

LA LEX ARTIS Y LA RESPONSABILIDAD SANITARIA EN ESPAÑA COMO GARANTÍA DE DEFENSA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL

THE LEX ARTIS AND HEALTH RESPONSIBILITY IN SPAIN AS A GUARANTEE OF DEFENSE OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PHYSICAL AND MORAL INTEGRITY

Daniel Martínez Cristóbal*

1 Introducción. 2 Teoría de la pérdida de oportunidad. 2.1 Lex artis. 2.2 El consentimiento informado. 2.3 Elementos de la pérdida de oportunidad. 2.4 Indemnización de la pérdida de oportunidad. 3 Responsabilidad patrimonial. 3.1 Requisitos de la responsabilidad patrimonial. 3.1.1 Lesión resarcible. 3.1.2 Imputación a la administración. 3.1.3 La relación de causalidad. 3.1.4 Ausencia de fuerza mayor. 3.2 Responsabilidad contractual y extracontractual. 3.3 Obligaciones de medios y no de resultados. 3.4 Error de diagnóstico. 3.5 Prueba y facilidad probatoria. 3.6 Daño desproporcionado. 4 Wrongful actions. 4.1 Clases de *wrongful actions*. 4.2 Los elementos de las acciones por wrongful birth y wrongful life. 4.2.1 El daño. 4.2.2 El nexo causal. 4.2.3 La indemnización. 4.3 Requisitos. 5 Conclusiones. Referencias.

RESUMEN

Objetivos: La pérdida de oportunidad es un término utilizado por la jurisprudencia española en el ámbito sanitario, y que a pesar de ser una doctrina muy difundida presenta aspectos dudosos en los requisitos para conceder la indemnización y la configuración del daño, en concreto, en las reclamaciones de responsabilidad civil médico-sanitaria.

Metodología: El presente estudio analiza el origen y las perspectivas que tratan la pérdida de oportunidad con el fin de solucionar el problema que constituye la relación causal entre la actividad de un sujeto y el daño producido. Se revisarán distintos casos en los que se aplica esta teoría para conocer su importancia y evolución.

Resultados: Esta teoría surge para unir la incertidumbre y la certeza como elementos contrapuestos y que coexisten en este tipo de situaciones, por no saber qué habría ocurrido si el paciente hubiera sido tratado adecuadamente en el momento

* Daniel Martínez Cristóbal es profesor en la Universidad Rey Juan Carlos. Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, y Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares con mención Cum Laude. Autor de diversos artículos publicados en revistas de impacto, libros y capítulos de libro y colaboraciones. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, ES. E-mail: <danielmcrystal@gmail.com>. <https://orcid.org/0000-0001-9754-5688>



correspondiente, y la certeza de la pérdida de expectativas por no haber recibido el tratamiento oportuno en el momento adecuado.

Conclusiones: Enfatiza el difícil tratamiento para la aplicación de la técnica de pérdida de oportunidad, requiriendo para su aplicación la incertidumbre causal junto con la preexistencia de una situación ideal para obtener un beneficio o ventaja que no se ha producido. La conexión entre ambos posibilitará la aplicación de la pérdida de oportunidad o de expectativas, determinando el cálculo de la indemnización de forma motivada por los Tribunales en función de la probabilidad de la pérdida de oportunidad.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial; indemnización; asistencia sanitaria; pérdida de oportunidad; lex artis.

ABSTRACT

Objectives: The loss of opportunity is a term used by the Spanish jurisprudence in the health field, and that despite being a very widespread doctrine presents doubtful aspects in the requirements to grant compensation and the configuration of the damage, specifically, in the medical-sanitary civil liability claims.

Methodology: This study analyzes the origin and the perspectives that deal with the loss of opportunity in order to solve the problem that constitutes the causal relationship between the activity of a subject and the damage produced. Different cases in which this theory is applied will be reviewed to know its importance and evolution.

Results: This theory arises to unite uncertainty and certainty as opposing elements and that coexist in this type of situation, due to not knowing what would have happened if the patient had been adequately treated at the corresponding moment, and the certainty of the loss of expectations. for not having received the appropriate treatment at the right time.

Conclusions: It emphasizes the difficult treatment for the application of the loss of opportunity technique, requiring for its application the causal uncertainty together with the pre-existence of an ideal situation to obtain a benefit or advantage that has not occurred. The connection between the two will enable the application of the loss of opportunity or expectations, determining the calculation of the compensation in a motivated manner by the Courts based on the probability of the loss of opportunity.

Keywords: patrimonial responsibility; compensation; health care; loss of opportunity; lex artis.

1 INTRODUCCIÓN

La pérdida de oportunidad es la técnica o instrumento al que se acude como recurso judicial puesto a disposición de los particulares y de la Administración Pública cuando surge la necesidad de salvar las dificultades de la prueba del nexo causal. El punto de partida que toma dicho concepto es la pérdida de una oportunidad o posibilidad cierta, o real, del sujeto para obtener un beneficio o ventaja y es ocasionada por la acción u

omisión de un tercero. Para tratar la pérdida de oportunidad hay que ver la certeza y la incertidumbre definitiva de lo que habría sucedido si no hubiese ocurrida la acción u omisión de otra persona.

En España la recepción de la pérdida de oportunidad fue paulatina, y hoy en día se opta por la utilización del modelo causal tradicional, que demanda que los hechos sean probados con total certeza basándose los jueces y tribunales en ello para tomar la decisión. Pero la praxis judicial ha ido admitiendo la imposibilidad de demostrar con evidencia absoluta la verdad del hecho causal (Medina Alcoz, 2011, p. 98), por lo que se considera que la causalidad acreditada es la razonablemente probable, en la que tiene mucha relevancia la teoría de la pérdida de oportunidad ya que es un instrumento para salvar la incertidumbre.

En España no se encuentra regulado en ningún texto general de responsabilidad y únicamente sólo reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por el Consejo de Estado. En el Derecho Europeo se encuentra regulado en el artículo 163 del Código Europeo de Contratos, pero exige una certeza razonable y debe evaluarse conforme el citado incumplimiento.

Aunque los juzgados, tribunales y el Consejo de Estado vienen invocando la pérdida de oportunidad desde 1998, a partir de ese momento se ha ido moviendo en una lucha entre la tendencia de la tradicional idea de todo o nada y la nueva concepción que reconoce la relatividad del conocimiento humano para probar el nexo causal.

El 10 de octubre de 1998 (Yzquierdo, 1999, p. 537) se dictó la primera Sentencia del Tribunal Supremo en la que se aplicó la teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario, tratando los hechos de una ATS que dispensó los primeros auxilios a un trabajador que habría sufrido la amputación de una mano, mientras daba instrucciones a una tercera persona que consideró conveniente colocar el miembro amputado en una caja de corcho blanco fuera del botiquín. Posteriormente la ATS observó que se había cambiado el envase y considerándolo más adecuado lo entregó sin abrirlo en el centro sanitario, pero la extremidad amputada llegó en avanzado estado de congelación y no se pudo reimplantar.

En 2002 se admitió por vez primera el resarcimiento de la oportunidad de curación o sobrevivencia en una sentencia de la Audiencia Nacional, fecha a partir de la cual empezó a acogerse también la doctrina en las Salas del Contencioso-Administrativo en algunos Tribunales Superiores de Justicia.

Es importante destacar el Proyecto de Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (Jerez, 2015, p. 487), por el que se estableció que el paciente que ha sufrido el daño carga con la pérdida sufrida conforme a las probabilidades que había de obtener otro resultado si no hubiese sido por la acción u omisión.

En cuanto al derecho de daños, la doctrina "Res Ipsa Loquitur" procedente de la Common Law, fue aplicada en Estados Unidos por primera vez en 1863 en un asunto en

el que un ciudadano interpuso demanda contra el propietario de una tienda, ya que se había caído sobre él un barril con harina desde una de las ventanas de la tienda que le provocó lesiones. El demandante no aportó todas las pruebas suficientes, pero los tribunales estimaron la demanda porque entendían que había habido negligencia.

Esta doctrina originaria de los países anglosajones da a los tribunales la posibilidad para que, aunque no tengan pruebas directas, puedan dictaminar que hay culpa cuando la víctima demuestre la producción de este. En España como en los países anglosajones, se considera que la regla no es un método para valorar la negligencia, sino que es una regla de prueba o de utilización de presunciones.

La doctrina española tanto científica como jurisprudencial exige que el hecho que causa el daño sea como consecuencia de una actividad negligente y que el hecho se haya ocasionado por una conducta que se encuentre dentro del ámbito de poder del demandado, con la limitación de que no se origine por una actividad que corresponda al demandante.

La teoría de la pérdida de oportunidad en España se recurre tanto en el ámbito civil como en el contencioso-administrativo. Generalmente se invoca en relación con las conductas de profesionales legales o sanitarios, aunque como excepción convergen con pronunciamientos del Consejo de Estado en los que se trata sobre la necesidad de extender la doctrina al ámbito laboral, o algunas sentencias abarcan ámbitos innovadores como la negligencia de un corredor de seguros o el acceso al cuerpo de bomberos.

El Tribunal Supremo ha mostrado un tratamiento cambiante sobre la determinación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad en el ámbito sanitario, atribuyendo una distribución de la carga de la prueba en la que se aplicaba el principio de facilidad probatoria. Primero acogió una tesis de culpabilidad para posteriormente imponer la responsabilidad cuasi objetiva, aunque volvió a recaer en la culpabilidad y la carga de la prueba sobre el paciente. La doctrina actual establece que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se debe descartar la responsabilidad objetiva y una aplicación de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, pero ello desaparece en el presente con la Ley de Enjuiciamiento Civil excepto para supuestos tasados.

Los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil regulan la responsabilidad extracontractual (Medina Alcoz, 2011, p. 106) del ámbito sanitario que surge cuando en la aplicación de un tratamiento a un paciente ha habido culpa o negligencia por parte del médico que practicó el tratamiento, fundamentando el artículo 1.902 la culpabilidad y se exige que el paciente pruebe el daño y la autoría, demostrando la relación o el nexo de causalidad y culpa, derivado de la infracción de los deberes profesionales o *Lex Artis Ad Hoc*.

2 TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

La teoría de la pérdida de oportunidad es una técnica de alcance probatorio a la que se acude como recurso judicial, poniéndose a disposición de los particulares y de la propia Administración Pública, por lo que se considera un mecanismo de responsabilidad proporcional en el que se le reconoce una indemnización al perjudicado por el daño causado.

Esta figura tiene el punto de partida en la pérdida de una posibilidad cierta y real que tiene el sujeto para obtener un beneficio, pero no se obtiene por la omisión o acción de un tercero aunque también se aplica cuando hay incertidumbre sobre el hecho de que una persona podía obtener un beneficio o ventaja (Gallardo Castillo, 2020, p. 112).

La pérdida de oportunidad es una situación en la que se da la contradicción de la certeza y la incertidumbre como elementos esenciales. La certeza determina que si no se hubiese producido el hecho, el perjudicado tendría la esperanza de obtener el beneficio, aunque la incertidumbre definitiva manifiesta lo que podía haber sucedido en el caso de que no hubiese ocurrido. Por lo tanto, puede existir la posibilidad de indemnización en supuestos en los que la existencia de la relación de causalidad no es segura, pero si razonable (Roca Trías; Navarro Michel, 2016, p. 198).

2.1 LEX ARTIS

En el ámbito sanitario se exige que el procedimiento aplicado, denominado "Lex Artis Ad Hoc", sea adecuado a las circunstancias y disponibilidad de medios, en el que hay que tener en cuenta los criterios de actuación y los recursos del centro en el que se está ejecutando el hecho como principios valorativos de la concreción del correcto acto médico realizado por el profesional respecto a la complejidad y trascendencia del hecho, y de otros factores como la complejidad que tiene el caso, el propio diagnóstico del paciente y su historia clínica, derivando de ello tanto los requisitos de legitimación como la actuación lícita de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, de la posible responsabilidad del médico en el resultado de su intervención.

Para el cumplimiento de este deber la jurisprudencia exige que se hayan utilizado todos los tratamientos sanitarios conocidos y que estén a disposición del médico determinado que lleva el tratamiento del paciente, y que se haya informado tanto al paciente como a sus familiares, conforme al artículo 5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Para considerar una actuación conforme a la "Lex Artis Ad hoc", es necesario observar que la intervención realizada por los médicos esté ajustada a la normalidad de lo establecido en los protocolos médicos (Gallardo Castillo, 2015, p. 60).

2.2 EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Un elemento esencial de la “Lex Artis” es la regulación del consentimiento informado, definido en el artículo 3 de la Ley 41/2002, como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud (Cadenas Osuna, 2018, p. 357). Este concepto es ampliado en el artículo 8 y siguientes por el que se rige el respeto de la autonomía del paciente conforme al consentimiento informado, ya que toda actuación médica necesita el consentimiento libre y voluntario del paciente.

La obligación y competencia de informar al paciente es de los médicos responsables y aquellos profesionales que le atiendan, y como regla general será de forma verbal excepto de forma escrita cuando son intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos, y en aquellos en los que hay riesgos o inconvenientes previsibles sobre el paciente, siendo el consentimiento por escrito y de la misma forma puede ser libremente revocable (Cortés Galán, 2020, p. 221).

La ausencia de consentimiento informado no supone que tengan la obligación de indemnizar al paciente, a no ser que exista un daño que cumpla los requisitos para que ellos conlleven a la responsabilidad. El Tribunal Supremo establece que en el ámbito de la sanidad se pone un mayor énfasis a la importancia de los formularios específicos, por el que el contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos.

El consentimiento muestra diferencia conforme si se trata de medicina curativa en relación a medios para conseguir la curación, o medicina satisfactiva por la que se acude voluntariamente para conseguir resultados eficaces del propio cuerpo mediante transformaciones (Cadenas Osuna, 2018, p. 381). Por lo tanto, en la medicina curativa la diligencia del médico es utilizar los medios que tiene a su alcance para curar al paciente, que es lo que se busca; y en la satisfactiva no es necesaria, ya que la voluntad de cada persona en conseguir un cambio estético o funcional acentúa la obligación de informar sobre todos los riesgos que conlleve la intervención.

El artículo 4 de la Ley 41/2002 recoge el derecho de todos los pacientes a obtener información asistencial, verdadera, comprensible y adecuada a las necesidades de cada caso, excepto en el caso de renunciaciones o excepciones legales a la información asistencial. El contenido de la información debe incluir conforme al artículo 10 de la Ley, las consecuencias importantes que conlleva la intervención, los riesgos relacionados a las circunstancias de cada paciente, los riesgos en condiciones normales por el estado de la ciencia o por el tipo de intervención, y las contraindicaciones (García Valverde, 2021, p. 18).

El deber de informar se diferencia por grados, acorde a la exigencia mayor en los casos que se denominan medicina voluntaria respecto a la medicina necesaria o curativa, ya que en una hay más margen de decisión del paciente para afrontar los riesgos de la actuación médica.

2.3 ELEMENTOS DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

La complejidad de probar el nexo causal y con ello, la pérdida de oportunidad debido a las múltiples causas de las que puede proceder el daño que ha sufrido el paciente, provoca cuestionar directamente la existencia de la relación de causalidad (Pérez Vallejo, 2021, p. 657). Por lo que cuando haya ausencia de nexo causal evidencia que no se ha perdido la oportunidad, dado que nunca llegó a existir dicha oportunidad.

Los elementos principales que conllevan a la admisión de la pérdida de oportunidad son la relación de causalidad entre la acción u omisión médica y el daño producido al paciente, además de la incertidumbre de si se hubiesen llevado a cabo otros hechos, o si las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera (Asúa González, 2020, p. 218).

La incertidumbre es una característica básica de la pérdida de oportunidad ya que cuestiona si se pudiese haber reducido o evitado el resultado que obtuvo el paciente, por ello a la hora de valorar el daño producido se tienen en cuenta las posibilidades ciertas y reales, aunque también se va a considerar la magnitud o el alcance del resultado beneficioso.

Se pueden manifestar dos interpretaciones posibles sobre la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario. En primer lugar junto a la figura del nexo causal, que son aquellos supuestos en los que existen negligencias médicas en donde no se puede saber de forma cierta si los resultados hubiesen sido diferentes en el caso de que se hubiese actuado de otra manera, y por lo tanto son conductas contrarias a la "Lex Artis". En estos casos se indemnizan las oportunidades que se han perdido si no hubiese habido negligencia médica, pero no resarce la totalidad del final obtenido (Parra Sepúlveda, 2014, p. 210).

La segunda interpretación permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que la quiebra de la "Lex Artis" no se ha producido, considerándose como una figura alternativa por la que concurre un daño antijurídico que es consecuencia del funcionamiento del servicio.

En estos casos parece que existe pérdida de oportunidad, aunque no haya sido acreditado el nexo causal entre la actuación y el daño sufrido por el paciente, porque lo que se ha producido, ha sido un daño antijurídico al paciente que no debería soportar y que conecta con la posibilidad de que hubiese otro resultado diferente más favorable para el paciente (Pérez Vallejo, 2012, p. 25).

Las situaciones en que el paciente desde el momento que llega al centro médico albergue posibilidades ciertas y reales de curación, y no se encuentre en una situación de salud que sea irreversible o que no tenga un pronóstico demasiado malo en términos de curación, la pérdida de oportunidad no se ha perdido ya que simplemente nunca ha existido (Seoane Rodríguez, 2021, p. 12).

Además de que exista la relación de causalidad, es necesario tener en cuenta la omisión o tardanza por lo que se pierde una oportunidad sanitaria y ver en qué porcentaje se pierde. Las omisiones, errores, tardanzas u otros tipos de actuaciones que hagan perder una oportunidad deben ser valoradas conforme a la "Lex Artis Ad Hoc" y ver si tienen un nexo causal en relación con el daño que ha sufrido el paciente.

2.4 INDEMNIZACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Una vez que se precisan las razones para admitir o no la figura de la pérdida de oportunidad, es necesario determinar si se puede indemnizar o no una determinada pérdida de oportunidad (Macía Morillo, 2021, p. 121), ya que hay casos en los que existe dificultad en la verificación que conlleva una desfavorable aplicación de las reglas sobre la prueba y prevención de daños respecto a la cuantía de la indemnización.

La obligación de indemnizar cuando hay pérdida de oportunidad no es respecto a la totalidad de los daños causados, ya que se deben excluir los riesgos de las enfermedades que padezca el paciente y el supuesto de no poder averiguar si se pudiese haber evitado el resultado final. Para la determinación de la cuantía, la STSJ de Galicia de 16 enero de 2013 estableció que el cálculo para saber la indemnización se realiza conforme al porcentaje estadístico de las posibilidades de curación que tuviese el paciente.

El daño no es el material que corresponde al hecho sino la incertidumbre de si se hubiese evitado el resultado final, por lo que se debe indemnizar la oportunidad perdida y no la consecuencia final examinando si hay incertidumbre sobre cuál hubiese sido el resultado y sobre la relación de causalidad (Fernández Entralgo, 2004, p. 189).

La STS de 19 junio del 2012 establece que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización, no por la totalidad del daño sufrido pero sí para valorar una cantidad estimada que tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad (Oyarzún Vargas, 2021, p. 138).

El daño que se indemniza se debe valorar conforme a las posibilidades que el paciente tiene para curarse o para mejorar, cuál es la magnitud de la lesión y calcular las probabilidades de que una rápida actuación médica diligente pudiese evitar el resultado final que obtiene el paciente. Si se determina que podía haber sido una situación reparable, la pérdida de oportunidad podrá ser indemnizada, pero las oportunidades

perdidas siempre serán resarcidas en cuantía inferior a la totalidad del daño (Vicandi Martínez, 2015, p. 41).

3 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

3.1 REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

3.1.1 Lesión resarcible

No todo daño constituye una lesión resarcible ya que se debe dar la particularidad de la antijuricidad, y respecto al daño que sea efectivo deberá ser evaluable económicamente e individualizado.

La antijuricidad se regula en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, donde se establece que los particulares tienen derecho a obtener una indemnización por las Administraciones Públicas cuando sufran una lesión en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que el daño sea por consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (Esteve Girbés, 2021, p. 55).

La doctrina de la pérdida de oportunidad, la fuerza mayor o de daños que el particular tenga que soportar produce un daño antijurídico y ello se convierte en una lesión resarcible cuando el paciente perjudicado que sufre el daño no debe soportarlo. Una vez que se constate que existe un daño antijurídico, se observan las características que reúne para ser objeto de indemnización tipificadas en el artículo 32.2 de la Ley 40/2015 que estipula que el daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado conforme a una persona o grupo de personas.

Una de las características fundamentales para que un daño sea objeto de indemnización es que sea efectivo y que la actividad administrativa ocasione un daño real, por lo que no se pueden considerar objeto de indemnización aquellos daños futuros, hipotéticos o los que se relacionen con ganancias futuras que se dejarán de percibir.

Otro requisito es que el daño sea evaluable económicamente, por lo que serán objeto de reparación todos los daños que hayan sido probados por la persona que lo reclama, y además de valorar los perjuicios patrimoniales se tendrán en cuenta también todos los daños que sean valorables económicamente (Asúa González, 2020, p. 220).

3.1.2 Imputación a la administración

La imputación de la responsabilidad patrimonial de la Administración también se recoge en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015 y se puede concretar como el fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un

daño y por el que existen tres procedimientos para imputar una actuación administrativa a la administración.

La primera vía es el funcionamiento normal donde la existencia de la imputación objetiva reitera la consideración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, o la existencia de alguna irregularidad en la prestación de un servicio público considerado como funcionamiento anormal y puede ser por causa tanto de una infracción subjetiva como objetiva en la prestación del servicio (Ramos Mateos, 2020, p. 62).

En segundo lugar, la creación del riesgo por la propia Administración en el que la única causa legal de exoneración es la fuerza mayor, por lo que la Administración debe responder en caso de existir caso fortuito.

Por último, el enriquecimiento injusto supone que una parte registre un aumento de sus bienes y otra un empobrecimiento de los suyos, estando ambas partes en relación de causa a efectos y sin que exista razón legal que lo justifique.

3.1.3 La relación de causalidad

Es un requisito esencial, ya que el perjudicado solo tiene que demostrar el nexo causal que hay entre la acción u omisión y el daño producido, con la obligación de darse un vínculo directo, inmediato y exclusivo (Milans del Bosch; Urríes, 2009, p. 145). En este caso, existe la teoría, aunque actualmente no es utilizada, que se tienen en cuenta todos los hechos que producen el daño, y que coexiste con una teoría restrictiva que entiende que no todos los hechos que se han practicado han producido el daño final.

La SAN de 14 de mayo de 2002 dispuso que la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario no es con el simple hecho de que exista un daño causado, sino que se debe ver si los profesionales han llevado las actuaciones correctas. La sala entendió que solo habrá responsabilidad cuando las actuaciones de los profesionales no hayan sido las correctas o no sean acordes a los protocolos.

3.1.4 Ausencia de fuerza mayor

El caso fortuito es la única circunstancia que excluye legalmente la responsabilidad patrimonial de la Administración, regulada en la Constitución Española en el artículo 106.2, en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, además del artículo 1.105 del Código Civil que menciona el caso fortuito, estableciendo que nadie responderá de los sucesos que no se hayan podido prever o que fueran inevitables.

La STS de 31 de mayo de 1999 hace la distinción básica entre caso fortuito y fuerza mayor, ya que en el caso fortuito hay indeterminación porque lo que produce el daño es desconocido, y hay interioridad que es producida por la misma naturaleza con causa

desconocida. En la fuerza mayor hay irresistibilidad por lo que, aunque haya podido ser previsible no se haya podido hacer nada, y también se identifica la exterioridad por la que la causa que ha provocado el daño ha sido ajena al servicio (Asúa González, 2008, p. 149).

3.2 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

El artículo 1.101 del Código Civil establece que la responsabilidad contractual está sujeta a la indemnización por los daños causados por dolo, negligencia o morosidad (Jiménez Moriano, 2021, p. 289), y surge cuando existe un incumplimiento de las obligaciones que se concretan en la relación entre el médico o el centro sanitario, y el paciente, por lo que el contrato de la clínica o de la hospitalización es el acuerdo de ambas partes como son el paciente y la clínica, que origina la prestación de diferentes servicios conforme a lo estipulado. El incumplimiento del contrato puede conllevar responsabilidad contractual del centro sanitario en el caso de que el paciente sufra algún daño.

La responsabilidad extracontractual o también denominada aquiliana, nace cuando no hay relación contractual previa entre los sujetos establecidos anteriormente, y está regulada en el artículo 1.902 del Código Civil, adaptándolo en el terreno de la salud y que obliga a que aquél que por acción u omisión provoque daño a un paciente habiendo culpa o negligencia a reparar el daño.

En este sentido es conveniente distinguir entre la medicina privada y pública, ya que en la primera suele ser contractual y se traduce en la exigencia del cumplimiento del contrato o su resolución, sus reclamaciones se regulan en el orden civil y se podrá solicitar una indemnización que cubra los daños provocados, siendo el plazo de prescripción de 5 años.

Pero no siempre media el contrato cuando por circunstancias excepcionales quien solicita los servicios médicos es un tercero, por lo que pasa a ser responsabilidad extracontractual, al igual que la medicina pública la cual es considerada extracontractual y se ajusta al orden contencioso-administrativo y su prescripción sería de un año desde el momento del establecimiento de la lesión en el paciente.

3.3 OBLIGACIONES DE MEDIOS Y NO DE RESULTADOS

Actualmente se considera que la responsabilidad en el ámbito sanitario tiene carácter subjetivo, por lo que para que se indemnice al demandante se debe acreditar la culpa y la infracción de la *Lex Artis* y también la relación entre la conducta y el daño causado.

El procedimiento que indica la responsabilidad médica es la relación jurídica entre los sujetos, médico y paciente, aunque no implica la obligación de resultado sino la

obligación de medios que es la labor del facultativo, y no tiene que ser el objeto necesario de curación del paciente sino el compromiso del sanitario de proporcionar todos los cuidados que requiera conforme a la ciencia y a la *Lex Artis Ad Hoc* (Seoane Rodríguez, 2022, p. 287).

Dentro de la obligación de medios es posible incluir el deber de utilización de los procedimientos que conozca la medicina y que el facultativo los tenga a su disposición en el lugar donde se lleva a cabo el tratamiento del paciente. Por otra parte, es preceptivo informar al paciente o a los familiares del diagnóstico, del proceso y los riesgos que conlleve, además del deber de continuar el tratamiento hasta que el paciente se le haya dado de alta advirtiéndolo de los riesgos que pueda conllevar su abandono.

Tanto la responsabilidad del médico, la infracción de la *Lex Artis*, la relación de causa entre la acción u omisión como el daño causado, debe probarlo el perjudicado conforme a la medicina rehabilitadora o necesaria.

Respecto a la medicina satisfactiva o voluntaria como un tratamiento odontológico o una cirugía estética, hasta hace pocos años se consideraba una relación contractual que se aproximaba al contrato de arrendamiento de obra, donde el médico no estaría exonerado de su responsabilidad con acreditar que su actuación ha sido ajustada a la *Lex Artis*, sino que también se exige la obtención de un resultado determinado que esperaba el paciente (López Figueroa, 2015, p. 199).

Tras la STS de 3 de febrero de 2015, el Tribunal Supremo sostiene que las actividades de medicina satisfactiva o voluntaria no comportan por sí mismas la garantía del resultado perseguido, por ello solo se toma en consideración la existencia de una garantía sobre el resultado del médico al paciente, cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida.

Tradicionalmente se ha considerado que la medicina satisfactiva engloba las actividades de cirugía estética, tratamientos odontológicos y la vasectomía, pero ha ido evolucionando hacia la valoración de las circunstancias de cada caso concreto ya que actualmente no siempre tiene la obligación que garantizar un resultado.

3.4 ERROR DE DIAGNÓSTICO

El facultativo tiene la obligación de realizar todas las pruebas necesarias y de forma eficaz para alcanzar un diagnóstico médico para tomar las decisiones adecuadas que demuestren o rechacen una enfermedad o sospecha.

No se considerará relevante el error en el diagnóstico si el médico ha realizado todas las pruebas útiles de forma conveniente, por lo que sólo se va a determinar la responsabilidad cuando haya un error de notoria gravedad o conclusiones erróneas, además de si no se han practicado todas las pruebas o exámenes exigibles (Ortiz Fernández, 2021, p. 110).

3.5 PRUEBA Y FACILIDAD PROBATORIA

El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula el principio general de la carga de la prueba, por la que se desestimarán las pretensiones del demandante si el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, o las del demandado según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones (Vestri, 2020, p. 136).

Además, corresponde a ambas partes la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se suponga conforme a las normas que les sean aplicables, y que impidan, extingan o debiliten la eficacia jurídica de los hechos.

El principio de facilidad probatoria motiva que recaigan las consecuencias que conlleva la falta de prueba sobre la parte que está en una posición más favorable por la proximidad a su fuente, por lo que se establece que no sería lógico exigir al paciente perjudicado que acredite circunstancias y causas que le sean ajenas y que sólo están al alcance del médico (Moreno Bodes, 2018, p. 72).

Todos los ciudadanos tienen derecho a acceder al archivo, acceso y conservación de su historia clínica, pero cuando no ha sido posible conocer los hechos que han ocurrido por otros medios o ha faltado algún documento, los tribunales han considerado que esas pruebas son esenciales y han aplicado el criterio de la facilidad probatoria. Esto implica que la Administración no tiene ningún medio de justificación por no conservar las pruebas de imagen e historiales clínicos, ya que es obligatorio su conservación conforme a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Jiménez Moriano, 2021, p. 309).

3.6 DAÑO DESPROPORCIONADO

Se exige una explicación del facultativo sobre la existencia del riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia o resultado que ésta ha producido. El daño desproporcionado es aquel que no es explicable a raíz de la actuación del profesional sanitario, que estará obligado a probar las circunstancias en las que se produjo el daño, y por tanto evidenciar si fue por negligencia o imprudencia.

4 WRONGFUL ACTIONS

El origen de estas actuaciones aparece en los años sesenta del siglo XX en Estados Unidos, donde se interponían demandas judiciales que consistían en que los hijos se querellaban contra la figura paterna por los daños producidos si su nacimiento era fuera del matrimonio debido a que se consideraban ilegítimos (Galán Cortés, 2008, p. 286). Al

cabo de los años, estas acciones sufren un gran giro, y se produce el primer cambio hacia quien van dirigidas estas acciones, ya que el demandado pasa a ser el sanitario a diferencia de la figura paterna.

La *Wrongful Life* y *Wrongful Birth* cambian el fundamento de las demandas a raíz de las nuevas técnicas prenatales, y son los padres quienes demandan a los sanitarios por las enfermedades o malformaciones que pudiesen tener los hijos aunque éstos no son quienes las hubiesen causado, pero han omitido la información (Arcos Vieira, 2007, p. 178), y con el paso de los años, cada vez más países fueron aceptando estas acciones y tipos de demandas.

Por ello, las *Wrongful Actions* son las acciones judiciales con las que se intenta obtener una indemnización económica de la Administración, ya que se entiende que la actuación médica ha sido no informar a los progenitores sobre las condiciones o las circunstancias en las que se encontraba el feto, y ello impide que se haya podido decidir libremente sobre continuar o no con la gestación (Macía Morillo, 2005, p. 146).

También se interponen para imputar una responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por el hecho de privar a los progenitores, sobre todo a la mujer, la posibilidad de continuar o no con el embarazo acorde a su decisión por las circunstancias presenta el feto.

4.1 CLASES DE *WRONGFUL ACTIONS*

En el ámbito de las *Wrongful actions* se pueden distinguir diferentes tipos de procedimientos judiciales según la situación en que se encuentre el embarazo. La primera de estas acciones es la *Wrongful conception*, que se interpone con el objetivo de reclamar los daños que se hayan producido por una acción médica antes de la fecundación, recetar un anticonceptivo fallido, o por una intervención errónea cuando sean técnicas anticonceptivas como es la ligadura de trompas.

En una etapa posterior se sitúa la *Wrongful birth*, cuando se ha producido la concepción y son los progenitores quienes interponen medidas legales porque consideran que no han tenido la posibilidad de decidir sobre si continuar el embarazo o no, y ello les ha causado a los progenitores un daño que es susceptible de indemnización económica.

Existen varias conductas negligentes por parte de los sanitarios que pueden conllevar la aplicación de esta acción, como la falta de información sobre los riesgos que tiene la concepción de un niño con malformaciones o que las pruebas realizadas hayan detectado anomalías fetales y los progenitores no sean informados de ellas por lo que se priva de poder abortar, dentro del plazo legal, en el caso de que esa fuese su decisión, que en España está fijado en las 22 primeras semanas de la gestación si hay grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada o riesgo de graves anomalías para el feto (Sánchez Martín, 2012, p. 393), según el artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de

salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, ratificado por su reforma de 2023 que mantiene los plazos fijados y avalados por el Tribunal Constitucional. Después de este plazo, solo será posible cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable confirmada por un comité clínico.

El daño causado por estas acciones conlleva una indemnización económica por la falta de información o error en la misma, y que vulneró que la madre pudiese decidir sobre su embarazo. La indemnización es por el daño moral causado que es el daño más común, pero también es para que los progenitores puedan hacer frente a los gastos que conlleva un hijo con dificultades ya sean físicas o psíquicas.

Por último estaría la *Wrongful Life* en la que quien interpone la acción es el hijo nacido con malformaciones o enfermedad, o también lo pueden interponer los progenitores que tengan la representación legal si es menor. Lo que se solicita con la interposición de la acción es una indemnización económica, pero también el resarcimiento del hecho de haber nacido (Sánchez González, 2018, p. 470).

En España este proceso jurídico todavía no se encuentra en la jurisdicción contencioso-administrativo y su inclusión ha sido rechazada en muchos países, y quienes lo aceptaron entraron en el debate sobre si una vida con discapacidad se considera “no vida”, teniendo en cuenta que tanto estos casos como en los anteriores se tratan enfermedades o malformaciones graves (Bastidas Goyes; Rueda Barrera, 2020, p. 157).

4.2 LOS ELEMENTOS DE LAS ACCIONES POR WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE

4.2.1 El daño

El concepto del daño se puede definir como el menoscabo que sufre una persona en su patrimonio o en su integridad física o psíquica, que da lugar a la problemática de cuales tienen que ser los bienes o derechos protegidos, que van evolucionando y cambiando con el paso de los años y el desarrollo de la sociedad, dependiendo de la moral o ética de cada individuo o de la sociedad en su conjunto (Romero Coloma, 2010, p. 2590).

El daño abarca la lesión del derecho a procrear, daños ocasionados en la madre porque se le ha vulnerado el derecho fundamental de información al no comunicarle las secuelas y no poder tomar una decisión al respecto, el daño por lesión (Soria Pérez, 2016, p. 37), y el daño moral por la falta de preparación psicológica para el nacimiento de un niño discapacitado o enfermo.

En el supuesto de *Wrongful Birth* el daño ocasionado establece que son los progenitores quienes pueden interponer las demandas. Hay autores que consideran la separación del daño con el nacimiento, ya que se apoyan en la teoría alemana que trata sobre dicha separación (Pacheco Jiménez, 2012-2013, p. 301).

Se pueden determinar diferentes situaciones en las que se puede producir el daño en estas acciones. En primer lugar, el daño que ha sufrido la madre en la intervención o sobre el poder de decisión sobre el embarazo o su hijo es la actuación más empleada en la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, y conlleva la privación del derecho de información (Pacheco Jiménez, 2011, p. 11) de los pacientes, que en este supuesto son los progenitores, y ello provoca que no tengan la posibilidad de decidir.

Estas lesiones se pueden dividir en la vulneración del derecho de decisión que tiene la madre sobre su embarazo y el daño por vulnerar el derecho de información. Y por otro lado, el daño que causa el no conocer la información sobre el estado en el que se encuentra el feto, ya que hay ocasiones en las que se desconoce esta situación hasta el nacimiento produciendo la privación de los progenitores a acondicionar la situación o la adaptación psicológica a la misma. Los tribunales conceden la indemnización económica por el daño moral de estas acciones acorde a la privación de decidir sobre el embarazo, pero a consecuencia de una acción u omisión de los profesionales. Este daño moral se deriva de la vulneración al derecho de libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad.

La STS de 30 de junio de 2006 (Macía Morillo, 2011, p. 92) estableció una indemnización económica por daños morales al no informar a los progenitores de los resultados de las pruebas realizadas en las que se veía que había anomalías en el feto, vulnerando el derecho a la información.

Teniendo en consideración que la privación de poder tomar la decisión de abortar o no, deriva de la vulneración del derecho a la libre determinación de la madre (Romero Coloma, 2010, p. 2592), se incluye la polémica de si también se ha vulnerado el derecho del padre y que la doctrina ofrece diferentes opiniones. Algunos autores establecen que el daño moral deriva de otras cuestiones que también afectarían a la figura paterna, como es la privación de un acondicionamiento psicológico sobre el supuesto de tener un hijo con una enfermedad, o el daño moral que puede tener el padre por la discapacidad de su hijo, reflejados en la Sentencia de 4 de noviembre del año 2005 (Molina Martínez, 2021, p. 24).

Según la STS únicamente se condenaría a la Administración sanitaria cuando haya una vulneración de la "Lex Artis" en el diagnóstico sobre un feto. Por el contrario, la Administración deberá demostrar que la madre no hubiese interrumpido el embarazo en el supuesto de saber las anomalías y demostrarlo con pruebas fehacientes para que la Administración pueda quedar exenta (Barceló Doménech, 2018, p. 286).

Las sentencias desestimatorias suelen ser por situaciones en las que la asistencia médica ha sido empleada de forma correcta, aunque el bebé ha nacido con

malformaciones que no se detectaron con los avances tecnológicos. Otro motivo es que el tribunal ha considerado que no hay nexo causal entre las malformaciones o la enfermedad del feto, y la actividad de la Administración sanitaria (Agudelo Molina, 2021, p. 11).

El daño en las acciones de *Wrongful Life* exige los mismos requisitos que en *Wrongful Birth*, pero se diferencia en quién tiene la legitimación para plantearlo, que en estos casos tiene la legitimación el propio hijo que tiene una enfermedad que se ha convertido en una discapacidad o con malformaciones. Determinar el daño en estos supuestos es difícil porque se trata de valorar la vida discapacitada con la “no vida”, por lo que esta doctrina es rechazada en numerosos países (Ataz López, 2006, p. 348).

4.2.2 El nexo causal

La lesión o daño causado no es por la actuación del profesional sino por una enfermedad que no se podía haber evitado ni mejorado si se hubiese intervenido. No es relevante a nivel judicial quién es el responsable directo del daño, ya que muchas intervenciones sanitarias las llevan por equipos formados por diferentes disciplinas médicas.

La SAN 7 de mayo de 2002 reconoció el funcionamiento anormal en la actividad de la Administración y concedió una indemnización económica a los progenitores, ya que se demostró que las malformaciones del feto podían haber sido detectadas en las primeras semanas de la gestación y conllevó el impedimento de que la madre conociese las circunstancias y poder tomar una decisión libre sobre su embarazo.

4.2.3 La indemnización

Hay que tener en cuenta qué daños van a ser indemnizados, ya que hay que distinguir los daños morales por la pérdida de decisión sobre el embarazo, y los daños materiales que provoca el propio nacimiento de un hijo con malformaciones o con una enfermedad. Actualmente sigue existiendo controversia sobre si la indemnización debe ser sobre todos los gastos que conlleva el nacimiento, o solo los gastos derivados de un hijo con malformaciones o con una enfermedad.

En la SAN de 27 de junio de 2008, la sala consideró que la progenitora era conecedora en todo momento de las circunstancias desde que se diagnosticó la enfermedad en el feto, que nació con varias malformaciones y que derivó en una minusvalía del 75%, dado que fue informada entre las semanas 18 y 20 por lo que entraba dentro del plazo del aborto terapéutico.

La Sentencia de 28 de febrero de 2011 estableció la desestimación del recurso que interpusieron los progenitores del bebé que padecía una enfermedad que causó su

fallecimiento a los dos meses de su nacimiento, en la que las pruebas llevadas a cabo fueron las correspondientes y adecuadas conforme a un embarazo calificado de bajo riesgo, hasta la semana 37, plazo en el cual ya no se pudo interrumpir el embarazo.

La STS del 10 de mayo de 2007 estableció que la Administración sanitaria no actuó acorde a la "Lex Artis" por la que no fueron utilizadas todas las técnicas para realizar las pruebas correspondientes durante el embarazo, concediendo una indemnización económica por daños morales (Macía Morillo, 2008, p. 202).

4.3 REQUISITOS

Para las acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life* se debe dar la condición de la acción u omisión del profesional sobre la información a los progenitores del estado del feto, pudiendo ser una información errónea o que no se hubiese dado información sobre ello.

En estas situaciones se presentan diferentes hechos, como la información errónea a la hora de interpretar el diagnóstico dado a los progenitores, que informen a éstos fuera del plazo para poder abortar, o que el médico no practique las pruebas necesarias. Otro requisito fundamental es que la enfermedad o malformación no tenga cura o que no se haya encontrado nada contra la enfermedad que sufre el feto.

La SAN de 16 de octubre de 2002 dictaminó que una paciente que durante el embarazo se realizó varias ecografías en las que no se vio ninguna anomalía en el feto no se la incluyó en el grupo de embarazo de riesgo. Todos los informes descartaron que hubiese un error en la valoración de las ecografías, pero se dispuso que pudo haber posibilidad de que con otros medios se hubiese detectado la anomalía en el feto, aunque los informes forenses solo lo establecieron como una posibilidad.

Por el contrario, la SAN de 1 de diciembre del año 2004 desestimó el recurso interpuesto por el nacimiento de un bebé que padecía espina bífida y tuvo secuelas irreversibles. Se consideró que los protocolos médicos seguidos fueron correctos durante el embarazo y por ello no se pudo establecer que hubiese relación entre el daño causado en el menor con las actuaciones de los profesionales sanitarios.

5 CONCLUSIONES

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, según el artículo 32 de la Ley 40/2015, establece que se configura como una responsabilidad objetiva, porque nace de la producción de un daño que el paciente no tiene el deber de soportar. Debe existir un daño que sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, también es necesario que sea una lesión antijurídica, es decir, que quien la sufre no tiene el deber de soportarlo. Otro presupuesto

es la relación de causalidad que debe haber entre la actuación de la administración y el resultado mediante un vínculo directo, inmediato y exclusivo.

La teoría de la pérdida de oportunidad que es España tuvo una recepción lenta, dio lugar a que, en los inicios, los órganos jurisdiccionales fuesen reticentes a tratarla, aunque con el tiempo y con el aumento de resoluciones sobre este tema, ya se refieren de forma directa. La pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario establece que, aunque no se pueda saber la certeza de una acción u omisión médica que ha provocado el daño al paciente, pero lo que se puede saber es que, si se hubiese actuado de otra manera diferente, podría haber una posibilidad cierta y real para alcanzar un beneficio.

El daño que provoca la pérdida de oportunidad puede ser considerado como un daño intermedio ya que surge de la acción u omisión, directamente de la actividad médica juzgada. Para valorar el daño debemos tener en cuenta la imposibilidad de poder garantizar una curación o una esperanza de supervivencia, como los riesgos y consecuencias que hay de forma implícita a la enfermedad del paciente.

Por tanto, la pérdida de oportunidad en sí misma es lo que se indemniza y no el resultado final, en cuantía inferior a la que correspondiese de haberse probado de forma cierta el nexo causal.

Un elemento esencial de la “Lex Artis” es el consentimiento informado, si hay ausencia de ella no conlleva directamente la indemnización a no ser que haya un daño que cumpla los requisitos para que se lleve a cabo la responsabilidad. El consentimiento informado será por escrito, y el paciente de forma libre, voluntaria y consciente firma las consecuencias que pueda conllevar por ejemplo la intervención, ello exime de culpa a la administración por las actividades de los sanitarios. Los pacientes tienen el deber de ser informados de las consecuencias, riesgos y contraindicaciones, pero también se recalca lo que se debe informar conforme si la intervención es necesaria o una medicina voluntaria como es una intervención estética.

Se llega a la conclusión de que en la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario existe la interpretación jurisprudencial con el nexo causal donde hay conductas contrarias a la “Lex Artis”, que son las negligencias donde no se sabe ciertamente cuál hubiese sido el verdadero resultado. Por otra parte, una segunda interpretación es afirmar que la pérdida de oportunidad se considera como una figura alternativa a la quiebra de la “Lex Artis” y ello permite una respuesta sobre indemnización en los casos donde dicha quiebra no se ha producido y concurre un daño antijurídico.

Por tanto, además de que exista una relación de causalidad, hay que tener en cuenta la omisión o tardanza que da lugar a la pérdida de oportunidad y ver en qué porcentaje se pierde. Así pues, las omisiones, errores o tardanzas que den lugar a la pérdida de oportunidad, se deben valorar conforme a la “Lex Artis Ad Hoc”, y así ver si existe nexo causal en relación con el daño sufrido por el paciente.

Respecto a las *Wrongful Actions*, hay que dilucidar cuál es el daño que se va a indemnizar o quién puede interponer dicha acción. Conforme a esto último, quien lo interpone es el niño que tiene una enfermedad o discapacidad o sus respectivos tutores. Existe la línea de acción de la madre en las *Wrongful Birth*, en los casos en que no ha tenido el derecho a decidir.

Las *Wrongful Birth* han tenido un desarrollo significativo en España y se han visto reflejada en la doctrina y jurisprudencia, a diferencia de las *Wrongful Life* que no han sido desarrolladas en España, ya que, si se aceptase, deberíamos aceptar la vida como un daño.

Cuando se trata la imputación de la responsabilidad administrativa, es obligatorio observar y clasificar el daño y nexo causal, siendo la culpa en estos casos no cumplir con el deber de informar por no haber dado la información necesaria, o haberla dado de forma incompleta, o con errores.

Los requisitos para las acciones de *Wrongful Birth* y de *Wrongful Life* son la acción u omisión del profesional sobre la información, y que no haya cura. También puede existir el fallo a la hora de interpretar el diagnóstico que puede producir la comunicación del informe a los progenitores fuera de plazo para poder realizar las acciones consideradas.

REFERENCIAS

AGUDELO MOLINA, Juan Diego. Causalidad e imputación. La coherencia interna de la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado**, n. 41, 2021.

ARCOS VIEIRA, María Luisa. **Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente**. [S.l.]: Thomson-Aranzadi, 2007.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. **Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria**. [S.l.]: Thomson Reuters Aranzadi, 2008.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel. Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad. Comentario a la STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019, 613). **Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil**, p. 207-226, 2020.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Las “wrongful actions” en materia de responsabilidad médica. coord. En: GARNICA, María del Carmen García (coord.). **La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas**. [S.l.: s.n.]: 2006. p. 341-353.

BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Consentimiento informado y responsabilidad médica. **Actualidad jurídica iberoamericana**, n. 8, p. 279-296, 2018.

BASTIDAS GOYES, Luis Guillermo; RUEDA BARRERA, Eduardo Alfonso. La aceptabilidad de las acciones *Wrongful birth* en el marco de la Teoría Discursiva del Derecho de Jürgen Habermas. **Revista Estudios Socio-Jurídicos**, v. 22, n. 1, p. 145-174, 2020.

CADENAS OSUNA, Davinia. El consentimiento informado y la responsabilidad médica. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, 2018.

CORTÉS GALÁN, Julio César. **Responsabilidad Civil Médica**. [S.l.]: Thomson Reuters-Civitas, 2020.

ESTEVE GIRBÉS, Jorge. El mito de la responsabilidad objetiva global de la administración pública: (Pandemia por coronavirus como oportunidad para una reevaluación del sistema). **Revista Aragonesa de Administración Pública**, n. 57, p. 43-71, 2021.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. Responsabilidad Civil de los Profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales. **Revista jurídica de Castilla y León**, n. 3, p. 147-232, 2004.

GALÁN CORTÉS, Julio César. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2007: Responsabilidad médica. Acciones de wrongful birth y wrongful life. Omisión de información sobre la conveniencia de someterse a la prueba del triple screening a gestante que no presentaba factores de riesgo relevantes. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Daño y nexo causal. **Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil**, n. 76, p. 279-290, 2008.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad. **Revista Aragonesa de Administración Pública**, n. 45/46, p. 35-66, 2015.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús. **Administración sanitaria y responsabilidad patrimonial**. Madrid: Colex, 2020.

GARCÍA VALVERDE, María Dolores. Mayor relevancia del consentimiento informado en tiempos de Covid. **Revista Aranzadi Doctrinal**, n. 11, 2021.

GARIBO, Ana Paz. El derecho a la vida cuando ésta es frágil como una exigencia de justicia. **Revista Persona y derecho**, n. 81, p. 323-348, 2019.

JEREZ, Carmen. Anexo: Definiciones. In: JEREZ, Carmen (coord.). **Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil Europeo: el Marco Común de Referencia**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2015. p. 479-504.

JIMÉNEZ MORIANO, Óscar. **El ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por daños producidos durante la pandemia de coronavirus. Y otras responsabilidades en el ámbito civil, penal y mercantil**. [S.l.]: Bosch, 2021.

LÓPEZ FIGUEROA, Alejandra. Lex artis médica en la doctrina y la jurisprudencia. **Revista de Derecho**, n. 238, p. 173-206, 2015.

MACÍA MORILLO, Andrea. **La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de "wrongful birth" y "wrongful life")**. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2005.

MACÍA MORILLO, Andrea: Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por Wrongful birth: comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de

2008. **Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid**, n. 18, p. 189-210, 2008.

MACÍA MORILLO, Andrea. El tratamiento de las acciones de Wrongful birth y Wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo. **Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid**, n. 23, p. 83-98, 2011.

MACÍA MORILLO, Andrea. Responsabilidad civil en el ámbito sanitario. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, n. 2, p. 113-128, 2021.

MILANS DEL BOSCH, Santiago; URRIÉS, Jordán de. Reflexiones en torno al nexo causal en la responsabilidad patrimonial. **Seminario de Responsabilidad Patrimonial, Fundación Democracia y Gobierno Local, Santa Cruz de Tenerife, 13 a 16 de noviembre de 2008, Fundación Democracia y Gobierno Local**, p. 131-152, 2009.

MEDINA ALCOZ, Luis. La teoría de la pérdida de oportunidad. **Revista española de la función consultiva**, n. 16, p. 97-112, 2011.

MOLINA MARTÍNEZ, Lucía. Aspectos problemáticos derivados de la configuración del daño en las acciones "Wrongful birth". **Revista de derecho privado**, v. 105, n. 3, p. 3-32, 2021.

MORENO BODES, Martín. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, especial mención al ámbito sanitario. **Cadernos de derecho actual**, n. 9, p. 61-85, 2018.

ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel. El consentimiento informado de los menores de edad en el ámbito sanitario. **Revista Boliviana de Derecho**, n. 32, p. 96-123, 2021.

OYARZÚN VARGAS, Felipe. Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español. **Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid**, n. 43, p. 119-147, 2021.

PACHECO JIMÉNEZ, María Nieve. Acciones "Wrongful birth y wrongful live". **Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales**, n. 6, p. 1-16, 2011.

PACHECO JIMÉNEZ, María Nieves. Responsabilidad médica derivada de negligencia en el diagnóstico prenatal: acciones "wrongful birth" y "wronful life". Repercusión de la proyectada ley de protección de la vida del concebido. **Parlamento y Constitución. Anuario**, n. 15, p. 287-308, 2012-2013.

PARRA SEPÚLVEDA, Darío. **La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa**. 2014. Doctoral (Thesis directed by María José Santos Morón) - Universidad Carlos III, Madrid, 2014.

PÉREZ VALLEJO, Ana María. Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio. **Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros**, n. 110-111, p. 14-31, 2012.

PÉREZ VALLEJO, Ana María. Incertidumbre causal y cálculo probabilístico del daño por pérdida de oportunidad. **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario**, v. 97, n. 783, p. 639-664, 2021.

RAMOS MATEOS, Almudena. Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad, **Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid**, n. 41, p. 53-68, 2020.

ROCA TRÍAS, Encarna; NAVARRO MICHEL, Mónica. **Derecho de daños, textos y materiales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

ROMERO COLOMA, Aurelia María. Las acciones de " Wrongful birth" y " Wrongful life" en el Ordenamiento jurídico español. **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario**, v. 86, n. 722, p. 2559-2608, 2010.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Margarita. El tratamiento jurisprudencial del daño en las acciones de responsabilidad por Wrongful birth. **Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid**, n. 37 (Número monográfico Reproducción humana: Derecho y Ciencia), p. 465-486, 2018.

SÁNCHEZ MARTÍN, Beatriz. Las Wrongful actions y el consentimiento médico informado. In: CHARRO, Martín González-Orús *et al.* (coord.). **Reflexiones sobre derecho privado patrimonial**. [S.l.]: Ratio Legis Librería Jurídica, 2012. v. 4. p. 389-409.

SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. La lex artis como estándar de la práctica clínica. **Folia Humanística**, v. 2, n. 6, p. 1-23, 2021.

SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. Lex Artis. **Anuario de filosofía del derecho**, n. 38, p. 275-300, 2022.

SORIA PÉREZ, Esther Marina. La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil. **Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro**, n. 59, p. 27-42, 2016.

TORRE DE SILVA LÓPEZ DE LETONA, Víctor. Responsabilidad por nacimiento evitable ("wrongful birth") y discapacidad. **Revista de administración pública**, n. 203, p. 89-136, 2017.

VESTRI, Gabriele. Reflexiones sobre la carga de la prueba de la culpa en materia de responsabilidad patrimonial de la administración pública en situación de emergencia. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, v. 7, n. 1, p. 127-142, 2020.

VICANDI MARTÍNEZ, Arantazu. La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria ¿se puede cuantificar lo incuantificable? **DS: Derecho y salud**, v. 25, n. 2, p. 9-66, 2015.

YZQUIERDO, Mariano. 10 de octubre de 1998. Indemnización por la pérdida de una expectativa. Diferencia entre el régimen de la responsabilidad por negligencia médica y el régimen objetivo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. **Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil**, n. 50, p. 533-542, 1999.

Como citar este documento:

CRISTOBAL, Daniel Martinez. La lex artis y la responsabilidad sanitaria en España como garantía de defensa del derecho fundamental a la integridad física y moral. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 21, n. 38, p. 145-167, set./dez. 2023. Disponível em: link do artigo. Acesso em: xxxx.