de la prueba, al demandante-paciente. Aunque esta afirmación queda matizada en el supuesto, que en la sentencia del 31 de enero de 2003 establece que *“el daño cuando no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada”*. Establece -dentro de este la carga de la prueba-, una vía de escape al demandante ante aquellos daños que fueron ocasionados sin haber sido reconocidos previamente como una posible complicación. Sin embargo, fue en 2011, cuando el Tribunal Supremo, vino a establecer que *“La doctrina llamada del daño desproporcionado no comporta, al menos en sentido propio, la de un criterio de imputación de responsabilidad objetiva por una mala praxis médica...ni la aplicación de una regla procesal de inversión de carga de la prueba”*, por tanto, considerando, que la doctrina del daño desproporcionado no conlleva únicamente responsabilidad médica, sino que es necesario que para ello haya existido una falta de diligencia, es decir, de *lex artis*. Y relacionándolo con el campo de la responsabilidad civil en general, traemos a colación al civilista DE ÁNGEL YÁGÜEZ, que estableció que *“el agente responderá por el daño que se ha producido en su culpa. No responderá, entonces quien ha actuado con diligencia debida. Por tal razón, en el régimen subjetivo deberá la víctima probar la culpa del autor”* ¹⁶.

¹⁵ Refiriéndonos en este caso al contenido de *“la lex artis ah hoc”*, contenida en los apartados anteriores.

¹⁶ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R: Lecciones sobre responsabilidad civil, Madrid, 2006, pág. 126.

3.2.2 Daño

Dentro de la responsabilidad civil, el daño es uno de los principales componentes de esta, es el fin en sí mismo, por el que nace. De esta misma importancia, surge el artículo 1902 del Código Civil que establece que “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”. El daño, es el del punto del que hay que partir para poder llegar a su reparación, a través de la indemnización. Afirma VIDAL RAMIREZ, que es en su significado más lato, el factor determinante y que fundamenta la responsabilidad civil¹⁷. Sin la existencia de daño no existiría responsabilidad civil¹⁸.

Considera GALAN CORTÉS, que el daño es un elemento fundamental e imprescindible de la responsabilidad civil, que debe ser debidamente identificado y cuantificado en cada caso¹⁹. Podemos definirlo como todo menoscabo que, a consecuencia de un determinado evento, sufre una persona en sus bienes vitales naturales, en su propiedad o en su patrimonio²⁰.

El perjudicado ha de recibir, por consiguiente, el equivalente del daño efectivo sufrido, pues cualquier indemnización inferior o superior al mismo supondría un empobrecimiento o un enriquecimiento injusto, respectivamente, y de lo que se trata es de resarcir no de enriquecer ni de empobrecer²¹.

A la hora de efectuar la valoración, la jurisprudencia ha optado, de forma mayoritaria, por efectuar una valoración global que deriva de una apreciación racional aunque no matemática, pues se carece de parámetros o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones, en dicha suma total, el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria. En cualquier caso, la indemnización establecida en la sentencia ha

¹⁷ VIDAL RAMIREZ, F.: *La Responsabilidad Civil*. Dialnet. Página 1

¹⁸ A diferencia de la Responsabilidad penal, donde puede existir sin haber un daño efectivo.

¹⁹ GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad Civil Médica*, Editorial Thomsoms Reuters, Navarra, 2018, p. 961.

²⁰ MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp-339-332.

²¹ ROCA TRÍAS, E. “Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño”, *Anuario de Derecho Civil*, 2004, Volumen LVII, Fascículo III, julio-septiembre, pp. 901-928.

de hallarse perfectamente motivada, expresando los parámetros y circunstancias que han conducido a su determinación²².

3.3.3 Relación de causalidad

Entre el comportamiento del agente y el daño acaecido ha de existir una relación de causalidad, lo que constituye un presupuesto de la responsabilidad, en tal forma que la relación de causalidad ha de quedar probada²³. Estableció el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de julio de 1994, que “*siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva (acción u omisión) del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse, por ser desconocida la causa generadora del evento dañoso*”. Por consiguiente, la prueba del nexo causal constituye un elemento básico e imprescindible para que pueda declararse la responsabilidad civil. Analizaremos a continuación las distintas teorías desarrolladas sobre la relación de causalidad y que resultan de especial interés en el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria²⁴.

En primer lugar “*la teoría de la equivalencia de las condiciones*”, consideró que según la regla del “*but for test*”, para que una persona sea responsable de un daño es necesario concluir que, de no haber sido por la conducta de esa persona, el perjuicio no se hubiera producido, de tal manera que la conducta del demandado es condición necesaria del daño sufrido²⁵. Esta doctrina, en la actualidad, no goza de total aceptación, pues no parece razonable hacer recaer sobre uno solo de los múltiples antecedentes del daño la causalidad de este, especialmente cuando otros sucesos han tenido significativa incidencia en su producción (casos de “*causalidad concurrente*”)²⁶.

²² GALÁN CORTÉS, J. C: *Responsabilidad Civil Médica*, Editorial Thomsoms Reuters, Navarra, 2018, pp. 962-963.

²³ GALÁN CORTÉS, J. C: *Responsabilidad Civil Médica*, Editorial Thomsoms Reuters, Navarra, 2018, p. 569.

²⁴ GALÁN CORTÉS, J. C: *Responsabilidad Civil Médica*, Editorial Thomsoms Reuters, Navarra, 2018, p.574.

²⁵ MEDINA ALCOZ, La teoría de la pérdida de oportunidad, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2007, pp. 247-276.

²⁶ GALÁN CORTÉS, J. C: *Responsabilidad Civil Médica*, Editorial Thomsoms Reuters, Navarra, 2018, p.575.

En segundo lugar, encontramos “*la teoría de la causalidad próxima*”, según la cual el hecho más próximo del daño es su causa. De esta manera YZQUIERDO TOLSADA consideró que “*solo se reconoce así la relevancia a la causa más próxima en el tiempo, esto es, a la inmediatamente anterior a la producción del daño. Todas las demás se consideran intrascendentes a efectos jurídicos*²⁷”.

En tercer lugar, “*la teoría de la causalidad adecuada*”, a diferencia de la teoría de la causalidad más próxima, la causalidad adecuada considera que todos los antecedentes, posibles o razonables, son causa directa e inmediata de los mismos. En todas las situaciones en las que un hecho es el antecedente imprescindible de otro, existen unas en las que el segundo el resultado aparece como un resultado probable del primero, y otras en las que, pese a haber concurrido la causalidad, la producción final de ese resultado resulta improbable. La teoría de la adecuación toma en consideración el segundo tipo de situaciones (que la causa del daño se queda contemplar, además, como una consecuencia probable del hecho enjuiciado), teniendo también en cuenta las circunstancias que concurren en el caso concreto²⁸.

Y, por último, encontramos “*la teoría de la imputación objetiva*”. Refiere LUNA YERGA, que mientras la teoría de la causalidad responde a la posible existencia o no de la relación causa-efecto entre la conducta del demandado y el daño, la teoría de la imputación objetiva da respuesta a una cuestión diferente: si el demandado debe responder, y hasta que extremo, de las consecuencias que su conducta ha provocado²⁹. Propone DE ÁNGEL YÁGÜEZ que la doctrina de la imputación objetiva quizá pudiera llamarse, mejor, doctrina de la no imputación objetiva, puesto que, a su entender, lo más valioso que esa teoría aporta consiste en determinar cuando no está justificada la aplicación del principio de que quien desencadena un proceso lesivo deba responder (conforme al criterio de la equivalencia de las condiciones) de todos los daños efectivamente resultantes³⁰.

²⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M: “*Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos y consecuencias*”. Editorial Dykinson, 2016, p, 208.

²⁸ BUSTO LAGO, J.M y REGLERO CAMPOS, L.: *Lecciones de responsabilidad civil*. Editorial Thompson Reuters, página 108.

²⁹ LUNA YERGA, A.: *Responsabilidad Médico-Sanitaria y del Medicamento*, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

³⁰ GALÁN CORTÉS, J. C: *Responsabilidad Civil Médica*, Editorial Thomsoms Reuters, Navarra, 2018, p.580.

Sin embargo, no hay unanimidad en la doctrina. El Tribunal Supremo se ha aproximado especialmente a la teoría de la causalidad adecuada, considerando en la sentencia del 14 de febrero de 2000 que "*exige para apreciar la culpa del agente que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo valorarse en este caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive como consecuencia del efecto lesivo producido*". Así mismo, la Sala 1º del TS, ha acogido con entusiasmo en los últimos años los distintos criterios de imputación objetiva, en el intento de superar las insuficiencias de otras construcciones dogmáticas propuestas para solventar, precisamente, los problemas que siempre se han reconocido en el juicio de responsabilidad.

SEGUNDA PARTE: LAS WRONGFUL ACTIONS

Hasta esta segunda parte, he tratado de estudiar la responsabilidad civil médica y concretamente, su marco general. Es a partir de este momento, en el que me voy a centrar en el tema especial del trabajo, la responsabilidad civil derivada de diagnósticos prenatales y preconceptivos.

4.1 Concepto

Las "*Wrongful Actions*" son acciones orientadas a imputar responsabilidad en el profesional sanitario por haber privado a la madre de la posibilidad de evitar o de terminar el embarazo, y pueden ser de tres tipos: *wrongful birth*, *wrongful life* y *wrongful conception*.

Su denominación anglosajona viene a significar en nuestro idioma que, en el primer caso, *wrongful birth* hace referencia a un nacimiento injusto; en el segundo supuesto, *wrongful life*, una vida injusta, y en el tercer supuesto, *wrongful conception*, una concepción ilícita. La denominación de estas acciones por los diferentes ordenamientos jurídicos proviene de Estados Unidos. Y surge como consecuencia de la consolidación del aborto. Considera MACÍA MORILLO, que, aunque en ninguno de los ordenamientos en los que se han ido planteando estas acciones se ha alcanzado una solución unánime, sí que se pueden ir estableciendo de alguna manera ciertos patrones: al menos, el acogimiento más o menos grande de las acciones de *wrongful*

birth, y salvo en contadas excepciones, la desestimación y poco cariño a las *wrongful life*³¹.

Dentro de este apartado de conceptualización de las acciones del nacimiento, es preciso nombrar, la situación de estas en los países extranjeros, y más concretamente, en Francia y Estados Unidos por la gran aportación que supuso a los distintos ordenamientos jurídicos.

1. Francia. *Caso Arrêt Perruche*.

Tras la sentencia de la Cour de Casation de 17 de noviembre del 2000 (*Arrêt Perruche*) se introdujo la *Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*³². Surge a consecuencia de una demanda por daños y perjuicios interpuesta por unos padres en su propio nombre y en nombre y representación de su hijo, que nació con anomalías graves; por lo tanto, se observan aquí las dos acciones previstas en este trabajo, *wrongful birth* y *wrongful life*. La Cour de París estimó que la negligencia del profesional se debió a un error de diagnóstico y, por lo tanto, se indemniza a la madre, y, por otro lado, se rechaza la demanda interpuesta en nombre del hijo. Posteriormente, en casación, se revoca la sentencia y se reconoce que la negligencia médica impidió a la madre decidir sobre interrumpir o no su embarazo, concediendo al hijo que sufrió el daño, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Debido al profundo debate suscitado por dicho pronunciamiento, tanto en los medios de comunicación como entre la población, el legislador se vio obligado a intervenir³³. Se incorpora de esta manera un artículo a la ley francesa anteriormente citada en el que se excluye rotundamente las demandas de *wrongful life* y únicamente se establece la posibilidad de las demandas interpuestas por los progenitores, es decir, *wrongful birth*.

³¹ MACÍA MORILLO, A.: “*La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamas acciones de wrongful birth y wrongful life)*”, Editorial Tirant, Valencia, 2005, p. 118.

³² <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000227015/>.

³³ MARTÍN CASALS Y SOLÉ FELIÚ: “*Responsabilidad civil por privación de la posibilidad de abortar*”. A propósito de la sentencia de la Sala 1º del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2003, Revista práctica de Derecho de daños, mayo, 2004, p.18.

2. Estados Unidos

En este país a diferencia de Francia, existen diversos casos en los que estas acciones son protagonistas. En primer lugar, el caso “*Gleitman vs. Cosgrove*”³⁴, en el que se desestima la demanda en un supuesto en el que un bebé afectado por numerosas malformaciones producidas a consecuencias de la rubeola que contrajo la progenitora durante el embarazo. Para desestimar la *wrongful birth*, los jueces se basaron en la dificultad de medir el daño, y para desestimar la *wrongful life*, se basaron en que no se podían comparar los defectos vitales con el vacío completo de la no existencia. Otro caso muy importante, es el conocido como *Custodio vs Bauer*, este supuesto se reconoce en un supuesto de ligadura de trompas a la madre, y el posterior nacimiento del bebé. De haber existido una correcta praxis médica, este nacimiento no se hubiera producido. De esta manera, el matrimonio demanda al ginecólogo en cuestión, estima la demanda, y les otorga una gran indemnización.

4.2 Tipos de Wrongful Actions

4.2.1 Wrongful birth

Como señala PACHECO JIMÉNEZ³⁵, “la acción de *wrongful birth* o de nacimiento inapropiado, injusto o erróneo, consiste en aquella demanda judicial interpuesta contra el médico por los padres de un niño con discapacidad. El médico o genetista es responsable de un daño al no proponerle a la madre una serie de pruebas, o bien al no detectar o no avisar a la mujer embarazada sobre la enfermedad o anomalía que sufre el feto, a tiempo de que ésta pueda abortar amparada por la Ley. La demanda puede ser ejercitada por ambos progenitores o por solo uno de ellos”. Así mismo VICANDI MARTÍNEZ³⁶, considera que esta figura “parte de una acción judicial que ejercitan los padres de un menor contra un centro sanitario o profesional médico en concreto, por haberse visto imposibilitados para acudir a la interrupción voluntaria de embarazo,

³⁴Sentencia *Gleitman v. Cosgrove*. Consultada en: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1967/49-n-j-22-0.html>

³⁵ PACHECO JIMÉNEZ, M.N: “*Acciones “Wrongful birth y wrongful life”*: una controvertida vía de responsabilidad civil médica”, Revista de documentos de trabajo, seminario permanente de ciencias sociales, 2011, pp.1-16.

³⁶ VICANDI MARTÍNEZ, A: “El daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitario. Un estudio Jurisprudencial. Universidad de Viña del Mar, N°3, 2009. Pp 221-241.

con motivo de taras físicas o psíquicas en el feto; pudiendo éstas ser detectadas en pruebas natales”.

Añade GALÁN CORTÉS³⁷ que, en los supuestos de *wrongful birth*, no solo se produce un daño moral directo (por la falta de preparación psicológica para el nacimiento de un niño discapacitado, con el subsecuente shock o impacto psíquico, y por la privación de la facultad de abortar), sino también un daño moral (dolor o sufrimiento ante la situación desvalida en que se encuentra el hijo) y patrimonial (gastos extraordinarios y lucro cesante de los progenitores) par ricochet o de rebote, derivado de la condición enferma del niño discapacitado.

La STS de 21 de diciembre de 2005, identificó con absoluta claridad y acierto el daño generado por un falso negativo con el resultado del diagnóstico prenatal practicado mediante una biopsia corial transabdominal bajo control ecográfico, considerando el mismo tanto en el orden moral (sufrimiento por la contemplación del hijo discapacitado y privación de su derecho de autodeterminación) como patrimonial (gastos extraordinarios ligados a la condición enferma del hijo).

Así mismo, de vital importancia la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 2010, de un diagnóstico prenatal erróneo y el nacimiento de un niño con síndrome de Down, condena solidariamente a la Administración Autonómica Valenciana y a la Universidad Miguel Hernández de Elche (habían informado que el cariotipo era 46 XY, normal, cuando en realidad era 47 XY + 21, como consecuencia de una equivocación en las extensiones de la muestra tomada, pues se hizo de una procedente de un tubo no correspondiente a la muestra extraída de la actora) a indemnizar no solo el daño moral de los padres sino también la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a un hijo con síndrome de Down, fijando una pensión vitalicia periódica mensual para el menor de 1.500,00€ revalorizables de acuerdo con el IPC, y una suma a tanto alzado para compensar el daño moral de sus padres de 75.000,00€ para cada uno de ellos.

4.2.2 Wrongful life

³⁷ GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad Civil Médica*, Editorial Thomsoms Reuters, Navarra, 2018, p.1036.

Las acciones de Wrongful life presentan mayores dificultades con respecto al primer supuesto que ya hemos visto, donde parece inevitable identificar como daño el hecho de la vida del niño, lo que hace que sean rechazadas ab initio por la mayor parte de la doctrina.

DEGUERGUE considera que en estos casos el daño no surge por el nacimiento, sino del nacimiento en un intento de fijar el daño reclamado al margen de la propia vida³⁸.

En las acciones de *wrongful life*, el niño discapacitado no reclama por vivir, sino por vivir discapacitado, de manera que el daño no es la vida, sino la vida en tan lamentable situación, que la hace intolerable hasta el extremo de que vivir puede ser peor que no haber nacido. El problema será determinar en qué casos se da esta situación extrema, lo que es algo personalísimo que solo su titular podrá evaluar, aunque resulta evidente que, aun admitiendo la enorme subjetividad del daño, se hace necesario una cierta matización externa por razones de seguridad jurídica. Al margen del daño moral, podría reclamar también el niño, si se aceptasen estas acciones, un daño patrimonial en relación con los gastos adicionales ocasionados en su propio patrimonio como consecuencia de la grave discapacidad que le afecta, siempre y cuando no sean los progenitores quienes asuman tales gastos, en cuyo caso tal reclamación sería privativa de estos, evitando así una duplicidad de esta partida económica. Con todo resulta más que controvertida, y muy dudosa en nuestro criterio, la viabilidad de estas acciones *wrongful life*, que ha sido rechazada expresamente, entre otras, por la STS de 23 de noviembre de 2007.³⁹

4.2.3 Wrongful Conception

Este tipo de acción se produce cuando el hijo no es deseado, y por ejemplo tras una ligadura de trompas o vasectomía del hombre, la mujer se queda embarazada. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de septiembre de 2014, impone al médico que practicó una vasectomía fallida, por recanalización tardía del conducto deferente (casi seis años después de su práctica), la indemnización a los padres, entre otros, de los gastos de crianza de la niña que nació tras la operación hasta

³⁸ DEGUERGUE, M.: “Les préjudices liés à la naissance”. Responsabilité civile et assurances, 1998, pp. 14-20.

³⁹ GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad Civil Médica*, Editorial Thomsoms Reuters, Navarra, 2018, p. 1040-1041.

que cumpla los 18 años. El Tribunal otorga una suma indemnizatoria total de 163.205,00€.

Es innegable que nos encontramos en este supuesto ante el nacimiento de un hijo no deseado y que, por tanto, ello genera unas consecuencias morales y patrimoniales para los progenitores que deben ser resarcidas.

4.3 Componentes de la Responsabilidad Civil

4.3.1 Daño

El daño es el presupuesto a partir del cual puede articularse la responsabilidad. Como ya he reiterado en otras ocasiones, en ninguno de los supuestos, se hace evidente que el profesional sanitario sea quien haya causado el mal que sufre el niño -en absoluto-, sino que no advirtió de él a sus progenitores que podían haber interrumpido el embarazo e impedir el nacimiento de ese niño enfermo.

De todas formas, hay que tener en cuenta que para realizar un tratamiento adecuado de estas acciones de responsabilidad es necesario distinguir entre ambas, en tanto que el daño que alegan los progenitores y el hijo es diferente, y en tanto que, por consiguiente, la constatación de los elementos de responsabilidad civil necesariamente varía.

En el caso de la *wrongful birth action*, el daño causado se sitúa en la privación a la mujer de la facultad de decisión sobre la interrupción del embarazo o la privación a los progenitores de la libertad de procreación, según se parta de un contexto de “falso negativo” en el diagnóstico prenatal o preconcepcivo⁴⁰.

En cuanto a los conceptos susceptibles de indemnización en este tipo de casos la doctrina los esquematiza en los siguientes extremos⁴¹:

⁴⁰ MACÍA MORILLO, A.: “La responsabilidad Civil médica. Las llamas acciones de Wrongful birth y Wrongful life”. Revista de Derecho, julio 2007, pp. 3-37.

⁴¹ MARTÍN CASALS, M. SOLÉ FELIU, J.: “Responsabilidad Civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003”. Working Paper, InDret 2/2004.

- El daño moral derivado del sufrimiento de los padres que deriva del nacimiento y crecimiento del hijo con malformaciones, al ser un daño que emerge directamente de la lesión de la facultad de la madre de optar por interrumpir legalmente el embarazo.
- El daño patrimonial que supone el aumento de la inversión a realizar (adaptación de vivienda o vehículo) o los costes extraordinarios que supone la vida de hijo (pérdida de ingresos por reducción de la jornada laboral o necesidad de abandono de trabajo, gastos médicos).

En el caso de la *wrongful life action*, va a ser la propia vida la que se reclama como daño, siendo accionada por la persona que nace con dichos daños. Sin embargo, como ya puse en consideración, este tipo de acciones en nuestros Tribunales quedan rechazados, argumentándose, en que tal identificación contraria al concepto de daño (PIKER), y, por otro lado, considerando que es imposible observar un daño en algo que es un beneficio como “*nacer*” (GILLON), y, además, considerando, que no puede darse la existencia de un daño porque no puede compararse la existencia de una persona enferma con la inexistencia (WINTER).

4.3.2 Sujetos que pueden reclamar

Según ante qué tipo de acción nos encontremos, los sujetos afectados van a interponer la demanda son totalmente distintos.

En el caso de la *wrongful birth*, la demanda va a ser interpuesta por los progenitores del niño nacido con malformaciones, taras, etc. Actuando los padres contra los ginecólogos responsables del seguimiento del embarazo al haberles impedido interrumpir el embarazo cuando era posible.

En el caso de la *wrongful life*, la demanda sería interpuesta por la propia persona nacida con dichas malformaciones o su representante legal⁴².

4.3.3 Relación de causalidad

⁴² MACÍA MORILLO, A.: “*Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por Wrongful birth*”. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008. RJUAM. Nº18, 2008-II, pp. 189-210.

Uno de los aspectos más controvertidos en el ejercicio de *las wrongful actions* es comprobar la relación de causalidad o nexo causal existente entre el nacimiento del niño con una tara y la privación de la madre de poder tomar la decisión de ejercer su derecho a interrumpir el embarazo.

Considera REYNAL REILLO⁴³, que para ejercer esta acción se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. El nacimiento de un hijo gravemente enfermo o malformado;
2. Que no exista remedio médico para la curación de esa enfermedad;
3. Que dicha enfermedad pudiera ser diagnosticada acorde a los conocimientos científicos del momento;
4. Que la madre no haya recibido la información completa, suficiente y comprensible (aquí incluye la falta o incorrecta realización de las pruebas diagnósticas indicadas según la *lex artis ad hoc*, al error en la valoración de las pruebas diagnósticas y la falta o insuficiencia de información);
5. Que esa gestión hubiere sido, ciertamente, interrumpida por la madre, lo que operará a modo de relación de causalidad.

Por lo tanto, en las Acciones *wrongful birth*, el nexo causal estudiado por la Jurisprudencia es el que vincula las actuaciones de los sanitarios con la posibilidad de la madre de abortar, o dicho del modo que ya se ha generalizado desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010, de poder interrumpir voluntariamente el embarazo. No se juzga si el médico, con sus intervenciones, causó la malformación o deficiencia del bebé, pero tampoco si pudo hacer algo por evitarlas. Por tanto, la relación de causalidad en este tipo de supuestos suele establecerse en lo referido a la imposibilidad de que la mujer embarazada acceda a interrumpir legalmente del embarazo.

El perjuicio a la madre se produce siempre que exista un incumplimiento por parte del médico de su obligación de información sobre las deficiencias del feto, para que esta de forma consciente y libre decida conforme su integridad física, dignidad autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, con independencia de cual sea su decisión de abortar o no abortar, en el supuesto de haberlas conocido en el tiempo

⁴³ REYNAL REILLO, E: “Consentimiento informado y Responsabilidad en el Ámbito Sanitario”. Editorial Aranzadi, Navarra, 2017.

legal establecido. De no ser así solo las madres que tomaran la decisión de abortar podrían recibir una indemnización por los daños y perjuicios destinados a satisfacer las necesidades económicas del hijo enfermo quedando excluidas aquellas que hubieran tomado la decisión de continuar con el embarazo una vez conocida la anomalía. Como tal, decisión es única y voluntaria de su progenitora sería difícil probar que de haber sido informada adecuadamente hubiera seguido o no con el embarazo⁴⁴.

En las primeras demandas la doctrina entendía que el médico demandado ante la imposibilidad de probar que proporcionó la información requerida a los padres, fundamentaban ante la demanda presentada por los mismo la inexistencia del nexo causal. Consistentes estas alegaciones en introducir un juicio hipotético argumentando que, de haber actuado conforme a derecho, es decir, que de haberle proporcionado la información de forma diligente no habría abortado, aunque podría haberlo hecho. Introduciéndose así, la doctrina de “*conducta alternativa conforme a derecho*”⁴⁵ que venía a decir que de actuar conforme a derecho se hubiera producido el mismo resultado y en la misma intensidad y por lo tanto no sería imputable, en este caso, al médico, así lo recoge el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 669/2010 de 4 Noviembre de 2010, “*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*”.

De ahí, a que la Tribunales acudieran a la construcción doctrinal de la jurisprudencia estadounidense denominada “*cursos causales no verificables*”⁴⁶ la cual entiende que si la madre se sometió a las pruebas y exámenes prenatales no era únicamente para

⁴⁴ SORIA PÉREZ, E.M: “La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil”. Consultado en: https://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/N59_ESTHER_SORIA.pdf

⁴⁵ MIGUEL MARTÍN CASALS Y JOSEP SOLÉ FELIÚ, *Comentario a la Sentencia del T.S de 7 de Julio de 2002*, Cuaderno Civitas de jurisprudencia civil no60, Pamplona 2002.

⁴⁶ GALAN CORTES, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Cuarta Edición, Editorial Thomson Reuters, 2014.

conocer el estado de salud del feto si no de actuar en consecuencia conforme a la información obtenida. Así lo ha venido reconociendo ÁNGEL YÁGÜEZ⁴⁷, “se presume que acudir a una prueba prenatal diagnóstica tiene su razón en conocer el estado del feto, y en caso, de que este se encuentre afectado por alguna enfermedad grave, interrumpir el embarazo”. De la misma manera lo entiende GALÁN CORTÉS⁴⁸, “la circunstancia misma de que la madre acudiera al diagnóstico prenatal constituye per se un indicio suficiente significativo de que habría abortado si hubiese conocido la enfermedad”. Actualmente, atendiendo a la “doctrina del daño por falta de información” que establece que el daño se produce por la falta de información a los progenitores impidiendo que los padres puedan tomar la decisión de interrumpir el embarazo o continuar con la gestación, siéndole al profesional imputable el incumplimiento de su deber de informar conforme a la ley, que conlleva el efecto de privar a la madre de tomar la decisión de no continuar con el embarazo y por tanto genera un daño a su derecho de abortar pues de haber actuado de forma diligente informando al paciente, en este caso, a la madre de la malformación, no se hubiera producido el daño⁴⁹.

La diversidad de jurisprudencia en la relación causal fue solventada por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, y con la Sentencia del 21 de Diciembre 2005, al decir que la “relación de causalidad directa y negligente entre la actuación profesional del Centro Médico en el que se realizaron las pruebas y el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico para que, en función de esa información, poder tomar la decisión que, según su propia y libre convicción, se ajustaba más efectivamente a su proyecto vida, como es la opción de interrumpir el embarazo, puesto que no siendo posible hasta la fecha la corrección de las anomalías cromosómicas, al no tener tratamiento posible, el hecho de haberse sometido a una prueba para el diagnóstico prenatal de las mismas, sólo tiene un sentido lógico que es el de decidir en su vista esta interrupción voluntaria del embarazo; relación que se crea con independencia de

⁴⁷ YÁGÜEZ, R.: “Tratado de Responsabilidad Civil”. Editorial Civitas, 1993, Madrid, p.379.

⁴⁸ GALÁN CORTÉS, J.C. Responsabilidad civil médica, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, p.125.

⁴⁹ SORIA PÉREZ, E.M: “La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil”. Consultado en: https://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/N59_ESTHER_SORIA.pdf

que la madre alegue su intención de abortar en lo que constituye un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, ... al tratarse de una opción que no es posible obtener con absoluta seguridad de haber dispuesto de toda la información que fue omitida, puesto que depende sólo de la voluntad de la mujer y responde a criterios de los más variados, como señaló la STC 53/85 (LA LEY 9898-JF/0000), derivados del vínculo natural que se establece entre la madre y el «nasciturus» o de ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales.

Por lo tanto, como podemos observar, en la imputación de culpa de los facultativos va a ser indiferente tratar de plantear cual hubiera sido la decisión del paciente en el caso de que hubiera recibido la información precisa, ya que entienden nuestros tribunales que solo será posible obtener tal certeza de haber sido facilitada la información al paciente en el momento preciso, y es que de lo contrario, nos estaríamos moviendo en el plano puramente especulativo existiendo una evidente incertidumbre en el terreno causal que impide realizar una valoración a posteriori resolviéndose por tanto a través de un juicio de probabilidad⁵⁰.

TERCERA PARTE: SITUACIÓN ESPAÑOLA

5.1 Análisis jurisprudencial

En nuestro ordenamiento jurídico, fue en 1994 con la sentencia del 25 de abril de 1994 cuando llega el primer caso a nuestros tribunales de *wrongful conception*. Es posteriormente con la sentencia de 6 de junio de 1997, cuando prospera el primer caso de *wrongful birth*.

Haciendo un profundo análisis de las sentencias relativas a estas acciones podemos observar como en nuestro ordenamiento jurídico únicamente prosperan las demandas interpuestas por *wrongful birth*. Las acciones de *wrongful life*, actualmente son rechazadas por nuestros tribunales, mostrándose contrarios a todas las demandas interpuestas por estos motivos.

Para comenzar con un análisis exhausto y relativo al estudio de lo que este trabajo refiere, comenzaremos por puntualizar las principales sentencias -pese a las discrepancias habidas en dichos pronunciamientos- que dieron lugar al asentamiento

⁵⁰ SORIA PÉREZ, E.M.: “La acción *wrongful birth* dentro de la responsabilidad civil”. Consultado en: https://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/N59_ESTHER_SORIA.pdf

de las bases de lo que hoy conocemos como *wrongful birth*, dado que las acciones de *wrongful life*, como señalé anteriormente en nuestro ordenamiento jurídico no prosperan.

En primer lugar, encontramos la sentencia de 6 de junio de 1997. La primera que dictó el Tribunal Supremo en relación con este tema se expone como un pronunciamiento confuso que hace referencia a múltiples conceptos indemnizatorios, siendo difícil individualizar el bien jurídico lesionado.

La primera dificultad que se observa en el pronunciamiento, y dadas las creencias habidas en dicho momento en el que parecía impensable imputar al profesional médico un daño producido en un feto, surgía la dificultad de identificar el daño producido a los demandantes.

A su vez esto se relacionaba con otros problemas de índole político que surgían en la sociedad, como era el aborto y la calificación del nacimiento como daño.

Sin embargo, pueden apreciarse ciertas contrariedades en el pronunciamiento, y es que en un primer momento el TS establece que *“surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece síndrome de Down”*, y después considera que el daño sufrido radica en el *“impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo”*. Con todo, el fundamento del fallo parece centrarse más bien en la primera idea, de manera que puede afirmarse que en este primer momento el Tribunal Supremo identifica el daño con el propio nacimiento del niño.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria⁵¹ ha rechazado desde el principio que el nacimiento de un hijo pueda ser contemplado como un daño indemnizable, no solo por los problemas jurídicos que esto suscita, sino también por el dilema ético que supone **considerar la vida, por penosa que esta pueda llegar a ser, como un perjuicio**. Así, el punto central de la cuestión radica en dilucidar qué constituye un daño indemnizable y qué queda fuera de este concepto⁵². Por ello, debemos tener en cuenta la importancia de los valores morales dominantes en un orden jurídico supuesto, en un momento concreto, siendo estos los

⁵¹ DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad”, p.152, y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G: “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, p.1703.

⁵² SANCHEZ GONZÁLEZ, M: “El tratamiento Jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por *Wrongful birth*”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, 2020, página 467 y ss.

que establecen cuáles son los intereses protegidos y cuál debe ser la jerarquía entre ellos.

En el estudio de las acciones de *wrongful birth*, se han contemplado dos argumentos que impiden identificar el nacimiento del niño como un daño digno de ser resarcido: la idea de que la vida es un derecho protegido por el ordenamiento, por lo que esta nunca podrá ser un perjuicio; y el hecho de que minusvalorar la vida enferma frente a la vida sana supone una lesión de la dignidad de las personas enfermas. Respecto al primero de los argumentos, el derecho a la vida se consagra como un valor supremo del ordenamiento jurídico, en la medida en que de él emanan todos los demás derechos legalmente contemplados. Por ello, cabe considerar que identificar como daño para los progenitores el nacimiento de su propio hijo incide frontalmente con el derecho fundamental a la vida (consagrado en el artículo 15 CE). La vida es un valor universalmente aceptado; sin embargo no es un derecho absoluto, encontrando limitaciones en supuestos como el que ahora nos ocupa, más específicamente cuando entra en colisión con el derecho a la integridad física de la gestante, su derecho de autodeterminación y sus derechos sexuales y reproductivos⁹. No obstante, el hecho de que no merezca protección ante cualquier situación no significa que quede totalmente desprovisto de ella, de ahí que no pueda considerarse la vida enferma como algo nocivo⁵³.

Por otro lado, si identificamos la vida enferma como daño supone valorar de forma negativa la vida con discapacidades, lo que quebrantaría los principios de dignidad humana⁵⁴. De esta manera, podemos destacar que la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, establece en su Preámbulo que “*la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano*”.

En segundo lugar, encontramos, más tarde la sentencia de 4 de febrero de 1999. En esta ocasión el Tribunal se pronuncia al contrario de como lo había hecho en la anterior sentencia. En este segundo pronunciamiento niega el derecho al aborto, por lo que no se

⁵³ SANCHEZ GONZÁLEZ, M: “*El tratamiento Jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por Wrongful birth*”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, 2020, página 468.

⁵⁴ MACÍA MORILLO. A., “*La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*”, pp. 316-318.

va a poder implorar el menoscabo de un derecho que no existe, es decir, que en ese momento no es legítimo jurídicamente.

En tercer lugar, de especial importancia, la sentencia de 7 de junio de 2002. Se identifica con la privación de la facultad de la gestante de “*optar por la interrupción del embarazo*”. Con ello, el Tribunal Supremo contradice la sentencia anterior y vuelve a cambiar su doctrina, considerando que sí existe una facultad de abortar para la gestante que puede ejercitar “*en atención a sus circunstancias personales y familiares*”. Así mismo, en la sentencia de 18 de diciembre de 2003, el Tribunal Supremo vuelve a permitir la *wrongful birth*, pero por un supuesto totalmente diferente al de la primera sentencia del año 1997. De este modo, el pronunciamiento no establece de forma clara cuál es el perjuicio por el que se está indemnizando a los recurrentes, siendo el único indicio al respecto la afirmación de que se privó a los progenitores de una “*información adecuada a la que tenían legítimo derecho*”.

Con respecto a la relación de causalidad y nexo causal, la primera sentencia de 1997 no desarrolla ningún tipo de reflexión en este aspecto, limitándose a considerar que «ha habido una acción médica negligente, un perjuicio gravísimo y una relación causal entre ambos acontecimientos». De este modo, da por sentado que la madre habría abortado, afirmación que (en realidad) carece de fundamento alguno, pues es imposible saber con absoluta certeza cuál habría sido el resultado de esa decisión. Del mismo modo, la STS de 18 de diciembre de 2003 ni siquiera se plantea esta relación, posiblemente considerando la existencia de un daño que debe ser resarcido, pero sin llevar a cabo un estudio exhaustivo que delimite estas acciones. En cambio, las sentencias de 4 de febrero de 1999 y 7 de junio de 2002 sí nos dejan una interesante argumentación sobre la causalidad, afirmando la imposibilidad de establecer un nexo entre la actuación sanitaria y el perjuicio alegado. Así, basan la desestimación en que “*no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto hubiera decidido interrumpir su embarazo. Aquí entran en juego los denominados “cursos causales no verificables”*”, en los que se presentan comportamientos hipotéticos en la medida en que no podemos saber, con absoluta certeza, si la madre, de conocer el diagnóstico, habría optado por interrumpir el embarazo. Esta forma de interpretar la causalidad pone en manos de la gestante la obligación de acreditar que habría abortado, prueba que de por sí es imposible.

CUARTA PARTE: REPARACIÓN DEL DAÑO

6.1 Vías de reclamación y jurisdicciones competente

Existen diferentes jurisdicciones a las que la víctima puede acudir para reparar el daño:

1. Vía civil: En casos en los que los daños ocasionados hayan surgido en la sanidad privada y el objeto de estudio de este trabajo.
2. Vía penal: Reservada para los casos, los menos, en los que el daño se haya ocasionado de forma dolosa o intencionada, estando tipificado como delito en el Código Penal. Comenzando por esta última posibilidad, hay que destacar que, cualquiera que sea el ámbito en el que se haya producido una prestación sanitaria (ya sea el público o el privado), si hubiera indicios de intencionalidad o de una imprudencia grave o, aunque menos grave con resultado grave, cabrá acudir a la vía penal para dilucidar la posible responsabilidad penal del agente del daño; lo que aparte de la correspondiente sanción penal y de la condena a reparar el daño causado – que se podrá ventilar en el mismo proceso penal o en un ulterior proceso civil-, podrá conllevar su inhabilitación para el ejercicio de su profesión⁵⁵.
3. Jurisdicción contencioso-administrativa: Para casos en los que la responsabilidad civil médica haya surgido en el ámbito de la medicina pública. Que encuentra su fundamento en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015⁵⁶ del Régimen Jurídico del Sector Público, “1. *Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”. Así como de La Ley 29/1998, concretamente el artículo 2⁵⁷ apartado e).

⁵⁵ GARCIA GARNICA, M. C: “Especial consideración a la doctrina del STS, Sala 1ª, de 5 de junio de 2019, sobre la acción directa en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración”. Revista de Derecho Civil. Volumen II, número 1, p.34.

⁵⁶ Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁵⁷ Artículo 2. “E) *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad*”.

Los requisitos para que surja la responsabilidad aquiliana como consecuencia de determinada conducta o actividad, según general doctrina, son: una acción u omisión, que se definen como un comportamiento humano externo y voluntario (acción) o como una inactividad causante del resultado dañoso cuando existe el deber de actuar (omisión); un nexo causal, que es el criterio de atribución del resultado dañoso a la acción u omisión, denominado con frecuencia por la jurisprudencia como "*relación causal material*"; un resultado dañoso. Se exige además que el daño alegado sea, en todo caso, efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Asimismo, sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. A su vez, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas⁵⁸.

6.2 Función dentro de la responsabilidad civil

La producción de un evento dañoso da lugar a su reparación en virtud de la fijación de un quantum indemnizatorio que deberá hacer frente el causante del mismo; ahora bien, doctrinal y jurisprudencialmente se han venido discutiendo algunos extremos tales como: los conceptos que han de quedar incluidos dentro de los daños como el procedimiento que ha de seguirse para determinar el quantum indemnizatorio y cuya atribución por ley está concedida a los tribunales, como así también, la forma en que dicha reparación ha de llevarse a cabo, y que la misma puede consistir en la determinación de una cuantía monetaria o en un pago en especie. Ahora bien, en esta materia debemos tener en cuenta el artículo 1908, el cual parece inclinarse, en principio, por una reparación del daño en especie; y así dicho precepto legal dispone que: "*Si el obligado a hacer alguna cosa no a hiciere, se mandará a ejecutar en su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación.*"

⁵⁸ Responsabilidad civil en asistencia sanitaria pública. Wolters Kluwer. Consultado en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTA1NTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAqd32bzUAAAA=WKE

Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho”⁵⁹.

Dentro de la responsabilidad civil, la reparación del daño causado es su fin último. Con la reparación del daño se aspira a que el afectado se sitúe en una situación jurídica idéntica en la que se encontraba en un momento anterior a haber padecido dicho daño. Por medio del dinero, puede resarcirse el aspecto patrimonial, pero el anímico y el personal, quedarán muy tocados, aún después de haber alcanzado la esperada y encontrada justicia.

Así pues, desde el punto de vista jurisprudencial no hay una postura mayoritaria que refleje claramente una solución definitiva a esta materia, dependiendo así de la forma de petición del demandante de la reparación, y de la opción que elija ese perjudicado como forma de reparación del daño (en especie o en metálico); por lo que, si el perjudicado opta porque la reparación le sea reconocida en especie, los Tribunales deberán reconocerle esa petición. Aunque también, últimamente, los Tribunales vienen aceptando aquella forma reparadora del daño y consistente en una pensión (sea vitalicia o temporal); y por último en materia médico-sanitaria, téngase en cuenta que esta posibilidad de elección adquiere su máximo exponente en el paciente, pudiendo optar así, pues, entre una nueva intervención, tratamiento, cura, etc, o la fijación de una nueva cuantía indemnizatoria⁶⁰. Estas anteriores líneas, establecen de manera generalizada como se llevaría a cabo la reparación del daño causado en líneas generales, sin embargo, la especialidad del trabajo que nos ocupa hace evidente que, una vez que nace un niño con taras o problemas que le hacen “*difícil*” la vida, esa reparación no se va a poder llevar a cabo con un nuevo tratamiento o una nueva intervención. Por lo que en estos casos únicamente se podrá producir una reparación por medio de una cuantía indemnizatoria.

6.3 Principales vías y formas de reparación del daño

La reparación del daño causado puede conseguirlo la víctima tomando una de las dos vías siguientes:

1. En primer lugar, a través de la figura de la Mediación. Que busca fórmulas o actuaciones, que puedan ser menos traumatizantes para el médico y a ser posibles, más beneficiosas y útiles para los

⁵⁹ VASQUEZ BARROS, S: “Responsabilidad civil de los médicos”. Editorial Tirant to Blanch. Valencia. 2009. P.304.

⁶⁰ VASQUEZ BARROS, S: “Responsabilidad civil de los médicos”. Editorial Tirant to Blanch. Valencia. 2009. P.306.

perjudicados, métodos más elásticos, sin la rigidez de la ley y de la norma, y que aún respetando siempre estas, estén basadas más bien en hablar, explicar, comprender, admitir, y por otra parte compensar e indemnizar⁶¹.

2. La vía judicial. A través de la interposición de la correspondiente demanda.

Como tomé en consideración en el apartado anterior, en el caso que nos ocupa, de las *wrongful actions*, el tipo de reparación de daños será la “*reparación por equivalente*”, que se basa en una indemnización económica. A diferencia de otros daños, cuyo medio de reparación es *in natura*, consistente en volver a situar al damnificado en la misma posición que se encontraba previamente.

La reparación por equivalente consiste en compensar económicamente a la víctima del daño cuando no sea factible una reparación *in natura*; en nuestras acciones, como se ha advertido, se dará en absolutamente todos los casos. Pero este tipo de reparación no está exenta de problemas, y sobre todo los referidos a la problemática suscitada en relación con la efectiva valoración económica de los daños causados. La cuantificación de la indemnización es muy laboriosa. Esta valoración corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, así como a las Audiencias Provinciales. De especial importancia, la sentencia de 10 de febrero de 2006, donde el Tribunal Supremo dejó claro que esta valoración no es susceptible de revisión casacional por el Supremo. Estos tribunales cuantifican los daños de una manera totalmente arbitraria y discrecional, sin tener que someterse en modo alguno a unos criterios objetivos, tan sólo atendiendo a las pruebas que se hayan practicado a lo largo del procedimiento.

Como ya quedó expuesto con anterioridad, la ley atribuye la potestad a los Tribunales para la determinación de la cuantía indemnizatoria, en atención a cada caso concreto, tipo de daño, secuelas, etc.; pero falta ese criterio genérico y legal respecto del cual se pueda partir para llegar a esa determinación final a fin de evitar que amplio arbitrio en manos de los órganos jurisprudenciales se pueda convertir en una inseguridad en el tráfico jurídico toda vez que las partes, en todo caso, serían desconocedoras de sus posibilidades finales al no existir unanimidad, al menos jurisprudencial, que sirva de orientación por el tratamiento procesal de supuestos

⁶¹ Responsabilidad por mala praxis médica: la vía extrajudicial. Consultado en: <https://scielo.isciii.es/pdf/cmfn28/jornadas.pdf>

similares⁶².

En ese sentido, VICENTE DOMINGO⁶³ considera que: *“La responsabilidad civil por daño corporal sigue siendo, todavía, un campo sobre el que es necesario trabajar. Porque ni siquiera se puede admitir que las bases teóricas estén bien diseñadas ya que son prácticamente inexistentes. Una vez que se admite el daño como daño reparable, no hay criterio alguno en su cuantificación. Y no podemos olvidar que el problema de la valoración del daño sigue siendo una asignatura pendiente del sistema de responsabilidad civil extracontractual. Y que, el legislador no debería eludir el reto que supone la amortización tanto en los criterios o aspectos del daño corporal, dignos de tenerse en cuenta en la indemnización, como en las cuantías apropiadas que deben asignar a cada aspecto”*.

6.4 El seguro obligatorio en la responsabilidad médica

A diferencia de la sanidad pública donde el régimen de aseguración es totalmente distinto, la sanidad privada, y concretamente el artículo 4.8. apartado e) de La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, considera que: *“Tener suscrito y vigente un seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera, sean de protección personal o colectiva, que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de la responsabilidad profesional por un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios cuando se ejerza la profesión en el ámbito de la asistencia sanitaria privada”*. De igual manera, el artículo 46⁶⁴ que se enmarca en el señalado título, obliga a los médicos de medicina privada a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, remitiéndose la redacción de tal precepto a la legislación autonómica, para que sea ésta la que determine las condiciones esenciales del aseguramiento.

Además, en la medida en que el profesional sanitario tendrá un seguro obligatorio de responsabilidad civil, lo habitual será demandarle junto a su aseguradora; salvada la posibilidad de accionar directamente frente a ella, y salvada la facultad de la

⁶² VASQUEZ BARROS, S: “Responsabilidad civil de los médicos”. Editorial Tirant to Blanch. Valencia. 2009. P. 302.

⁶³ VICENTE DOMINGO. E: “Sentencia de 28 de septiembre de 2006”. Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, nº75, 2007, pp. 1111-1126.

⁶⁴ Art. 46 Ley 44/2003: *“Los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios”*.

aseguradora de repetir frente al asegurado en caso de que los daños fueran imputables a su actuar doloso (art. 76 LCS).

7. CONCLUSIONES

- I. Como hice alusión en un primer momento, la profesión del médico o de cualquier sanitario de por sí, supone correr con una serie de riesgos, que surgen debido a los bienes jurídicos tan preciados con los que tienen que lidiar día tras día. Sin embargo, es evidente que cuando a un ser humano se le causa un daño tras una intervención quirúrgica o es derivado de cualquier actuación culposa o negligente -como es el caso de nuestras acciones estudiadas en el trabajo-, se hace necesario encontrar un responsable y que este daño sea resarcido. Es, en la minoría de veces gracias a esta indemnización, como el sujeto va a verse compensado por los daños sufridos. Sin embargo, digo la minoría de veces puesto que en muy pocas ocasiones realmente el dinero devuelve el bienestar por un daño sufrido en una intervención negligente o culposa, y más aun en las acciones que nos ocupan.
- II. Desde mi punto de vista, la negligencia se produce cuando el profesional médico no actúa de acuerdo con su *lex Artis*, sin embargo, llamamos *lex Artis* a la especie de reglas que debe cumplir ese profesional para no incurrir en culpa. Desde mi punto de vista, he observado que la *lex Artis* es muy difícil de definir y estructurar, pese al Código Deontológico del profesional médico y la ley, existen muchas opiniones acerca de como debería ser la actuación de un profesional, es decir, en qué debería basarse. Es aquí donde noto que radica el problema, pues nunca una intervención es igual que otra, y nunca un caso es igual que otro, por eso, que la deontología y la forma de actuación del profesional está redactada y estructura de la forma más básica para los casos más básicos, y a la hora de los Tribunales aplicar la legislación observo que existe diversa dispersión en “qué es lo correcto de como debería haber actuado X profesional sanitario”.
- III. Considero también lo difícil que resulta probar la relación de causalidad. Para que una persona pueda ser indemnizada por un daño causado por un profesional médico, se hace necesario, que quede totalmente probado el nexo causal, es decir, que esos daños hayan sido la consecuencia exacta de esa conducta. En las *wrongful actions*, desde mi punto de vista, resulta aun más difícil probarlo puesto que estamos ante un feto en el que es necesario depender

de numerosas pruebas y maquinaria para poder realizar dichas comprobaciones.

- IV. En segundo lugar, aludo a lo necesario que se hace la creación de una legislación específica para resolver este tipo de demandas que se plantean hoy en día en los Tribunales. Partiendo de la dificultad que plantea probar el nexo causal, esto hace aun más difícil que este tipo de demandas prosperen en los tribunales. Es cierto, -como ya hice alusión en el trabajo-, que, en los Tribunales españoles, a diferencia de otros países, solo prosperan las *wrongful birth*, es decir, aquellas donde son los padres los que demandan al profesional sanitario por la actuación incorrecta, dejando de lado los casos de *wrongful life*, donde, sería la persona afectada por estos daños la que demande por dichas actuaciones. Desde mi punto de vista, esta figura debería ser admitida por los Tribunales españoles, pues realmente se le está dando más valor a un nacimiento inadecuado y al daño producido a los progenitores, que a esa persona que nace con unas taras y va a tener una vida relativamente dificultosa.
- V. Como quinta conclusión, última y no menos importante, en el último apartado del trabajo, concretamente en la reparación del daño causado he observado también la carencia de legislación relativa a la cuantificación del daño causado. ¿Cómo es posible que no existan unos baremos donde se pueda fijar una indemnización para estos “errores” cometidos por profesionales en los que se juega con aspectos tan importantes como es la vida o la integridad física o moral del ser humano? Es inentendible como no se aprueba una ley que determine estos supuestos, y ya no solo relativa a la cuantificación sino además como consideré en el apartado anterior, a la creación de nuevas figuras que permitan que la persona afectada por estas negligencias pueda recibir una indemnización.

8. BIBLIOGRAFÍA

1. VÁSQUEZ BARROS, S: “Responsabilidad Civil de los médicos”. Editorial tirant to Blanch, Valencia, 2009.
2. ORTÍ VALLEJO, Antonio: “La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos: Daños a la salud y seguridad de las personas”, Aranzadi, Navarra, 2006.

3. ATAZ LÓPEZ, Joaquín: Los médicos y la responsabilidad civil, Montecorvo, Madrid, 1985.
4. LLAMAS POMBO, E.: Doctrina general de la llamada culpa médica. Catedrático de Derecho Civil.
5. GARCÍA GARNICA, M. C: “Aspectos básicos de la responsabilidad Civil Médica”. Editorial Thomson Reuters. Navarra. 2010.
6. BEAUCHAMP, T.L., Mc Cullough, L.B. Ética médica. Las responsabilidades morales de los médicos, Labor, Barcelona, 1987.
7. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R: Lecciones sobre responsabilidad civil, Madrid, 2006.
8. VIDAL RAMIREZ, F.: *La Responsabilidad Civil*. Dialnet.
9. GALÁN CORTÉS, J. C: *Responsabilidad Civil Médica*, Editorial Thomsoms Reuters, Navarra, 2018.
10. MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
11. ROCA TRÍAS, E. “Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño”, Anuario de Derecho Civil, 2004, Volumen LVII, Fascículo III, julio-septiembre.
12. GALÁN CORTÉS, J. C: *Responsabilidad Civil Médica*, Editorial Thomsoms Reuters, Navarra, 2018.
13. MEDINA ALCOZ, La teoría de la pérdida de oportunidad, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2007.
14. YZQUIERDO TOLSADA, M: “*Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos y consecuencias*”. Editorial Dykinson, 2016.
15. BUSTO LAGO, J.M y REGLERO CAMPOS, L.: Lecciones de responsabilidad civil. Editorial Thompson Reuters, página 108
16. LUNA YERGA, A.: *Responsabilidad Médico-Sanitaria y del Medicamento*, Editorial Civitas, Madrid, 2004.
17. MACÍA MORILLO, A.: “*La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*”, Editorial Tirant, Valencia, 2005.
18. DE ÁNGEL YÄGUEZ, R., “Diagnósticos genéticos prenatales y

responsabilidad”, cit, p.152, y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G: “La impasibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”.

19. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M: “*El tratamiento Jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por Wrongful birth*”, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, 2020.
20. GARCÍA GARNICA, M. C: “Especial consideración a la doctrina del STS, Sala 1ª, de 5 de junio de 2019, sobre la acción directa en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración”. Revista de Derecho Civil. Volumen II, número 1.
21. VASQUEZ BARROS, S: “Responsabilidad civil de los médicos”. Editorial Tirant to Blanch. Valencia. 2009.