

LA PRIVACIÓN DE LA FACULTAD DE DECIDIR SOBRE EL ABORTO: ¿UN SUPUESTO DE “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD”?

DEPRIVATION OF THE RIGHT TO DECIDE ON ABORTION: A CASE OF ‘LOSS-OF-CHANCE’?

María Luisa Arcos Vieira ⁱ

RESUMEN: En España, la doctrina de la pérdida de oportunidad se está extendiendo a supuestos distintos a los que constituyen su base tradicional. El trabajo reflexiona, concretamente, sobre la procedencia de aplicar tal doctrina a casos en que la madre gestante fue privada de su derecho a decidir sobre la continuidad de su gestación.

Palavras clave: Pérdida de oportunidad. *Wrongful birth. Wrongful life.* Aborto.

ABSTRACT: In Spain, the doctrine of the loss of chance is widening its scope including cases other than those which gave rise to it. This article analyzes, specifically, if such a doctrine should be applied when the pregnant mother was deprived of her right to decide on the continuity of her pregnancy.

Keywords: Loss of chance. Wrongful birth. Wrongful life. Abortion.

SUMARIO: I. Aproximación a la cuestión. II. El daño: II.1. El daño indemnizable en las acciones de wrongful birth, wrongful life y wrongful conception. II.2. ¿Qué se pierde en la “pérdida de oportunidad”? III. ¿Acciones de wrongful birth/life/conception o “pérdida de oportunidad”? IV. Conclusiones. Bibliografía. Jurisprudencia.

I. APROXIMACIÓN A LA CUESTIÓN

En los ordenamientos jurídicos que, como el español, reconocen un cierto margen de libertad a las mujeres para interrumpir voluntariamente el embarazo, se suscitan indirectamente otras cuestiones a las que debe darse asimismo una adecuada respuesta. Es, por ejemplo, inevitable plantearse las consecuencias a efectos indemnizatorios de aquellas situaciones en las que una mujer embarazada se vea privada del poder de tomar la decisión que, en su caso, le compete acerca de continuar o no con la gestación en curso.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, vigente desde el 5 de julio de 2010, contempla en sus arts. 14 y 15 los supuestos en que cabe tal posibilidad:

ⁱ Profesora Titular de Derecho civil (acr. cat.). Universidad Pública de Navarra. E-mail: mlarcos@unavarra.es ORCID <https://orcid.org/0000-0003-4707-4624>

Artículo 14. Interrupción del embarazo a petición de la mujer.

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:

- a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.
- b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

Artículo 15. Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.
- b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.
- c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.¹

En suma, la mujer gestante puede, (1) dentro de las primeras catorce semanas, decidir no continuar con el embarazo sin otras razones para ello que su voluntad al respecto; (2) en las primeras veintidós semanas, el aborto se legitima por la existencia de “grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada” o de “riesgo de graves anomalías en el feto”; y, finalmente, (3) en cualquier momento cabe interrumpir una gestación si se aprecian ya sean “anomalías fetales incompatibles con la vida” ya, asimismo respecto del feto, “una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico”.

En todos los supuestos mencionados cabe imaginar la posibilidad de que la mujer lleve a término el embarazo sin haber tenido ocasión de decidir al respecto. Si la ignorancia que la aboca a una situación no voluntariamente asumida se puede relacionar con la acción u omisión de algún sujeto, surgirá inevitablemente la duda acerca de la viabilidad de una acción de daños contra él.

Las demandas se han planteado ya, y en un número no desdeñable, en situaciones que se corresponden con uno de los supuestos previstos en la LO 2/2010: son las relacionados con el nacimiento de hijos con enfermedades o condiciones congénitas que, aún conocidas o cognoscibles por el personal sanitario dentro de los límites temporales que marca actualmente la Ley Orgánica 2/2010, resultaron ignoradas por la gestante a causa de una negligencia imputable al mismo. Las acciones ejercitadas -en ese contexto- en demanda de una indemnización (acciones *wrongful birth* y *wrongful life*) son bien conocidas por la doctrina científica y

¹ El art. 16.2 LO 2/2010 aclara que, confirmado el diagnóstico por dicho comité, “la mujer decidirá sobre la intervención”.

jurisprudencial, aunque ello no implica que se trate de figuras carentes de aspectos aún discutidos.

Particularmente incierta resulta la relación de tales acciones con la noción de “pérdida de oportunidad”, expediente asimismo de base jurisprudencial asentado desde hace ya varias décadas en la práctica de los tribunales, de aplicación en el ámbito del Derecho de daños, y que proporciona al perjudicado demandante un remedio ante ciertas dificultades de prueba que, de otra forma, constituirían un obstáculo insalvable para su pretensión de obtener una indemnización en determinados casos.

Ya desde los primeros años de aplicación de la doctrina de la “pérdida de oportunidad” se ha venido apreciando una tendencia a extender su aplicación a supuestos relacionados con las acciones antes mencionadas, en especial con las *wrongful birth*²; tendencia que parece consolidarse. Las páginas siguientes analizan hasta qué punto es aplicable esta figura a las pretensiones de las mujeres disconformes con el hecho de verse abocadas a una situación personal irreversible derivada de la prosecución de una gestación que no han podido gestionar de manera autónoma.

II. EL DAÑO

La cuestión objeto de análisis requiere una siquiera concisa revisión de la doctrina más reciente sobre el perjuicio indemnizable en cada una de las figuras implicadas. Así, interesa determinar (II.1) qué daños son susceptibles de reclamación, según la doctrina más actual, a través del ejercicio de las acciones indicadas; y (II.2) en qué situaciones se justifica la invocación de la “pérdida de oportunidad” en una acción de responsabilidad civil (o “patrimonial”, en el caso de la Administración Pública).

II.1. EL DAÑO INDEMNIZABLE EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH*, *WRONGFUL LIFE* Y *WRONGFUL CONCEPTION*

Las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life* tienen un contexto común: el nacimiento de una persona con discapacidades o enfermedades congénitas (por tanto, no causadas al feto durante la gestación) que, pudiendo haberlo sido, no fueron informadas a la madre a tiempo para que esta pudiera libremente optar entre continuar o interrumpir su embarazo³. Difieren aquellas acciones sin embargo, y como es conocido, en la legitimación

² ARCOS VIEIRA, M. L.: “La “pérdida de oportunidad” como daño indemnizable”, *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 7, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Coimbra, 2005, pp. 137-173.

³ Se utilizarán en estas páginas las expresiones inglesas, generalmente admitidas. Si bien cabe encontrar referencias esporádicas a propuestas de las correspondientes traducciones al castellano, estas no acaban de afianzarse en la doctrina, seguramente por evocar un tipo de valoración que el ordenamiento jurídico español excluye ya con contundencia (v. Sala de lo contencioso-administrativo, de 4 de noviembre de 2008). Por ejemplo, la SAP Madrid, sección 12ª, de 23 de septiembre de 2018, traduce la expresión *wrongful birth* por “incorrecto nacimiento”; la STSJ Asturias, Sala de lo contencioso-administrativo, de 28 de noviembre de 2006, alude al “nacimiento evitable”; o la STSJ Andalucía, Sala de lo contencioso-

activa, que en el primer caso corresponde a la madre -en su propio nombre⁴- y, en el segundo caso, al propio hijo. Esta diferencia revela la raíz de la distinta consideración de las dos acciones, que entronca con el elemento de la pretensión que resulta clave en ambas: el perjuicio⁵.

Como hace ver, últimamente y por todas, la STSJ Andalucía, Sala de lo contencioso-administrativo, de 15 de noviembre de 2017, recordando la muy citada –en dicha jurisdicción- del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008:

“el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño [...] No hay nacimientos equivocados o lesivos, ya que el art. 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida”. También para el tercer tipo de acciones, relacionadas en cambio con embarazos no deseados (*wrongful conception*) la STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 3 de octubre de 2000, afirmaba en la misma línea que “[t]ampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad”.

Por supuesto, el principio de que la vida no puede considerarse un daño en sí misma ya había sido defendido por la jurisdicción civil, primera ante la que se suscitaron este tipo de acciones, en el pasado siglo⁶. La jurisprudencia, sin embargo, necesitó prestar especial atención a la precisa delimitación de ese principio para descartar definitivamente cualquier duda al respecto; dudas que podían acaso suscitarse tras algunas de las resoluciones iniciales, al deslizarse entre los argumentos en favor de la indemnización de los demandantes ciertas valoraciones acerca de la vida con discapacidad o enfermedad, o sobre el daño relacionado con la maternidad o paternidad no deseada, que podían inducir a error en este sentido.

administrativo, de 9 de diciembre de 2014, así como la STS, Sala de lo civil, de 4 de noviembre de 2010, conforme a una opción más extendida, se refieren en el mismo supuesto al “nacimiento injusto”, paralelamente a la expresión “vida injusta” como traducción de *wrongful life* (STSJ Asturias, Sala de lo contencioso-administrativo, de 7 de octubre de 2013).

⁴ No, por tanto, como representante legal del hijo. Por otra parte, la legitimación activa del padre en exclusiva es descartable (en contra, por excepción, STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 5 de diciembre de 2007). Si bien suele admitirse sin discusión la demanda conjunta de ambos progenitores (STSJ Galicia, Sala de lo contencioso-administrativo, de 21 de octubre de 2015), en algún caso se ha estimado el recurso de los demandados solicitando se atienda al carácter personalísimo de la opción de abortar: STSJ Andalucía, Sala de lo contencioso-administrativo, de 9 de diciembre de 2016.

Obviamente, la respuesta a esta cuestión dependerá del daño indemnizado, así como del alcance que pueda darse a la noción de daño *par ricochet* o “de rebote”, que podría reconocerse en el padre, no solo respecto de la situación de su hijo, sino también de la de la gestante. Actualmente el razonamiento puede extenderse a la madre no gestante, en su caso.

Es dudosa en cambio la posibilidad de reconocer como perjudicados a otras personas del entorno familiar (hermanos, abuelos); posibilidad que, de hecho, rechaza un sector relevante de la doctrina: v. por ejemplo GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.: “Responsabilidad sanitaria y daño moral”, *Derecho sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, coord. por M. Gascón Abellán, M. C. González Carrasco y J. Cantero Martínez, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 576. Posiblemente deba admitirse la indemnización a parientes distintos de los padres si aquellos llegan a asumir la función de estos, como apunta ROMERO COLOMA, A. M.: “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 722, 2010, p. 2569.

⁵ V. sobre el particular MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; ELIZARI URTASUN, L.: “El daño en las acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*”, *DS: Derecho y salud*, 19-1, 2010, pp. 139-163; CADENAS OSUNA, D.: “El daño indemnizable en los supuestos de «wrongful birth». Análisis crítico de la doctrina jurisprudencial y propuestas de mejora”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 48/2019 (aranzadi.aranzadidigital.es).

⁶ V. por ejemplo, STS, Sala de lo civil, de 5 de junio de 1998.

Una vez consolidada en el ordenamiento jurídico la negativa a considerar el nacimiento de un ser humano *per se*, sean cuales sean sus condiciones, como un daño a indemnizar:

(1) La acción de *wrongful life* no puede admitirse, al menos entendida como lo es inicialmente: una pretensión de la persona nacida con discapacidad o enfermedad, acaso ejercitada por otros en su nombre, y fundamentada en que la conducta del demandado ha determinado que el demandante viva una vida que este concibe como un daño⁷. Dado que las enfermedades o discapacidades del demandante son, en estos supuestos, genéticas, se entiende que la acción conlleva la implícita consideración de que su vida es un perjuicio comparado con su única alternativa (no haber nacido).

No cabe alegar como perjuicio la propia existencia, sean cuales sean las condiciones en las que esta se desenvuelve⁸. El rechazo del sistema a la viabilidad de toda acción que se entienda planteada en esa línea es, no solo en España⁹, profundo, y cualquier decisión judicial que pudiera hacer dudar del mismo no puede admitirse si no es interpretable desde los argumentos válidos¹⁰.

Es así como se salva la validez de la sentencia de apelación recurrida en el proceso que concluye con la STS, Sala de lo civil, de 15 de septiembre de 2015. El hijo de los demandantes, describe la sentencia, había nacido con “síndrome de Moebius, con carencia de ambas manos, pies zambos, micrognatia, microglosia, siringomielia y síndrome de Wolf-Parkinson-White, con gastrostomía y traqueostomía”; todo ello sin que la madre hubiera sido advertida oportunamente de las condiciones del feto. El Juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda razonando que el daño “se concreta en los sufrimientos y padecimientos psíquicos que ocasiona a los padres el nacimiento y ulterior crecimiento del hijo con malformaciones congénitas y, por otro, los perjuicios económicos que derivan del nacimiento del hijo con esas limitaciones y malformaciones”. La Audiencia Provincial elevó la indemnización concedida (500.000 euros) hasta la solicitada en la demanda (1.200.000 euros) razonando como sigue:

“Es preciso, entonces, acudir en primer lugar a la empatía (colocándose lo más cerca posible de la situación de los padres demandantes **y del niño a quienes éstos representan**) y a la experiencia (representando mentalmente las circunstancias normales de una vida de dedicación plena a un hijo deforme y enfermo). La situación de los demandantes se puede sintetizar en sufrimiento y

⁷ En el caso de la SAP Madrid, sección 12ª, de 23 de septiembre de 2018, los padres demandan en su nombre y en representación de su hija menor de edad por el error en el diagnóstico prenatal de la enfermedad de esta. No se encuentra en ella referencia alguna a la acción *wrongful life* que parece ejercitarse, probablemente porque se considera que no existió negligencia alguna en la atención sanitaria durante el embarazo, lo que hace innecesaria cualquier otra valoración.

⁸ STS, Sala de lo civil, de 23 de noviembre de 2007 y jurisprudencia citada en ella.

⁹ En Francia, como es conocido, el “caso *Perruche*” –sentencia de la Cour de Cassation de 17-11-2000– motivó una reforma legislativa en enero de 2002 que impidió nuevas reclamaciones en ese sentido.

¹⁰ STS, Sala de lo civil, de 4 de noviembre de 2010. Atípicamente, la STS, Sala de lo civil, de 18 de mayo de 2006, considera que la indemnización concedida al hijo nacido con síndrome de Down por la sentencia impugnada “no es más que la concreción particularizada del perjuicio causado con motivo del incumplimiento que la meritada sentencia atribuye a los demandados-recurrentes y de la forma de satisfacerlo a través de una renta vitalicia, en garantía del principio de reparación íntegra del daño, como finalidad básica de la institución de la responsabilidad civil”.

dedicación. Son portadores del sufrimiento moral y anímico de contemplar día tras día el cuerpo deforme de su hijo y, por otro lado, se ven impulsados a entregar a su hijo diariamente su tiempo y dedicación, sacrificando incluso el propio trabajo u oficio. Y ello durante un tiempo que no es calculable, pues no se ha ofrecido un límite de supervivencia de este tipo de personas.

Por ello este tribunal considera que la sentencia de primera instancia, aunque acertada en lo ponderado y concedido, puede ser complementada con la valoración de otros factores concurrentes o con otros argumentos económicos.

Así estimamos que debe compensarse, en primer lugar, el dolor del propio hijo que va a ser consciente de sus malformaciones y disfunciones a lo largo de su vida, aunque la indemnización haya de hacerse efectiva a través de los propios padres. Debe compensarse también la dedicación diaria de los padres, así como su sufrimiento permanente. Todo ello dentro de un horizonte temporal estimado de unos veinte años. Por ello, y con el propósito de no caer en la arbitrariedad ni en el mero voluntarismo, podemos explicar el quantum indemnizatorio cifrando la dedicación de los padres en un monto económico de dos mil euros por cada progenitor al mes, **y la indemnización al niño en 240.000 euros como si de una compensación mensual de 1.000 euros se tratase.** Lo que arrojaría un total de 960.000 euros por los padres **y 240.000 por el hijo.**¹¹

Era de imaginar que el recurso de casación de la aseguradora demandada se haría eco de las afirmaciones transcritas y, así, alega esta que “la sentencia indemniza al menor por el padecimiento que le supone la vida, sin que en nuestro ordenamiento jurídico sea posible imputar al médico los daños sufridos por malformaciones no diagnosticadas, siendo titular de la facultad de acudir al aborto eugenésico la gestante”. El Alto Tribunal debe reconocer que la acción *wrongful life* es inviable, pero confirma la sentencia impugnada:

“Es cierto, aunque no se cite en el recurso, que la sentencia de esta Sala de 23 de diciembre (*sic*) de 2007 descarta la viabilidad de la acción conocida como *wrongful life* señalando: 1º) que el daño ocasionado por esta falta de información afecta en exclusiva a los padres demandantes, a los que se ha ocasionado un daño moral al verse privados de la información necesaria para poder tomar de forma adecuada sus decisiones, y 2º) que debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la sentencia de 5 junio 1998 (RJ 1998, 4275), que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo (así mismo STS de 19 junio 2007). Ahora bien, en la demanda no ha sido ejercitada esta acción y la sentencia estima la acción entablada exclusivamente por los padres y a ellos solos indemniza como consecuencia del daño ocasionado, en la que incluye el dolor que sufren como propio por el estado de su hijo, sin que la sentencia haya sido tachada formalmente de incongruente con las peticiones de las partes.”¹²

Queda excluida, por tanto, en las acciones de *wrongful life* la validez de este punto de conexión (la posibilidad perdida de optar por el aborto) entre la negligencia médica (consistente en no informar puntualmente a la madre gestante) y la vida actual del hijo, aunque algunos

¹¹ Resaltado añadido.

¹² Efectivamente, según se refleja en las resoluciones del proceso, parece que los padres no habían demandado en nombre de su hijo sino solo en el suyo propio, por lo que en ningún caso pudo haberse ejercitado una acción de *wrongful life*. Pero, por la misma razón, tampoco se aprecia que demandaran *para su hijo* indemnización alguna, que sí fue concedida. Al margen de la existencia o inexistencia de demanda, el punto débil de la indemnización concedida “al niño” (240.000 euros), estará en cualquier caso en el elemento causal puesto que, por un lado, el origen de las discapacidades y enfermedades que afectan al hijo es genético y, por otro, la facultad –perdida- de optar por interrumpir el embarazo correspondía exclusivamente a la madre.

autores defienden que este puede hacer valer la doctrina de la pérdida de oportunidad¹³. El establecimiento de la relación causal entre ambas puede en cambio resultar favorecido en un futuro próximo por los avances técnicos que permiten realizar tratamientos o intervenciones al feto durante la gestación, y que pudieran curar o corregir sus enfermedades o discapacidades o, cuando menos, proporcionar una mejoría de su estado. De ser así, el demandante dispondría de una alternativa a la vida actual diferente a la de “no haber nacido”, y ya irreprochable como parámetro para la configuración de un perjuicio indemnizable. El retraso negligente en la prestación de esa asistencia podría, entonces, vincularse causalmente a la pérdida de probabilidades de haber alcanzado la curación o la mejoría; con ello, sin embargo, la pretensión indemnizatoria abandona el ámbito de las acciones de *wrongful life*.

De no existir otra alternativa a la vida del demandante que su inexistencia, la situación de este, por especial y difícil que sea, no parece encontrar respuesta a través de la institución de la responsabilidad civil¹⁴, sin perjuicio de que debiera obtenerla en virtud del principio de solidaridad social a través de las ayudas y los servicios públicos pertinentes¹⁵.

(2) La acción de *wrongful pregnancy* (o *conception*), ejercitable a consecuencia del nacimiento de un hijo tras un embarazo no deseado (típicamente, por errores en intervenciones o tratamientos de carácter anticonceptivo que resultan infructuosos¹⁶), no puede tampoco gravitar en torno a la existencia de los hijos que no se quiso procrear.

A propósito de un supuesto de nacimiento de gemelas tras una fallida ligadura de trompas, la STS, Sala de lo civil, de 5 de junio de 1998, discrepa de la partida indemnizatoria concedida en primera instancia relativa al daño moral por embarazos no deseados:

“No puede esta Sala compartir tal punto de vista, porque la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores (...)”.

Mantiene el Alto Tribunal, en cambio, la indemnización por los “mayores gastos” y la pérdida de ingresos generados por el embarazo y el parto¹⁷, y tal criterio favorable a la indemnización de ciertos daños patrimoniales se ha mantenido posteriormente.

¹³ MARTIN CASALS, M./SOLÉ FELIÚ, J.: «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos», *Indret*, 2001 (www.indret.com).

¹⁴ V., sin embargo, la crítica a los argumentos expuestos de ROMERO COLOMA, A. M.: “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español...”, cit., p. 2570 y ss.

¹⁵ En el mismo sentido, DE VERDA, J. R./CHAPARRO, P.: “Responsabilidad civil médica por privación de la facultad de optar por el aborto”, *Rev. boliv. de Derecho*, nº 17, enero 2014, pp. 293-294.

¹⁶ V. al respecto, MARTÍN CASALS, M./SOLÉ FELIÚ, J.: “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, cit. Los autores aludían a un supuesto conocido en la doctrina angloamericana relativo a las intervenciones de interrupción de embarazo fallidas, que consideraban a medio camino entre las acciones de *wrongful conception* y *wrongful birth*, y del que los tribunales españoles no habían llegado a conocer. El supuesto se ha planteado en la STSJ Andalucía, Sala de lo contencioso-administrativo, de 15 de noviembre de 2017. Las demandadas, condenadas en instancia al abono de 86.400 euros por la ineficacia de la IVE a la que se había sometido la gestante, son contrariamente absueltas por el TSJ, que no aprecia un daño en la dignidad de la madre, ni un daño síquico en esta (no alegado ni probado) y toma en consideración que la demandante podía haber solicitado la realización de una nueva intervención, lo que no hizo, consintiendo por tanto la prosecución del embarazo.

¹⁷ FD 3º: “Otra cosa es que el patrimonio de los progenitores tenga que afrontar mayores gastos o dejar de obtener ingresos por la suspensión o abandono del trabajo ante la contingencia inesperada del embarazo y

Así, por tanto, en las acciones de *wrongful pregnancy* el daño moral indemnizable se relaciona finalmente con la lesión de la facultad de autodeterminación que implica la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad¹⁸, aunque tampoco cabe descartar otro tipo de daño extrapatrimonial¹⁹.

Por su parte, el daño patrimonial resultante de la maternidad o paternidad no deseadas ha evolucionado hacia la exclusión de los gastos inherentes a la titularidad de la patria potestad y la obligación de alimentos para admitir solo excepcionalmente ciertos daños patrimoniales (daño emergente o lucro cesante²⁰) que puedan considerarse específicos del caso en cuestión, como los propios del embarazo y del parto²¹. Sin embargo, se va abriendo paso cierta línea doctrinal que defiende un criterio más amplio sobre la indemnización de daños patrimoniales en casos de embarazos no deseados. Así, por ejemplo, en un caso de deficiente información sobre la limitada eficacia de la ligadura tubárica bilateral a la que se había sometido la gestante, la STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 23 de febrero de 2005 estima el recurso de aquella:

“... procede anular la resolución administrativa impugnada y declarar el derecho de la demandante a ser indemnizada por el quebranto que pueda conllevar el cuidado y sustento de un hijo no deseado; difícilmente cuantificable en el aspecto económico, ya que los perjuicios o costos derivados del nacimiento del niño serán distintos según la situación familiar, el status patrimonial y laboral de cada familia e inversamente proporcional a su capacidad económica; por lo que en el presente caso, en atención a los ingresos que percibía el marido de la recurrente y el número de hijos, prudentemente la cuantificamos en 14.000.000 pesetas -84.141,69 euros-, cantidad que deberá actualizarse a la fecha de la presente sentencia con el fin de conseguir una completa indemnidad de los perjuicios sufridos y ello sin perjuicio de la aplicación del artículo 106, número 2, de la Ley Jurisdiccional”.

En la misma línea, se ha reconocido a los padres el derecho a ser indemnizados por los gastos de crianza de la hija nacida tras una vasectomía en la SAP Barcelona, sección 16ª, de 25 de septiembre de 2014. La demanda alega la falta de información por el médico del riesgo de recanalización espontánea que se produce en un porcentaje que oscila entre el 0,03 y el 1,2% de las intervenciones y que se materializó en el caso del demandante. Entre las partidas

parto, y en este sentido es admisible una compensación económica, que se fija aquí, por las circunstancias que denotan la poca prueba practicada, en ocho millones”.

¹⁸ SSTS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 3 de octubre de 2000, 9 de mayo de 2005 y 19 de mayo de 2015.

¹⁹ Por ejemplo, el temor o la preocupación ante la necesidad de someterse a la cuarta cesárea: STSJ CyL, Sala de lo contencioso-administrativo, de 14 de octubre de 2016. Más habitualmente, se ha admitido indemnizar por la angustia y la preocupación generadas por el embarazo: MARTÍN CASALS, M./SOLÉ FELIÚ, J.: “Anticoncepciones fallidas...”, cit., p. 10.

²⁰ La STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 19 de mayo de 2015 apunta en este sentido a los gastos que resulten “consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades”.

²¹ En este sentido, la expresión “mayores gastos” que la sentencia citada (STS, Sala de lo civil, de 5 de junio de 1998), como otras, utiliza implica un evidente matiz comparativo comprensible en el contexto de los supuestos de *wrongful birth*, en la medida en que las especiales condiciones del hijo exigen atenciones y gastos extraordinarios no requeridos habitualmente; pero no tiene un significado seguro en el supuesto de hijos sin necesidades especiales pero nacidos de embarazos no deseados. En el caso concreto, tal reflexión parece haber tenido que ver con el hecho de que la mujer que se sometió a la ligadura de trompas negligentemente realizada dio a luz dos hijas gemelas.

indemnizatorias, los demandantes incluyen la relativa a la crianza de la menor -valorada en más de 130.000 euros- y que no fue estimada en primera instancia porque para el juzgado, recuerda la sentencia de apelación, “el nacimiento de un hijo no es un daño en sí mismo (...) y porque la manutención de los hijos es obligación de los padres”. Se reproduce a continuación la respuesta de la Audiencia Provincial:

“La parte apelante se duele de la primera de las afirmaciones -que, sin embargo, es habitual, no solo en nuestro país, al tratar asuntos de *wrongful conception* -. El recurso de apelación distingue entre el nacimiento de un hijo y las consecuencias económicas -muy gravosas para los actores- de ese nacimiento inesperado, causado por la falta de la información debida. La distinción evoca la doctrina alemana de la separación (*Trennungslehre*), que diferencia, por un lado, el daño que es objeto de reclamación y, por otro, la vida del hijo. Aunque la cuestión es compleja y puede venir condicionada por consideraciones de naturaleza ética más que jurídica, la respuesta del tribunal ha de basarse en categorías jurídicas compartidas y compartibles, más que en juicios de valor, e intentar huir de simplificaciones inadecuadas sin base en derecho. **En nuestro sistema todo daño es susceptible de indemnización, exceptuando el caso que el bien jurídico afectado sea indigno de protección por ilícito o inmoral. No consideramos que se dé esta excepción en el asunto de autos ni que la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 10.1 de la Constitución española, se oponga a la indemnización de los perjuicios de carácter patrimonial derivados del nacimiento de la hija de los actores.** No puede olvidarse que la intervención contratada con el médico demandado no tenía otro objeto que, precisamente, el de evitar la procreación.

El perjuicio no es el nacimiento en sí, sino las dificultades económicas de la familia ligadas a ese nacimiento y concretadas en los gastos de mantenimiento y educación.

En cuanto al argumento de que son los padres quienes están obligados a la manutención de los hijos, no se discute, sino que más bien se erige en uno de los presupuestos de la reclamación de los demandantes.”²²

La Audiencia estima la demanda en este aspecto y condena a los demandados al pago de 98.205 euros en concepto de gastos de crianza de la hija hasta su mayoría de edad, cuestionando con ello el fundamento de la exclusión de los gastos por razón de la titularidad de la patria potestad y de la obligación de alimentos, así como el argumento, propio de la jurisdicción contencioso-administrativa, de que la manutención del hijo no esperado “constituye para los padres una obligación en el orden de las relaciones familiares impuesta por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que el daño padecido no sería antijurídico, por existir para ellos la obligación de soportarlo”²³.

Parece, finalmente, que en caso de recuperarse esta línea doctrinal debería extenderse igualmente a los casos de *wrongful birth*.

(3) Y, finalmente, la acción de *wrongful birth* debe buscar su fundamentación en factores ajenos a un supuesto desvalor de la concreta vida engendrada, argumento este ética y jurídicamente inadmisibles –también– en el ordenamiento español por más que las especiales condiciones de esa vida hubieran justificado legalmente la decisión de la madre de ponerle fin durante la gestación.

²² Resaltado añadido.

²³ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 3 de octubre de 2000.

El criterio actual responde a una depuración progresiva del daño indemnizable a los padres, que en un primer momento parecía aproximarse, quizá inconscientemente, al nacimiento del hijo²⁴. La alternativa inicial de considerar que el daño en estos supuestos consiste en la imposibilidad definitiva de abortar una vez transcurridos los plazos pertinentes –lo que exigía la prueba de que la gestante hubiera abortado en el caso de haber podido²⁵– evolucionó acertadamente hacia la mera privación de la facultad de hacerlo²⁶ (con independencia de la opción que hubiera preferido la madre²⁷), a la que pueden añadirse el daño extrapatrimonial relacionado con el “impacto síquico” sufrido por los padres²⁸ al tener que afrontar y adaptarse a la situación imprevista²⁹, y daños patrimoniales³⁰ relacionados con los gastos del embarazo, el parto, y las pruebas diagnósticas³¹, así como con la crianza del hijo, pero limitando estos últimos a los extraordinarios³² que “se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria”³³.

²⁴ V. STS, Sala de lo civil, de 6 de junio de 1997: “surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el Síndrome de Down (Mongolismo); lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales”. Más adelante, la propia sentencia parece querer matizar la afirmación anterior al afirmar que para valorar el daño –extrapatrimonial– “hay que tener en cuenta varios aspectos, como es el del impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas...”.

²⁵ STS, Sala de lo civil, de 7 de junio de 2002: “no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo. No puede afirmarse, por tanto, que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto. El hecho de que aquella manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo”. Algo más matizada a este respecto, STS, Sala de lo civil, de 21 de diciembre de 2005.

²⁶ SSTS, Sala de lo civil, de 19 de julio de 2007 y de 4 de noviembre de 2010. Quizá para no excluir al padre demandante, alguna sentencia alude no ya a privación de la decisión de abortar o no, sino a la toma de “decisiones”, en general: STS, Sala de lo civil, de 23 de noviembre de 2007.

²⁷ STS, Sala de lo civil, de 31 de mayo de 2011: “La alegación y prueba de que la mujer hubiese interrumpido su embarazo de haber conocido un defecto congénito del feto, no solo afecta a la libertad, autonomía o intimidad de la gestante, sino que pone en evidencia la dificultad de establecer una relación entre la falta de información por el médico y el que la gestante opte por poner fin al embarazo mediante el aborto en lo que esta sala ha calificado de “debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria”. En el mismo sentido, STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 5 de diciembre de 2007.

La jurisdicción contencioso-administrativa, en cambio, parece decantarse por la inversión del *onus probandi* acerca de que la mujer en ningún caso habría abortado, de forma que basta con la constancia de que la opción por el aborto no era inverosímil para admitir la indemnización del daño por privación de la facultad de decidir al respecto: por todas, SAN, Sala de lo contencioso-administrativo, de 24 de octubre de 2011 y jurisprudencia citada en ella.

²⁸ Por esta vía es clara la legitimación activa del padre o, en general, del progenitor sin capacidad de decisión sobre el aborto. Se ha hecho ver que esta partida del daño moral puede admitirse también en los casos en que no quepa invocar la frustrada opción sobre continuar o no el embarazo: MARTÍN CASALS, M./SOLÉ FELIÚ, J.: “Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003”, *Indret*, 2004 (www.indret.com)

²⁹ SSTS, Sala de lo civil, de 6 de junio de 1997, 21 de diciembre de 2005 y 23 de noviembre de 2007. Entre los autores, GARRIGA GORINA, M.: “Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002”, *Indret*, 2003, p. 8.

³⁰ Aunque, como explica GONZÁLEZ CARRASCO, en la práctica puede ocurrir que los daños patrimoniales indemnizables se concedan en concepto de daños morales: “Responsabilidad sanitaria y daño moral”, cit., p. 573.

³¹ STS, Sala de lo civil, de 21 de diciembre de 2005.

³² STS, Sala de lo civil, de 14 de marzo de 2013; SSTS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 4 de noviembre de 2008 y de 29 de junio de 2011; SAN, Sala de lo contencioso-administrativo, de 24 de octubre de 2011. Afirma esta última que no son indemnizables “los hipotéticos daños y gastos que en el futuro

El daño no patrimonial, por tanto, y en palabras de la STS, Sala de lo civil, de 31 de mayo de 2011,

“es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-”.

A diferencia de las acciones de *wrongful conception*, las acciones de *wrongful life* y de *wrongful birth* -con independencia de su admisión o rechazo por el ordenamiento- necesitan recurrir a la idea de que la madre gestante pudo haber interrumpido la gestación en curso si la asistencia sanitaria se hubiera desarrollado conforme a la *lex artis*. Es esta *posibilidad* la que, una vez confirmada, acredita que lo vivido no era ineludible. Aunque las enfermedades o discapacidades del nacido, en tanto congénitas, no resultaran directamente causadas por una negligencia de la asistencia sanitaria recibida durante la gestación, otro tipo de conducta negligente sí impidió materializar cualquier *ocasión* de que el curso de los acontecimientos hubiera progresado de forma diferente -a través de la opción de la madre por la interrupción voluntaria de su embarazo-.

Este tipo de razonamiento, ciertamente ajustado a la realidad de las circunstancias concurrentes en los supuestos que dan pie a las acciones de *wrongful life* y de *wrongful birth*, puede conducir sin embargo a la errónea conclusión de que aquellos conforman supuestos de la llamada “pérdida de oportunidad”³⁴. La apreciación en ambos casos de hipotéticos cursos vitales

puedan producirse ni los trastornos diarios que supone para los padres la mayor dedicación a su hija o su inscripción en actividades extraescolares voluntarias de carácter lúdico o musical o en la fundación del síndrome de Down”, que los padres reclamaban.

³³ La indemnizabilidad de gastos motivados por la crianza del hijo no deja de suscitar algunas dudas, si bien quedan al margen del tema del presente trabajo. Recientemente, por ejemplo, CADENAS OSUNA hace ver, recordando la STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 19 de mayo de 2015, cómo la predisposición a indemnizar a los padres por los gastos extraordinarios en acciones de *wrongful birth* no parece compartirse si la acción es de *wrongful conception* cuando el hijo nacido de un embarazo no deseado es, además, un hijo con enfermedades o discapacidades: ob. cit., nota 53.

Con todo, a mi juicio la reflexión sobre los criterios imperantes acerca de la indemnización de daños patrimoniales relacionados con la vida del hijo tiene que ir más allá: hay que pensar si tiene sentido reconocer el derecho de los padres a recuperar el gasto extraordinario que requiere la atención de su hijo, y negarle a este el mismo derecho. ¿Qué ocurrirá con tales gastos cuando el hijo alcance su emancipación? ¿Deberá entonces asumir él mismo los gastos “extraordinarios” que acarrea su propia existencia cuando sus padres, aún obligados legalmente a asumirlos, fueron indemnizados por ello? La STSJ Galicia, Sala de lo contencioso-administrativo, de 21 de octubre de 2015, afirma que el daño “derivado del mayor coste generado por el mantenimiento de un hijo con la patología, dependencia y minusvalía que presenta Bernardo, ha de dar lugar a una cantidad a conceder en favor de éste” (200.000 euros), en cuyo nombre también habían reclamado los padres demandantes.

³⁴ V., por ejemplo, STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 21 de febrero de 2006: “ha de entenderse que la deficiente praxis en la actuación sanitaria, si bien no tuvo repercusión en la enfermedad o padecimientos que presentaba el niño al nacimiento, privó a la embarazada de unos medios de diagnóstico anteriores a las 22 semanas de gestación, que aun pudiendo ser imprecisos en su resultado no descartan la posibilidad de obtener por los mismos información suficiente para que la interesada tuviera oportunidad de una decisión al respecto, de manera que la no utilización adecuada de esos medios de control del embarazo, al alcance de la Administración, afectaron a dicha oportunidad de la interesada, impidiendo

alternativos abortados por una negligencia ajena³⁵ favorece la tendencia a asimilar aquellas acciones y esta doctrina, pero ello se evidencia inadecuado al precisar a qué se refiere la *oportunidad* a que alude la misma.

II.2. ¿QUÉ SE PIERDE EN LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD”?

La llamada doctrina de la “pérdida de oportunidad” es un recurso asimismo consolidado en la doctrina y en la jurisprudencia (tanto civil como contencioso-administrativa) relativa a la reclamación de indemnización de daños, si bien su conocimiento se ha extendido con rigor desigual³⁶. Como en las acciones anteriores, la carencia de un régimen legal para la figura remite sus perfiles a las aportaciones doctrinales y al resultado de la reiteración de fallos judiciales que marcan su evolución³⁷.

La “pérdida de oportunidad” resuelve inicialmente un problema de prueba del nexo causal entre dos fenómenos: concretamente, el problema que resulta de la imposibilidad de acreditar tal nexo entre la conducta del supuesto responsable y la situación final que el demandante considera un daño reclamable. Tal imposibilidad se evidencia al fallar la certeza – exigida por la jurisprudencia- acerca de que, de haber actuado el demandado de otra forma (diligentemente), la situación perjudicial que aqueja al demandante no se hubiera producido o, cuando menos, no en el mismo grado³⁸. La indicada dificultad se solventa explicando el perjuicio por el que se demanda a través de una consecuencia, esta sí indiscutible, de la conducta del

cualquier posibilidad, por escasas que fueran, de un diagnóstico al respecto, lo que constituye un daño moral indemnizable”.

³⁵ Tratándose de actividad sanitaria, la presencia de negligencia en el profesional o fallo en el centro es esencial para el éxito de cualquier demanda de responsabilidad. En el caso de la STS, Sala de lo civil, de 19 de junio de 2007, aclara el Alto Tribunal que “el deber de información sobre la posibilidad de práctica de pruebas para comprobar la posibilidad de que el feto esté afectado por el síndrome de Down, con el fin de permitir a la gestante hacer efectivo su derecho a abortar por causas eugenésicas dentro de las veintidós semanas de embarazo, únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* [reglas del oficio] la existencia de un riesgo de que el feto presente algún tipo de anomalía psíquica, pero no en los casos de embarazos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinarias”.

³⁶ La bibliografía es ya extensa. Por todos, en orden cronológico y además de las relevantes aportaciones de MEDINA ALCOZ (*La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Cizur Menor, Thomson–Civitas, 2007) y de ASUA GONZÁLEZ (*Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Cizur Menor, Thomson–Aranzadi, 2008), v. LUNA YERGA, A.: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Indret*, 02/2005; ARCOS VIEIRA, M. L.: “La “pérdida de oportunidad” como daño indemnizable”, cit.; XIOL RÍOS, J. A.: “El daño moral y la pérdida de oportunidad”, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 1, núm. 109, 2010, pp. 9-38; ASENSI PALLARÉS, E./CID-LUNA CLARES, I.: “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, *CESCO*, nº 8/2013; VICANDI MARTÍNEZ, A.: “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable?”, *Derecho y Salud*, 25, 2015, pp. 9-66.

³⁷ Explicaba ASUA GONZÁLEZ que la llegada de la pérdida de oportunidad al Tribunal Supremo, impulsada sobre todo desde la jurisdicción contencioso-administrativa, se produce sin embargo “sin ninguna reflexión sobre su papel y, en definitiva, sobre las razones e implicaciones de su aceptación. No hay particulares esfuerzos teóricos ni tampoco una explicitada toma de conciencia de la jurisprudencia respecto de sí misma”: ob. cit., p. 29.

³⁸ El caso resuelto en la conocida STS, Sala de lo civil, de 10 de octubre de 1998, se ajusta a esa descripción. La demanda tiene como base la incorrecta conservación de un miembro amputado, y pretende relacionar tal conducta con el fracaso posterior del reimplante al que se sometió el demandante. El TS concluye que “a la demandada D^a. Gema no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado.”

potencial responsable³⁹: la pérdida de las probabilidades que el demandante tuviera de haber eludido en todo o en parte el daño final⁴⁰. Obviamente, la aceptación de la “pérdida de oportunidad” entraña el abandono de la pretensión indemnizatoria por tal perjuicio final: de no ser así, el supuesto no difiere de cualquier otro en el que haya que valorar si el demandante ha convencido al órgano judicial de la relación causal alegada superando el *umbral de certeza* que se considere de aplicación.

Comprensiblemente, la resolución de aquel problema causal a través del expediente de la “pérdida de oportunidad” complica a cambio el elemento del daño indemnizado, en aspectos como su calificación (patrimonial o extrapatrimonial) o su valoración⁴¹; si bien la propia pérdida de probabilidades favorables no parece ser en sí misma un perjuicio indemnizable⁴², en tanto no se indemniza si no existe aquel daño final.

La referencia genérica a la *oportunidad* puede, por otra parte, suscitar dudas en cuanto a la extensión de los supuestos que la doctrina acoge.

Así, por ejemplo, la STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 24 de noviembre de 2009, estima el recurso al entender que la sentencia recurrida “realizó una defectuosa apreciación en derecho del modo en que se produjo aquella [la actuación de los servicios sanitarios], puesto que no hubo una pérdida de la oportunidad para el paciente sino una evidente mala praxis del servicio”.

En el caso, la acción se fundamenta en la ausencia de un ginecólogo en un parto tras un embarazo calificado como de alto riesgo y del que resultan diversas secuelas para el nacido. Los padres reclaman en nombre de este diversas partidas indemnizatorias, y el TSJ responde que “la ausencia de un ginecólogo en el parto fue causa de la pérdida de oportunidad de una valoración facultativa sobre la conveniencia o no de la cesárea en este caso calificado de alto riesgo, y asimismo sobre los actos y manipulaciones precisos, en su caso, para la extracción vaginal del feto”, y que “es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.

El TS corrige lo que califica como el error de apreciación:

“A nuestro juicio no estamos en este supuesto [pérdida de oportunidad], porque la no presencia del médico especialista en ginecología y obstetricia en el parto que nos ocupa no es que privara a la parturienta de una oportunidad adecuada

³⁹ Cuando se trata de reclamaciones relacionadas con la actividad sanitaria la doctrina de la “pérdida de oportunidad” no excluye la necesidad de tener por acreditada una acción u omisión negligente: STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 23 de mayo de 2012.

⁴⁰ STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 7 de julio de 2008; SAN, Sala de lo contencioso-administrativo, de 27 de febrero de 2013.....

⁴¹ Recientemente, la STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 20 de marzo de 2018 reitera, respecto de un supuesto de responsabilidad sanitaria, que “las posibilidades reales de curación constituyen elemento sustancial en la doctrina denominada “pérdida de oportunidad” por lo que la suma debe atemperarse a su existencia o no.”

⁴² Sobre los dos contextos (la causalidad y el daño) en los que cabe enmarcar la “pérdida de oportunidad”, v. ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: ob. cit., pp. 35-40.

de diagnóstico de lo que se debería hacer, sino que impidió que fuera adecuadamente tratada, produciéndose por tanto infracción a la *lex artis* exigible en la prestación del servicio asistencial que le era debido”.⁴³

Razonamientos como el anterior están suscitando en la jurisprudencia contencioso-administrativa la creencia en una supuesta alternativa entre mala praxis y pérdida de oportunidad que no es tal⁴⁴. Esta figura no surge para abrir un cauce a la responsabilidad sanitaria sin culpa o conforme a la *lex artis*, sino para reconocer la frustración de expectativas como situación que habilita para reclamar una indemnización. Que esta frustración deba haber sido causada por una conducta negligente o por un funcionamiento incorrecto del servicio⁴⁵, o no, dependerá del régimen de responsabilidad aplicable en cada supuesto⁴⁶.

El término *expectativa*⁴⁷, también comúnmente utilizado por la jurisprudencia en estos casos, puede resultar más clarificador respecto del supuesto de hecho al que se aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad. Claramente alude a ese término la STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 7 de julio de 2008, en torno a las consecuencias de la demora en introducir a un buzo accidentado en una cámara hiperbárica:

“En esta tesitura, si, como resulta unánimemente admitido, los accidentes disbáricos deben tratarse lo más rápidamente posible, de modo que cuanto más prontitud mayores posibilidades de éxito, la disfunción acaecida en el caso litigioso debe tener sus consecuencias reparadoras, porque, con el indebido retraso en llevarle a la cámara del Hospital de la Cruz Roja de Barcelona, **se privó al Sr. Valentín de la oportunidad de obtener un tratamiento en las mejores condiciones posibles y, consecuentemente, se le hurtó la ocasión de eludir las secuelas que hoy arrastra**. En otras palabras, el recurrente ha sufrido un daño antijurídico consistente en que si los servicios sanitarios de la Comunidad Valenciana hubieran actuado más diligentemente, remitiéndole de forma inmediata a la Ciudad Condal en helicóptero, tal y como era posible, y no por carretera, **habría disfrutado de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud** y, en definitiva, para su vida.

Esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la «pérdida de oportunidad» [sentencias de 7 de septiembre de 2005 (casación 1304/01, FJ2º) y 26 de junio de 2008, ya citada, FJ6º], constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una «falta de servicio». Por lo tanto, poco importa que, como acentúan los peritos, la recompresión en una cámara hiperbárica no

⁴³ Es esta, por otra parte, una sentencia incorrectamente citada por varias otras posteriores de la misma Sala que, pretendiendo reproducir la doctrina recogida en aquella sobre la “pérdida de oportunidad”, lo que en realidad hacen es citar un fragmento de la STSJ Galicia objeto del recurso estimado, que la sentencia que se pretende citar reproduce en su FD segundo; así, por ejemplo, en SSTS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 27 de septiembre de 2011 y de 3 de diciembre de 2012 (Roj STS 8508/2012, y STS 8109/2012, respectivamente).

⁴⁴ V. por ejemplo, SSTS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 15 de marzo y de 24 de abril de 2018.

⁴⁵ Así, por ejemplo, la demora en la realización de una intervención: STSJ Murcia, Sala de lo contencioso-administrativo, de 21 de junio de 2019.

⁴⁶ ASÚA GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 21-22.

⁴⁷ Según el diccionario de la RAE, el primer significado de la palabra es “esperanza de realizar o conseguir algo”.

garantice al 100 por 100 el restablecimiento de los accidentados disbáricos, de modo que un 28,5 por 100 de los tratados en la seis primeras horas presentan lesiones permanentes, porque en cualquier caso, **se le hurtó al Sr. Valentín la eventualidad de pertenecer al 71,5 por 100 de lesionados que, tratados en el plazo idóneo, se recuperan globalmente**⁴⁸.

En la noción de oportunidad que interesa a efectos de la doctrina que se comenta, la *incertidumbre* suele aparecer como un matiz esencial. Además de mencionarlo buena parte de los autores⁴⁹, así lo han reconocido expresamente, entre otras muchas, dos SSTS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 3 de diciembre de 2012⁵⁰, recordando ambas la jurisprudencia de la propia Sala en la materia:

“la denominada “pérdida de oportunidad” se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente”⁵¹.

Sobre lo que no existe unanimidad en la doctrina española es sobre el alcance de tal incertidumbre. Conforme al significado que presenta la palabra *chance* en su idioma original (en el caso, el francés⁵²), aquella significa *fortune, sort favorable, hasard*⁵³. El diccionario de *L’Académie Française*⁵⁴ explica que el término proviene del verbo *cadere*, “«tomber», qui s’employait en latin classique en parlant du jeu d’osselets et de dés”. “Suerte” es, por otra parte, el primer significado de la palabra en su traducción al español⁵⁵.

Puede, por tanto, admitirse que la incertidumbre resulta característica de la “pérdida de oportunidad” si con ello se entiende aludir, en la línea de las sentencias antes indicadas, a que la evolución que hubieran seguido los acontecimientos de no haberse producido la conducta

⁴⁸ Resaltados añadidos.

⁴⁹ V., por ejemplo, la monografía de ASÚA GONZÁLEZ; asimismo MEDINA ALCOZ, L.: ob. cit., pp. 545 y ss.; XIOL RÍOS, J. A.: “La moderna doctrina jurisprudencial en torno a la culpa y responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual”, AAVV, *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*, Aranzadi, 2013, apartado 3.2; y, más recientemente VICANDI MARTÍNEZ, A., ob. cit., pp. 10 y ss., y doctrina allí citada.

⁵⁰ Roj STS 8508/2012 y Roj STS 8109/2012.

⁵¹ En los respectivos casos, ambos relativos al diagnóstico tardío de cáncer, afirma una de las sentencias que “desde que se tiene la primera noticia de la existencia del cáncer de pulmón hasta que se inicia el primer ciclo de quimioterapia transcurren siete meses, lo que a juicio de todos los peritos ha acortado considerablemente la vida del paciente, por lo que debemos dar por bueno que el diagnóstico más temprano del cáncer, al menos, habría alargado la vida del paciente, aunque no sus posibilidades de curación”; y la otra que “cabe tener por probada (*sic*) en este proceso, pues así lo declaró la sentencia recurrida, que “el diagnóstico de la existencia del cáncer en las fechas mencionadas (y lógicamente la aplicación urgente del adecuado tratamiento) podría haber determinado alguna posibilidad de supervivencia a la paciente por cuanto el informe de la inspección médica no afirma con absoluta certeza que tal posibilidad fuese inexistente, y el propio perito de la actora en su informe manifiesta cierta posibilidad de supervivencia (25% de los pacientes al año)”.

La incertidumbre se aprecia también, por ejemplo, en la afirmación de que “[u]na mejor o mayor atención por parte de los responsables del postoperatorio y de la reanimación del paciente hubiera alertado del proceso que se desencadenó, sin que sea predecible si tratado de inmediato se le hubiera puesto o no remedio, o en qué grado” (STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 20 de septiembre de 2005).

⁵² Aunque no existe total unanimidad al respecto en la doctrina española, el origen de la figura se sitúa generalmente en la doctrina de la “perte d’une chance” desarrollada inicialmente en Francia.

⁵³ <https://diccionario.reverso.net/frances-definiciones>

⁵⁴ Este diccionario define *chance* como “effet heureux ou malheureux que peut avoir une action, un évènement”, “hasard heureux qui se produit ou même se renouvelle”, y “possibilité qu’un évènement se produise” (<https://www.dictionnaire-academie.fr>).

⁵⁵ <https://www.larousse.com/dictionnaires/francais-espagnol>

negligente habría dependido en buena medida de un conjunto de circunstancias aleatorias, ajenas tanto a la voluntad del perjudicado como a la del propio demandado, por lo que no cabe asegurar que con la conducta diligente se hubiera alcanzado el final pretendido.

Aquella incertidumbre no debe predicarse de la relación causal entre la negligencia del demandado y el daño final: tal relación causal es indudable que no existe (lo que explica el recurso a expedientes como el que se analiza). Y, desde luego, tampoco debe ser dudoso o incierto que la negligencia ajena provocó la pérdida definitiva de las probabilidades de un resultado favorable que ya no se obtendrá. Se ignora, por ejemplo, si un determinado tratamiento médico aplicado cuando debió hacerse, o una intervención quirúrgica realizada oportunamente, habría tenido el efecto favorable al que aspiraban el interesado y el profesional diligente y que finalmente no se ha conseguido; o, en otro tipo de supuestos, si la valoración judicial de la pretensión del demandante -que nunca se realizó, por ejemplo, al declararse prescrita la acción por el indebido retraso en la interposición de la demanda-, habría resultado favorable a los intereses de aquel con una diligente asistencia letrada. Pero, primero, es claro que ni el médico ni el letrado negligentes han causado la situación inicial en que, en su caso, se encuentran quienes requieren sus servicios; segundo, no cabe acreditar que la conducta diligente hubiera evitado el perjuicio final, porque en ese hipotético curso causal intervienen factores que escapan al control de ambas partes⁵⁶; y, tercero, sí se debe poder acreditar con certeza que fue la negligencia del profesional sanitario o del operador jurídico la que empeoró o, incluso, anuló las probabilidades de una mejor suerte que, finalmente, no llegó a disfrutar el perjudicado lo que requiere, a su vez, la prueba de que tales probabilidades efectivamente existían⁵⁷.

Es aquella, en suma, la incertidumbre que se encuentra en el núcleo de la doctrina de la “pérdida de oportunidad”: la que impide concluir con certeza que las cosas “hubieran ido mejor” para el interesado si la negligencia no se hubiera producido. La incertidumbre propia de aquella doctrina no es, por el contrario, la que resulta de ignorar qué habría decidido el perjudicado ante una determinada disyuntiva, si este hubiera tenido ocasión de hacerlo.

⁵⁶ Como explica ASÚA GONZÁLEZ, “se puede plantear esta situación en procesos judiciales, procedimientos administrativos o los concursos, pero también en competiciones deportivas, juegos de azar o en el campo comercial: aunque hubiera existido una conducta debida (por ejemplo, presentar a tiempo el recurso, no excluir injustamente a un licitador o concursante, etc.) no puede en el caso saberse si se hubiera logrado una sentencia favorable, conseguido el contrato o la concesión, ganado el concurso/competición/premio u obtenido la ventaja comercial”: ob. cit., p. 2.

MEDINA ALCOZ considera también aplicable la doctrina al supuesto de que la incertidumbre sea debida a la imposibilidad de demostrar la relación causal: *La teoría de la pérdida de oportunidad...*, cit., p. 99.

⁵⁷ Se considera acreditado que no existían expectativas de mejoría en el caso resuelto por la STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 24 de septiembre de 2018, por lo que “no es posible apreciar responsabilidad patrimonial alguna por parte de la Administración, ni siquiera en aplicación de la doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad en cuanto caracterizada por la incertidumbre acerca de si la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente”.

Dependerá de la jurisprudencia la determinación del “umbral de seriedad” por debajo del cual las probabilidades de eludir el perjuicio sufrido se consideren inapreciables: XIOL RÍOS, J. A.: “La moderna doctrina jurisprudencial...”, cit., apartado 3.2.

III. ¿ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH/LIFE/CONCEPTION* O “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD”?

Con la doctrina de la “pérdida de oportunidad” se pretende, por tanto, indemnizar a quien ha perdido definitivamente, por una negligencia ajena, las probabilidades de haber soslayado una situación perjudicial que le aqueja. La “oportunidad” no equivale en este contexto a *opción* o *libertad* (que implica decisiones o control del propio interesado), sino a *suerte* o *destino*: se trata de que la conducta ajena determinó indebidamente el del perjudicado hacia un resultado desfavorable, al reducir o anular el abanico de probabilidades con el que contaba inicialmente.

Considero así inadecuado vincular la privación de la facultad de abortar con la “pérdida de oportunidad” como ocurre, por ejemplo, en la influyente STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 4 de noviembre de 2008 para un supuesto de *wrongful birth*:

“el hecho desdichado de que un niño nazca con síndrome de Down no es, por sí solo, imputable a la Administración sanitaria que atendió a la madre durante la gestación y el parto. Ahora bien, el hecho de que no se practicara -habiendo debido hacerlo, según reconoció la propia Administración sanitaria- la prueba de detección precoz de la patología puede dar lugar a responsabilidad patrimonial por el daño moral consistente en no haber conocido la patología en un momento lo suficientemente temprano como para decidir poner fin legalmente al embarazo; es decir, cabe indemnizar la pérdida de oportunidad.”

En la misma línea y para el mismo tipo de acción, la SAN, Sala de lo contencioso-administrativo, de 24 de octubre de 2011 afirma que:

“El problema, en estos casos, se centra en la pérdida de la oportunidad de elegir si los padres ponían o no término al embarazo por concurrir causas eugenésicas. [...] Esta pérdida de la oportunidad de elegir no solo se produce cuando la prueba destinada a detectar esta anomalía genética no se realizó debiendo hacerlo, sino también cuando pese a su práctica no se detectó la anomalía existente por una mala praxis médica”.

Entiendo que no es así. La omisión de la prueba de detección prenatal de una patología, su incorrecta realización, la falta de información sobre sus resultados o cualquier otra conducta semejante, si efectivamente constituyen una negligencia que impiden a la mujer tomar una decisión sobre la gestación en curso, cercenan injustificadamente su libertad para decidir sobre su futuro y gestionar personalmente aspectos de fundamental importancia para su persona y su entorno familiar, privándola por tanto del control que solo a ella le correspondía acerca de la evolución que debía seguir su vida. Pero aquellas conductas contrarias a la *lex artis* no repercuten negativamente en las probabilidades o expectativas de una mejor suerte que pudiera tener la madre y que es lo que, con un sector de la doctrina, considero caracteriza la doctrina de la “pérdida de oportunidad”⁵⁸.

⁵⁸ En el mismo sentido, ASENSI PALLARÉS, E./CID-LUNA CLARES, I.: ob. cit., p. 239.

La indebida equiparación entre probabilidades y libertad o autodeterminación explica, igualmente, la cada vez más común referencia a la “pérdida de oportunidad” en supuestos de falta del preceptivo consentimiento informado. La SAP Madrid, sección 12ª, de 23 de septiembre de 2018 se hace eco de esta tendencia:

“En relación a la teoría de la pérdida (*sic*) de oportunidad, la STS de 8 de abril de 2016 ya se refería a que tanto la Sala de la jurisdicción civil como la de la contencioso- administrativo del TS se ha ocupado de la omisión o deficiencia del consentimiento informado como una mala praxis formal del facultativo, en la que la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado el paciente la intervención médica cuyos riesgos se han materializado [...]. Cuando no existe incertidumbre causal en los términos extremos antes expuestos, surge la teoría de la pérdida de oportunidad en la que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud”.

Y más recientemente, la STS, Sala de lo civil, de 19 de febrero de 2019 afirma que:

“Cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico-sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de información o consentimiento informado. Son supuestos en los que por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificara el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por habersele privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado”.

Desde la perspectiva de la doctrina administrativa, se manifiesta una cierta crítica al desbordamiento de la doctrina en cuestión aludiendo al *abuso* de la figura y al error de vincularla no con la causalidad, sino con la *lex artis*⁵⁹. También la doctrina civil hace ver la necesidad de una más depurada articulación jurídica⁶⁰. En cualquier caso, la extensión de la “pérdida de oportunidad” a las reclamaciones por negligencia en la información sanitaria⁶¹ es improcedente, si bien está sirviendo en la práctica para anudar al menos ciertas consecuencias indemnizatorias a la conducta de quien -contrariando la *lex artis*- priva al paciente de la facultad de valorar por sí mismo los riesgos del tratamiento -o la decisión de abortar-⁶², pero manteniendo al mismo tiempo en el sistema el rechazo a la idea de que esta lesión a la autodeterminación constituya un daño

⁵⁹ Por todos, ASENSI PALLARÉS, E./CID-LUNA CLARES, I.: ob. cit., p. 236.

⁶⁰ RUBIO TORRANO, E.: “Pérdida de oportunidad, falta de consentimiento informado y responsabilidad de la administración sanitaria”, *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 17/2009. A propósito de la STS, Sala de lo civil, de 30 de septiembre de 2009, comenta el autor que “se manejan conceptos como antijuricidad del daño, daño, pérdida de oportunidad, *lex artis*, todos ellos referidos a la ausencia de información a la paciente y por consiguiente ausencia de consentimiento, que no parecen del todo perfilados por los Tribunales que los han utilizado, lo que, por otra parte, constituye rasgo común incluso cuando quien los emplea es el mismo TS en distintas sentencias”.

⁶¹ V., por ejemplo, STS, Sala de lo civil, de 16 de enero de 2012.

⁶² Ya adelantaba MEDINA ALCOZ que la doctrina surge para favorecer a los perjudicados que no pueden acreditar el necesario nexo causal: *La teoría de la pérdida de oportunidad...*, cit., p. 379.

moral autónomo –lo que haría pensar en la indemnizabilidad del mismo con o sin la concurrencia de un daño “final”-⁶³.

IV. CONCLUSIONES

En los casos de omisión de consentimiento informado, el paciente se ve privado de su facultad de autodeterminación, esto es, de decidir sobre las opciones disponibles, y ello con independencia de las *probabilidades* de una evolución favorable que acompañen a cada una de aquellas⁶⁴. La posible responsabilidad por falta de consentimiento informado del paciente no debe resolverse, en consecuencia, a través del expediente de la “pérdida de oportunidad”⁶⁵, sino situando en una noción cuando menos cercana a lo que el reciente Código civil y comercial argentino⁶⁶ denomina la “interferencia en el proyecto de vida” -de quien puede gestionarla de forma autónoma- el origen de un daño específico. En los supuestos de privación a la gestante de su facultad de decidir acerca de continuar o no con el embarazo, la lesión atañe igualmente a su facultad de autodeterminación. No se trata tampoco, por tanto, de un caso de frustración de las probabilidades o expectativas de una mejor suerte que caracterizan la “pérdida de oportunidad”, sino de una improcedente determinación de la vida ajena al anular el poder de decisión legalmente reconocido a la madre⁶⁷.

En parte, de hecho, los dos supuestos (falta de información sanitaria y privación de la posibilidad de aborto) se superponen, porque en el segundo falta también la información que

⁶³ Respecto de la STS, Sala de lo civil, de 16 de enero de 2012, v. RUBIO TORRANO, E.: “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, núm. 3, 2012, pp. 53-59.

⁶⁴ De hecho, pudiera ocurrir que la predeterminación del futuro del paciente resultante de ignorar su opinión resultara más acertada, desde el punto de vista de la mejora de la salud, que la que acaso hubiera preferido aquel de haber podido decidir.

⁶⁵ MEDINA ALCOZ, L.: “La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, *Derecho sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, coord. por M. Gascón Abellán, M. C. González Carrasco y J. Cantero Martínez, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 535. Como ejemplo de la tesis que se critica, STS, Sala de lo civil, de 8 de abril de 2016.

⁶⁶ Art. 1378 CCyC argentino: “Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

⁶⁷ En el mismo sentido, MARTÍN CASALS, M./SOLÉ FELIÚ, J.: “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 60/2002; MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales...*, cit. cap. IV.II; VICANDI MARTÍNEZ, A.: “El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 3/2013, p. 50; con algunas dudas, parece, LUNA YERGA, A.: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Indret*, 02/2005, y ROMERO COLOMA, A. M.: “Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica”, *Diario La Ley*, n° 7231, 2009.

Contrariamente, vinculan los supuestos de privación de la facultad de interrumpir el embarazo y la doctrina de la “pérdida de oportunidad”, entre otros, DE VERDA, J. R./CHAPARRO, P.: ob. cit., p. 290; GALLARDO CASTILLO, M. J.: “Causalidad probabilística, incertumbre (*sic*) causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45-46, 2015, especialmente p. 45; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, *Diario La Ley* n° 4562, 1998, pp. 1-8; VIVAS TESÓN, I.: “La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: Análisis jurisprudencial”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 11, 2003, pp. 403-416; DOMINGO MONFORTE, J.: “La pérdida de oportunidad. Tratamiento jurídico”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 66, 2018, p. 31.

permite a la gestante tomar la decisión en el momento oportuno⁶⁸. Pero, como ya expuse en otro lugar⁶⁹, además de no presentar ventaja alguna frente a otras opciones, la aplicación de esa doctrina en este particular segundo grupo de casos en los que solo existen las opciones de abortar o no hacerlo, incorpora un matiz añadido que evidencia la inadmisibilidad de tal posibilidad: equivale, siquiera de forma indirecta, a considerar que la vida del hijo nacido con enfermedades o discapacidades representa para la madre una situación *perjudicial* frente a la favorable que hubiera sido, entonces, su no existencia⁷⁰.

Ciertamente, cabe también pensar que la alusión a la “pérdida de oportunidad” en supuestos de privación de autodeterminación no deba interpretarse en sentido propio -como referida a la doctrina de ese nombre-, sino solo en un sentido lato y como una forma de describir lo que ocurre en tales casos (pérdida de *la* oportunidad de ejercer un derecho)⁷¹. Aun así, convendría corregir la tendencia indicada y recuperar en cualquier caso el rigor terminológico que viene caracterizando a la mejor doctrina científica y jurisprudencial española, evitando favorecer la inseguridad jurídica y la confusión de figuras pensadas para supuestos que pueden y deben diferenciarse nítidamente⁷².

Sí sería aplicable la doctrina de la “pérdida de oportunidad”, tanto en favor del interesado como de los padres, en los casos en que el nacido con enfermedades o discapacidades hubiera podido disponer de ciertas probabilidades de curación o mejoría si el diagnóstico prenatal se hubiera realizado diligentemente.

V. BIBLIOGRAFÍA

ARCOS VIEIRA, María Luisa: *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.

⁶⁸ V., por ejemplo, STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 16 de mayo de 2012, y STSJ Asturias, Sala de lo contencioso-administrativo, de 7 de octubre de 2013.

⁶⁹ “La “pérdida de oportunidad” como daño indemnizable”, cit., p. 167.

⁷⁰ En sentido similar, GALÁN CORTÉS, J. C.: “Comentario a la STS de 6 de julio de 2007”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 76/2008, pp. 287 y ss.

Hace veinte años la STS, Sala de lo civil, de 4 de febrero de 1999 apuntaba a esta idea desde la perspectiva del argumento propio de la época, esto es, de la invocación por la madre de que, de haber conocido las condiciones reales del feto, habría optado por el aborto: “la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño «per se», y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento”.

⁷¹ Así en STSJ Cantabria, Sala de lo contencioso-administrativo, de 24 de abril de 2015. En el mismo sentido, parece, la SAP Barcelona, sección 4ª, de 17 de enero de 2017, que afirma que “[n]o se ha acreditado que por parte del médico o la clínica hubiera algo reprochable con lo que se pudiera vincular la pérdida de oportunidad que la legislación ofrecía en relación con la interrupción del embarazo”. V. ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: ob. cit., p. 53.

⁷² Un sector de la doctrina administrativa cuestiona un razonamiento reiterado en sentencias recientes de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, conforme a la cual la “pérdida de oportunidad” es ya vista “como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio”, aunque se ha matizado que se trata más bien de “un supuesto intermedio entre esa vulneración de la “*lex artis*” o la concurrencia de la misma [...] porque se ocasiona cuando, producido el daño, la experiencia y el estado de la ciencia médica permite acoger la probabilidad de que un diagnóstico diferente al que fue correcto, podría haberlo evitado”, (v., entre otras, STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 6 de febrero de 2018). No son de extrañar las críticas a dicha jurisprudencia: GUICHOT REINA, E.: “Responsabilidad administrativa”, *Revista española de Derecho Administrativo* 192/2018, pp. 175-184.

ARCOS VIEIRA, María Luisa: “La “pérdida de oportunidad” como daño indemnizable”, *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 7, Centro de Direito do Consumo, Faculdade de Coimbra, 2005, pp. 137-173.

ARCOS VIEIRA, María Luisa: *Responsabilidad civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005.

ASENSI PALLARÉS, Eduardo/CID-LUNA CLARES, Íñigo: “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, *CESCO*, nº 8/2013 (www.revista.uclm.es/index.php/cesco)

ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008 (aranzadi.aranzadidigital.es)

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: “A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, 2011, pp. 23-42.

CADENAS OSUNA, Davinia: “El daño indemnizable en los supuestos de «wrongful birth». Análisis crítico de la doctrina jurisprudencial y propuestas de mejora”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 48/2019 (aranzadi.aranzadidigital.es)

DE VERDA, José Ramón/CHAPARRO, Pedro: “Responsabilidad civil médica por privación de la facultad de optar por el aborto”, *Rev. boliv. de Derecho*, nº 17, enero 2014, pp. 276-295.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: “La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil”, *La Ley* nº 4562, 1998, pp. 1-8.

DOMINGO MONFORTE, José: “La pérdida de oportunidad. Tratamiento jurídico”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 66, 2018, pp. 25-32.

ELIZARI URTASUN, Leyre: “El daño en las acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*”, *DS: Derecho y salud*, 19-1, 2010 (Ejemplar dedicado a: XVIII Congreso “Derecho y Salud”), pp. 139-163.

GALÁN CORTÉS, Julio César: “Comentario a la STS de 6 de julio de 2007”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 76/2008, pp. 279-290.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús: “Causalidad probabilística, incertumbre (*sic*) causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45-46, 2015, pp. 35-66.

GARRIGA GORINA, Margarita: “Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002”, *Indret*, 2003 (www.indret.com).

GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen: “Responsabilidad sanitaria y daño moral”, *Derecho sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, coord. por M. Gascón Abellán, M. C. González Carrasco y J. Cantero Martínez, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 553-584.

GUICHOT REINA, Emilio: “Responsabilidad administrativa”, *Revista española de Derecho Administrativo* 192/2018, pp. 175-184 (aranzadi.aranzadidigital.es).

LUNA YERGA, Álvaro: “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria”, *Indret*, 02/2005 (www.indret.com)

- MACÍA MORILLO, Andrea: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005 (www.tirantonline.com)
- MARTÍN CASALS, Miquel/SOLÉ FELIÚ, Josep: “Comentario a la STS 18.5.2006”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 73/2007, pp. 517-544.
- MARTÍN CASALS, Miquel/SOLÉ FELIÚ, Josep: “Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003”, *Indret*, 2004 (www.indret.com).
- MARTÍN CASALS, Miquel/SOLÉ FELIÚ, Josep: “Comentario a la STS de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 60/2002, pp. 1097-1122.
- MARTÍN CASALS, Miquel/SOLÉ FELIÚ, Josep: “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, *Indret*, 2001 (www.indret.com)
- MEDINA ALCOZ, Luis: “La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, *Derecho sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*, coord. por M. Gascón Abellán, M. C. González Carrasco y J. Cantero Martínez, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 523-552.
- MEDINA ALCOZ, Luis: *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Cizur Menor, Thomson–Civitas, 2007.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: “Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 722, 2010, pp. 2559-2608.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: “Las acciones de *wrongful birth* y su problemática jurídica”, *Diario La Ley*, nº 7231, 2009.
- RUBIO TORRANO, Enrique: “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, núm. 3, 2012, pp. 53-59.
- RUBIO TORRANO, Enrique: “Pérdida de oportunidad, falta de consentimiento informado y responsabilidad de la administración sanitaria”, *Aranzadi Civil-Mercantil* num. 17/2009 (aranzadi.aranzadidigital.es)
- VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu: “La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable?”, *Derecho y Salud*, 25, 2015, pp. 9-66.
- VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu: “El concepto de *wrongful birth* y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 3/2013, pp. 40-59.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: “La responsabilidad civil médica en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: Análisis jurisprudencial”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 11, 2003, pp. 403-416.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: “La moderna doctrina jurisprudencial en torno a la culpa y responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad contractual y extracontractual”, *AAVV, Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*, Aranzadi, 2013 (aranzadi.aranzadidigital.es).
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: “El daño moral y la pérdida de oportunidad”, *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 1, núm. 109, 2010, pp. 9-38.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. Tribunal Supremo

STS, Sala de lo civil, de 19 de febrero de 2019 (Roj: STS 576/2019)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 24 de septiembre de 2018 (Roj: STS 3289/2018)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 24 de abril de 2018 (Roj: STS 1546/2018)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 20 de marzo de 2018 (Roj: STS 1096/2018)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 15 de marzo de 2018 (Roj: STS 1084/2018)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 6 de febrero de 2018 (Roj: STS 352/2018)
STS, Sala de lo civil, de 8 de abril de 2016 (Roj: STS 1427/2016)
STS, Sala de lo civil, de 15 de septiembre de 2015 (Roj: STS 3752/2015)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 19 de mayo de 2015 (Roj: STS 2494/2015)
STS, Sala de lo civil, de 14 de marzo de 2013 (Roj: STS 1136/2013)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 3 de diciembre de 2012 (Roj: STS 8508/2012)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 3 de diciembre de 2012 (Roj: STS 8109/2012)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 23 de mayo de 2012 (Roj: STS 3541/2012)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 16 de mayo de 2012 (Roj: STS 3301/2012)
STS, Sala de lo civil, de 16 de enero de 2012 (Roj: STS 279/2012)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 27 de septiembre de 2011 (Roj: STS 5922/2011)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 29 de junio de 2011 (Roj: STS 4757/2011)
STS, Sala de lo civil, de 31 de mayo de 2011 (Roj: STS 3556/2011)
STS, Sala de lo civil, de 4 de noviembre de 2010 (Roj: STS 6363/2010)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 24 de noviembre de 2009 (Roj: STS 7527/2009)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 4 de noviembre de 2008 (Roj: STS 5899/2008)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 7 de julio de 2008 (Roj: STS 3890/2008)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 5 de diciembre de 2007 (Roj: STS 8332/2007)
STS, Sala de lo civil, de 23 de noviembre de 2007 (Roj: STS 7945/2007)
STS, Sala de lo civil, de 19 de julio de 2007 (Roj: STS 5044/2007)
STS, Sala de lo civil, de 19 de junio de 2007 (Roj: STS 4827/2007)
STS, Sala de lo civil, de 18 de mayo de 2006 (Roj: STS 3350/2006)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 21 de febrero de 2006 (Roj: STS 677/2006)
STS, Sala de lo civil, de 21 de diciembre de 2005 (Roj: STS 7433/2005)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 20 de septiembre de 2005 (Roj: STS 5368/2005)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 9 de mayo de 2005 (Roj: STS 2918/2005)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 23 de febrero de 2005 (Roj: STS 1148/2005)
STS, Sala de lo civil, de 7 de junio de 2002 (Roj: STS 4137/2002)
STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 3 de octubre de 2000 (Roj: STS 7033/2000)
STS, Sala de lo civil, de 4 de febrero de 1999 (Roj: STS 679/1999)
STS, Sala de lo civil, de 10 de octubre de 1998 (Roj: STS 5788/1998)
STS, Sala de lo civil, de 5 de junio de 1998 (Roj: STS 1998\4275)
STS, Sala de lo civil, de 6 de junio de 1997 (Roj: STS 3999/1997)

2. Audiencia Nacional

SAN, Sala de lo contencioso-administrativo, de 27 de febrero de 2013 (Roj: SAN 741/2013)
SAN, Sala de lo contencioso-administrativo, de 24 de octubre de 2011 (Roj: SAN 4963/2011)

3. Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Murcia, Sala de lo contencioso-administrativo, de 21 de junio de 2019 (Roj: STSJ MU 1393/2019)
STSJ Andalucía, Sala de lo contencioso-administrativo, de 15 de noviembre de 2017 (Roj: STSJ AND 12580/2017)
STSJ Andalucía, Sala de lo contencioso-administrativo, de 9 de diciembre de 2016 (Roj: STSJ AND 9430/2016)
STSJ Castilla y León, Sala de lo contencioso-administrativo, de 14 de octubre de 2016 (Roj: STSJ CL 3676/2016)

STSJ Galicia, Sala de lo contencioso-administrativo, de 21 de octubre de 2015 (Roj: STSJ GAL 7999/2015)
STSJ Cantabria, Sala de lo contencioso-administrativo, de 24 de abril de 2015 (Roj: STSJ CANT 431/2015)
STSJ Andalucía, Sala de lo contencioso-administrativo, de 9 de diciembre de 2014 (Roj: STSJ AND 14489/2014)
STSJ Asturias, Sala de lo contencioso-administrativo, de 7 de octubre de 2013 (Roj: STSJ AS 3122/2013)
STSJ Asturias, Sala de lo contencioso-administrativo, de 28 de noviembre de 2006 (Roj: STSJ AS 3040/2013)

4. Audiencias Provinciales

SAP Madrid, sección 12ª, de 23 de septiembre de 2018 (Roj: SAP M 13419/2018)
SAP Barcelona, sección 4ª, de 17 de enero de 2017 (Roj: SAP B 1602/2017)
SAP Barcelona, sección 16ª, de 25 de septiembre de 2014 (Roj: SAP B 9559/2014)

Recibido: 29.10.2020

Aprovado: 26.11.2020

Como citar: ARCOS VIEIRA, María Luisa. La privación de la facultad de decidir sobre el aborto: ¿un supuesto de “pérdida de oportunidad”? **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 3, n. 3, p. 101-124, set./dez. 2020.

