

Nºs. 215 - 216

Año LXXII

Enero-Junio, Julio-Diciembre 2004

Fundada en 1933

ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCIÓN^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

ALGUNOS SUPUESTOS DE DAÑOS EN LA RESPONSABILIDAD MEDICA EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

CRISTIAN LARRAIN PAEZ*
Abogado
Universidad de Concepción

INTRODUCCION

No hace muchas décadas, en los tribunales españoles la importancia de la responsabilidad médica radicaba en el frente totalmente opuesto al actual. En efecto, la trascendencia de la relación médico-paciente para los tribunales desde el punto de vista de la responsabilidad se centraba, al contrario de lo que sucede hoy en día, en los litigios promovidos por el cobro de honorarios profesionales¹. El paciente se limitaba a seguir paso a paso los consejos de su médico sin hacer más preguntas que las necesarias, ni indagar acerca de su proceder ante resultados insatisfactorios. Esto muchas veces (hay que reconocerlo) producía cierta liviandad en algunos profesionales a la hora de efectuar diagnósticos, ejecutar tratamientos, o practicar intervenciones. Hoy en día, esa especie de "temor reverencial" que existía hacia los médicos ha desaparecido, transformándose el antiguo paciente que aceptaba la opinión y actuar del médico como una verdad absoluta, en alguien muy similar al más exigente de los consumidores, cayendo quizá en excesos a la hora de reclamar la responsabilidad del médico ante cualquier resultado que no

* Alumno del doctorado en Derecho: Programa general de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ González Morán, Luis, La responsabilidad civil del médico. Barcelona: José María Bosch, 1990, pp. 49 y sgtes. El autor afirma que salvo excepciones, hasta los años 1970 las demandas que llega a conocer el Tribunal Supremo sobre la materia versan sobre cobro de honorarios médicos. Para una exposición un tanto más detallada de la evolución de la responsabilidad médica, véase: Rodríguez López, Pedro. Responsabilidad médica y hospitalaria. Barcelona: Bosch, 2004, pp. 19 y sgtes. y Pérez del Leal, Rosana. Responsabilidad civil del médico. Tendencias clásicas y modernas. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995, pp. 25 y sgtes.

colme sus expectativas. Se observa ya que frente a la "fe ciega" del paciente hacia el médico (en general hacia el profesional liberal), se ha evolucionado a una mentalidad de cierta fiscalización de la actividad profesional². Y ante esta situación los tribunales deben (y deberán) ser en extremo cautelosos.

Esto porque el escenario es sumamente complicado. En primer lugar, la ciencia médica no es de las llamadas perfectas, es prácticamente imposible predecir determinada consecuencia a cierto tratamiento, con un ciento por ciento de efectividad. Por lo tanto, muchas veces el resultado no será el deseado (y tantas veces peor aún), por causas completamente ajenas y no imputables al facultativo encargado. No podemos dejar de lado que la mayoría de las veces que un médico interviene en la vida de un ser humano, éste ya se encuentra sufriendo de una enfermedad (se le podría llamar daño), y que su tarea será eliminarla o atenuarla al máximo. En consecuencia, de no poder cumplir su propósito, el paciente seguirá enfermo o se encontrará peor. En segundo lugar, este aumento notable de demandas que persiguen la responsabilidad del médico que supuestamente causó un daño, acarrea un negativo (y quizá no vislumbrado en su oportunidad) efecto en la calidad de la atención médica. Por un lado, ésta se ha despersonalizado en extremo, lo que de todas formas para muchos no constituye un problema. Y por otro, el médico hace ahora todo lo humanamente posible por "cubrirse las espaldas" a la hora de tratar a sus pacientes, para evitar se declare su responsabilidad producto de una eventual demanda (aun existiendo seguros de responsabilidad civil, el prestigio se resiente). Entonces extrema al máximo las precauciones, muchas veces se vale solamente de exámenes de laboratorio (innecesarios a veces) antes que de su criterio clínico³ (que podrá ser más acertado que las máquinas), lo que se traduce en un gasto de recursos y tiempo innecesario.

Es por eso que considero que el tema de la responsabilidad médica debe ser tratado con el cuidado que se merece, para no caer en supuestos extremos producto de la ambición o el ánimo de lucro de algunos que ven, nublados por la enfermedad, la oportunidad de vengarse de quien muchas veces no es responsable del mal pasar del demandante.

² Llamas Pombo, Eugenio. La responsabilidad civil del médico: Aspectos tradicionales y modernos. Madrid: Trivium, 1988, p. 22. Observa acertadamente el autor que esta situación ha generado cierta "psicosis" que lleva a los pacientes a "exigir una indemnización no ya cuando se produce un daño, sea éste más o menos grave, sino siempre que el paciente no quede totalmente satisfecho".

³ Esto unido a que en casos extremos (atención de urgencias por ejemplo) podrá inconscientemente hacer todo lo posible por no tener que atender a ciertos pacientes extremadamente graves, para evitar tener que tomar una decisión bajo presión que le puede costar la carrera.

CUESTIONES PRELIMINARES

Se puede abordar el estudio de la responsabilidad médica desde distintos puntos de vista, además de intentar lograr una cobertura completa del tema. En esta oportunidad, se intentará realizar una breve mirada a uno de los elementos principales de la responsabilidad civil, si no el más importante hoy⁴: el daño. En efecto, bastante se puede debatir acerca de la acción u omisión fundante de la responsabilidad, o de la naturaleza y existencia de la relación de causalidad, pero el objetivo esta vez es dedicar algunas palabras al daño, en particular a algunos supuestos especiales de perjuicio que se presentan en la responsabilidad médica y que llaman particularmente la atención del autor.

Como cuestión previa, es necesario asentar y aclarar el escenario que se adopta para desarrollar el tema propuesto. En efecto, considero útil e indispensable exponer brevemente⁵ en qué sede de la responsabilidad nos moveremos, acerca de la relación médico-paciente, y de la clase de obligación que asume el facultativo.

I. Responsabilidad contractual y extracontractual

Se objetó en su momento que entre el médico y el paciente pudiera existir un contrato, argumentándose que adolecería de objeto ilícito por tratarse del cuerpo humano, y por el carácter no reglado de la profesión liberal. Frente a esto se respondió que el objeto del contrato no es el cuerpo humano, sino los servicios prestados por el profesional como contraprestación del pago de honorarios, siendo el cuerpo humano simplemente el lugar donde se prestarán dichos servicios, y que la dificultad de regulación es más aparente que real⁶. Hoy en día es claro que puede existir un contrato, existe consentimiento entre el médico y el paciente respecto al servicio a prestar y monto de los honorarios. Es más, se señala que dentro de la medicina privada constituirá la regla general, siendo la sede extra-

⁴ Yzquierdo Tolsada, Mariano. Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual. Madrid: Dykinson, 2001, 545 p. El autor resalta que no obstante el tratamiento de más o menos importante que la doctrina ha empleado al daño en las distintas épocas, el daño constituye el elemento principal de la responsabilidad civil hoy (y uno de los puntos principales que la diferencian de la responsabilidad criminal).

⁵ Debo reiterar exponer (y sólo esto), brevemente y con el solo objetivo de sentar ciertas cuestiones preliminares. Todos los temas acotados son suficientes para ser tratados por sí solos en oportunidades distintas y de una forma mucho más extensa y profunda.

⁶ Fernández Hierro, José Manuel. Sistema de responsabilidad médica. Granada: Comares, 2000, p. 16.

contractual la excepción (médico que atiende a un accidentado en la vía pública por ejemplo)⁷. Frente a la problemática que presentan ciertos supuestos de hecho difíciles de encuadrar en una u otra sede, la jurisprudencia, dudosamente, en ocasiones ha resuelto que no es deber del demandante "etiquetar" la demanda, sino limitarse a señalar los hechos en que se basa su pretensión, ante lo cual el tribunal (al que no le sería vinculante la calificación de los hechos efectuada por el demandante) puede obrar con libertad absoluta, y si la "reclamación no encaja en el campo pretendido por el actor, podrá intercambiar los argumentos y darle acomodo en la otra esfera, sin que ello suponga vicio de incongruencia"⁸. No podemos obviar tampoco que es perfectamente posible (y frecuente en la práctica) que se presenten casos de concurrencia de ambas sedes, pues el "médico, además de estar obligado a cumplir las obligaciones derivadas del contrato, ha de observar la más genérica obligación de no causar daño a otro"⁹.

II. Relación médico-paciente

Se ha discutido (dentro de la responsabilidad contractual lógicamente) cuál es la naturaleza jurídica de la relación que vincula al médico con el paciente. En un comienzo primaba la idea de que era un contrato de mandato, evolucionando luego a distintas figuras, entre las cuales destacaron la de la comisión civil, la del contrato innominado atípico, la del arrendamiento de empresa, la del arrendamiento de obra, la del contrato de trabajo, y por último (la de mayor aceptación en la actualidad, tanto doctrinaria como jurisprudencial), la del arrendamiento de servicios¹⁰. En éste el médico se obliga a prestar un servicio determinado a cambio de la correspondiente contraprestación en dinero (honorario), sin asegurar un resultado determinado, más que a prestar el servicio observando la diligencia debida. No obstante lo anterior, la doctrina ha entendido que en los casos de medicina voluntaria¹¹ (versus medicina curativa, que

⁷ Ibidem, p. 19.

⁸ Describe y critica esta especial doctrina jurisprudencial, Yzquierdo Tolsada, Mariano. Sistema de responsabilidad... p. 102. Más crítico aún, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. Derecho de daños. Madrid: 1999, Cívitas, p. 263.

⁹ Rodríguez López, Pedro. Responsabilidad médica y hospitalaria. Barcelona: Bosch, 2004, p. 164.

¹⁰ Excluyéndose para el caso particular de la responsabilidad médica la subordinación propia del arrendamiento de servicios. Fernández Hierro, José Manuel. Sistema de... pp. 19 y sgtes. Hay quienes estiman que la figura correcta sería la del "contrato de servicios médicos", véase Rodríguez López, Pedro. Responsabilidad... p. 141.

¹¹ A modo de ejemplo de medicina voluntaria se señalan corrientemente las cirugías estéticas o las maxilofaciales, las esterilizaciones (bajo ciertos matices), etc.

corresponde a la generalidad de los casos) la figura se aproxima a la del contrato de obra, dado que el médico se obliga a hacer un trabajo determinado y concreto¹².

III. Clase de obligación

Intimamente derivada de la afirmación del párrafo precedente es la siguiente distinción. Una de las principales particularidades que presenta la responsabilidad médica se da en la clase de obligación que asume el médico (seguimos todavía en sede contractual lógicamente¹³). Se señala acertadamente que en la actividad del médico se "halla siempre presente un elemento aleatorio, en el sentido de que el resultado buscado no depende exclusivamente de su proceder, sino también de otros factores, endógenos y exógenos a su actuación, que escapan a su control"¹⁴. Se observa aquí la clasificación de las obligaciones que distingue entre obligaciones de resultado y obligaciones de medios. La obligación asumida por el médico correspondería a esta última clase, en la que no se garantiza la curación, sí el empleo de técnicas adecuadas en el tratamiento¹⁵. En consecuencia, a la hora de acreditar el incumplimiento, el demandante (víctima) deberá probar que la conducta del médico fue negligente, lo que en otras palabras es acreditar su culpa¹⁶. Esto como principio general en la medicina curativa, en tanto que en la medicina voluntaria se ha señalado que la obligación asumida es de resultado¹⁷ (así como también que la relación médico-paciente se aproxima más al contrato de arrendamiento de obra), lo que hace presumir la culpa del médico que fue causa

¹² Fernández Hierro, José Manuel. *Sistema de...* p. 32.

¹³ Lo que a la vez es relativo. En materia extracontractual, la exigencia de no "dañar al prójimo" se mediría con la misma vara también.

¹⁴ Galán Cortés, Julio César. "Responsabilidad civil médica". En: Álvarez Sánchez, José Ignacio (dir.). *La responsabilidad civil profesional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 177.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de España (en adelante, STS) de 19 de junio de 1990.

¹⁶ El Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 2 de diciembre de 1997, señala (citando otra sentencia del mismo tribunal de fecha 22 de abril del mismo año) que "la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo", en sentido similar, STS de 23 de febrero de 1996.

¹⁷ Se señala también que en la medicina voluntaria se aproxima al contrato de obra (sin llegar a serlo aparentemente), siendo la obligación asumida por el médico "de medios acentuada", en la que "si bien no se garantiza el resultado, por el componente aleatorio inherente a toda actuación médica, debe partirse de una "cierta" garantía en su obtención, pues de lo contrario el cliente, que ya no paciente, no se sometería a la actuación médica, siendo especialmente relevante la exigencia de una información rigurosa y exhaustiva sobre todos los riesgos y alternativas de la intervención en incluso la eventualidad de un mal resultado". Galán Cortés, Julio César. "Responsabilidad...", p. 181.

del daño¹⁸. Sin embargo, hay casos de medicina curativa en que no obstante ser la obligación de medios, se libera a la víctima de la obligación de probar la culpa del médico¹⁹.

EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD MEDICA

Considero necesario, no obstante no ser ni el cercano propósito de este ensayo, dedicar algunas líneas al daño en general. Su conceptualización escapa con creces de nuestros objetivos, por lo que nos limitamos en esta oportunidad a señalar cuáles serían los elementos (esenciales y constitutivos) del daño: se requiere una lesión en bienes patrimoniales o morales de una persona, debiéndose este menoscabo a la acción (culpable o no) de otra persona, eventualmente obligada a reparar el perjuicio causado²⁰. Puede resultar esta caracterización un tanto contradictoria con las tendencias actuales a la hora de clasificar²¹ el daño en patrimonial y moral. En efecto, según algunos hoy es preferible distinguir según las consecuencias que el daño acarrea, lo que genera otras subdistinciones. El daño patrimonial podrá ser directo o indirecto. Será daño patrimonial directo el que se infiere y afecta al patrimonio de la víctima, e indirecto, el que no obstante recaer sobre bienes extrapatrimoniales, se traduce inmediatamente en un daño patrimonial (daño moral impropio)²². Y al contrario, será daño moral el que, no obstante recaiga directamente sobre bienes patrimoniales, afecte inmediatamente la faz espiritual de la víctima, o sus atributos de la personalidad. Esta dicotomía parece negar entonces la existencia de los daños corporales como categoría autónoma de daño, puesto que serán patrimoniales si infieren en el patrimonio del afectado (gastos médicos (daño emergente) o le impiden trabajar (lucro cesante), por ejemplo), y serán morales en caso contrario (el mero dolor o sufrimiento físico, o la deshonra que pueda producir una deformidad física notoria (perjuicio estético), producto de una fallida intervención quirúrgica).

En consecuencia, se analizarán a continuación ciertos supuestos de daño sin atender necesariamente a su carácter o al bien jurídico que afectan en primer

¹⁸ STS de 2 de diciembre de 1997, STS de 27 de junio de 1997, a modo de ejemplo.

¹⁹ Fundándose en diversas doctrinas como la de la "facilidad probatoria", o la del "daño desproporcionado", como se verá. Para un análisis más detallado, ver Luna Yerga, Alvaro. La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad. Navarra: Thomson Civitas, 2004, pp. 175 y sgtes.

²⁰ Extraídos (y levemente alterados) de González Morán, Luis. La responsabilidad... p. 111.

²¹ De las diversas clasificaciones que la doctrina ha elaborado en materia de daños, sólo me referiré sucintamente a ésta.

²² Yzquierdo Tolsada, Mariano. Sistema de responsabilidad... p. 155.

orden, pues variará caso a caso su carácter de patrimonial o moral, según cada caso particular y en el que la prueba del mismo jugará un rol trascendental. No estimo funcional analizar al daño médico en general como una categoría independiente de daño dentro de la responsabilidad, dado que a mi juicio el daño médico abarca prácticamente todas las posibilidades de perjuicio que pueden afectar a un ser humano. Esto es, el perjuicio que puede sufrir una persona como consecuencia de una deficiente actuación médica puede ser casi de cualquier índole²³. Puede ser de cualquier clase y afectar la más amplia gama de bienes jurídicos, tanto patrimoniales como morales (o extrapatrimoniales, según la terminología que se prefiera). Es por ello que en esta oportunidad he decidido exponer algunos supuestos particulares de perjuicio proveniente de responsabilidad médica, escogidos por su originalidad y polémica.

I. Pérdida de oportunidad

La mencionada inexactitud de la ciencia médica dificulta en muchas ocasiones la determinación del perjuicio que ha sufrido el paciente. La pérdida de oportunidad, daño quizá más fácil de apreciar en los casos de responsabilidad de abogados o procuradores²⁴, se presenta en las hipótesis en las cuales “la acción del agente priva a la víctima de la posibilidad de obtener una ganancia o evitar una pérdida”²⁵. En el escenario de la responsabilidad médica se puede presentar esta posibilidad de distintas formas. Por ejemplo, el obrar negligente del médico que no causa la enfermedad, pero disminuye las posibilidades de curación para la víctima, o que fracasa en un reimplante de una extremidad perdida accidentalmente, por haber obrado negligentemente²⁶. En esta última hipótesis, el que le reimplantaran la extremidad era una probabilidad alta, pero no segura. Entonces la negligencia médica le hizo perder esa posibilidad, la que de todas formas a la hora de valorarla como perjuicio debe ser considerada como un daño bastante

²³ Extremando un poco el pesimismo, podemos imaginar incluso hipótesis en las que la explosión de determinada máquina de exámenes médicos, producto de su utilización incorrecta, puede destruir el automóvil del paciente aparcado fuera de la clínica. Obviamente éste no es encuadrable derechamente como un caso de responsabilidad médica, pero ilustra la idea de que es muy difícil (o imposible) definir al daño médico como tal y hacer una enumeración cerrada de sus posibilidades.

²⁴ Demanda que se pierde por dejar transcurrir el plazo para apelar por parte del abogado, sin que interponga el correspondiente recurso. El daño no puede ser la cantidad completa reclamada por el cliente, sino que la pérdida de la posibilidad de haber ganado el juicio, y en esa función se deben evaluar los perjuicios.

²⁵ Fernández Hierro, José Manuel. *Sistema de...*, p. 232.

²⁶ Galán Cortés, Julio César. “Responsabilidad...”, pp. 301 y 302.

inferior a la enfermedad misma del paciente, no imputable al médico²⁷. El tribunal debe considerar que la valoración de la pérdida de oportunidad es distinta a la valoración del daño de haber sido este cierto²⁸.

II. Nacimiento de hijos no deseados

Dentro de las sentencias más relevantes en materia de responsabilidad médica, las que sin duda más polémica han generado son las relativas a nacimientos de hijos (sanos o no) no deseados. Y sobresalen del resto, principalmente por el esfuerzo que exigen de los tribunales a la hora de sindicar el perjuicio, tan esquivo en un tema tan delicado como éste. En esta oportunidad, serán agrupadas en dos grandes secciones. En la primera encontramos aquellos casos en que el hijo nace producto de un embarazo no deseado, como consecuencia (en teoría) de una esterilización fallida. En la segunda, los casos en que el hijo nace producto de un embarazo deseado (o a lo menos no repudiado en sus orígenes), pero que eventualmente habría sido suspendido de conocerse que el niño no nacerá sano o con malformaciones²⁹.

Es aquí donde encontraremos las aristas más interesantes y los argumentos más rebuscados a la hora de justificar la imposición de reparar el "perjuicio" a los facultativos e instituciones que corresponda.

²⁷ Se presenta un caso muy similar al de la pérdida de oportunidad, pero no encuadrable en él, en STS de 19 de junio de 1990. En efecto, la viuda e hijos de una persona que fallece mientras es trasladada desde un hospital a una residencia de la seguridad social, luego de no ser admitido en el centro hospitalario a pesar de su grave estado (no fue recibido por un médico, y derivado por falta de camas), demandaron al hospital. El tribunal radicó el daño moral no en la muerte misma del ser querido, sino que principalmente "en la duda, la eterna duda, de si el esposo y padre subsistiría de haberse cumplido y no vulnerado el derecho constitucionalmente reconocido, todo lo cual conlleva sufrimiento, daño moral y enlace directo con la omisión ilícita, como su causa directa, inmediata, adecuada y eficiente". No hay un caso de pérdida de oportunidad propiamente tal, puesto que la víctima en este caso (viuda e hijos, dado que no es claro que la muerte se deba a la falta de atención médica, dada la gravedad del paciente) no es quien recibe la atención médica.

²⁸ Fernández Hierro, José Manuel. Sistema de... p. 232.

²⁹ En este punto estimo necesario señalar que el hecho de que aquí se traten estos temas no implica en absoluto que sea partidario de las soluciones adoptadas por los tribunales en los casos expuestos, ni de las peticiones de las partes que en tales casos motivaron dichas soluciones. Por principios me declaro contrario al aborto, y uno de los objetivos de este trabajo es demostrar, además, hasta qué extremos pueden llegar los tribunales en la apreciación de los supuestos daños. Quiero señalar además que pienso que no siempre es sano importar en Chile soluciones de la jurisprudencia de otros países, las diferencias sociales, culturales, económicas y de otras índoles pueden crear escenarios para los cuales no estamos preparados, no obstante lo cual considero sano y necesario estar al día y en conocimiento de la situación jurisprudencial de los sistemas análogos al nuestro.

1. Nacimiento producto de embarazo no deseado

Por diversos motivos personales, el actor se somete voluntariamente a un procedimiento médico de esterilización. Por regla general, ligadura de trompas en el caso de la mujer y vasectomía en el caso del hombre. A pesar de ser más notables los casos en que demanda el matrimonio conjuntamente, hay casos en que el demandante no tiene siquiera pareja estable. Con respecto a los motivos para someterse a la intervención, no obstante no ser de nuestra incumbencia, cobran especial importancia a la hora de valorar los perjuicios, dado que principalmente la esterilización se debe a causas económicas, siendo recurrente el que al demandante se le haga imposible, si no extremadamente difícil, mantener un hijo o aumentar su familia con un miembro adicional³⁰.

Principalmente son dos las posibilidades³¹. La primera es que la esterilización no sea realizada correctamente, sin respetar los procedimientos establecidos y en consecuencia fallida. En esta posibilidad se producirá un nacimiento no deseado producto de la negligencia de los facultativos que realizaron la intervención, por lo que en apariencia, superados los problemas probatorios, no cabría más que identificar el daño (si lo hubiere) y valorarlo³². Y la segunda se presenta en los casos en que la esterilización es realizada correctamente desde el punto de vista de los procedimientos, pero fallida en cuanto a sus consecuencias, dado que sobreviene con posterioridad un embarazo. Ambos grupos han sido encuadrados por la doctrina como supuestos de "wrongful conception" (siguiendo a la doctrina anglosajona), o de "anticoncepciones fallidas"³³. Los daños, proviniendo de presupuestos distintos (negligencia en la praxis y negligencia previa a ella o posterior, al no informar), serán tratados por igual, no obstante creo indispensable detenerme algunas líneas en esta segunda posibilidad de "anticoncepciones fallidas".

Aunque parezca extraño, frente a esterilizaciones correctas (en cuanto al método, como se aprecia, pero fallidas en cuanto a sus efectos) que han devenido en posteriores embarazos, se han acogido demandas por indemnización de perjuicios contra los facultativos involucrados. El fundamento esgrimido ha sido

³⁰ Esto a la hora de evaluar los perjuicios materiales. Muchos otros y de variada índole, cuando el daño moral sale a flote.

³¹ Relativas todas en estos casos a hijos sanos.

³² Así en STS de 20 de mayo de 1998 se demanda ante una ligadura de trompas realizada incorrectamente, en la que cobra especial importancia la existencia o no de daño moral (se niega su procedencia).

³³ Martín Casals, Miquel; Solé Feliú, Josep. "Comentario a sentencia de 29 de mayo de 2003". En: Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, enero/abril 2004, Nº 64, p. 197.

el haberse omitido la información suficiente y completa al actor acerca del procedimiento a que se sometió y de sus consecuencias. Como se ha señalado, la ciencia médica no es de las llamadas "perfectas", y como tal no puede garantizar un resultado querido con un ciento por ciento de efectividad. En consecuencia, es un deber del médico el informar³⁴ al paciente de los efectos, riesgos y consecuencias posibles de la intervención, lo que en el caso en comento cobra especial importancia a la hora de las precauciones a guardar por parte del paciente con posterioridad al tratamiento. Habrá un período posterior a la intervención en que la fertilidad será relativa, requiriéndose especiales cuidados para evitar un embarazo, los que aun guardados pueden no impedir la concepción, circunstancia que debe ser informada también. El Tribunal Supremo, casando la resolución del tribunal a quo, y en consecuencia acogiendo parcialmente la demanda de una mujer que dio a luz a gemelas no obstante haber sido objeto de una esterilización previa (en apariencia correcta, pero a la larga fallida), ha señalado que la información que se debe dar al paciente debe ser "puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan y proponen", concediendo indemnización por los perjuicios "patrimoniales y morales"³⁵. En consecuencia, la negligencia médica en este supuesto está no en el procedimiento utilizado ni en la forma en que se llevó a cabo la intervención, sino que en no informar debidamente al paciente³⁶ de los riesgos de embarazo no obstante la intervención, y de las especiales precauciones que debía tomar³⁷. Lo que nos interesa en esta ocasión, y que no menciona claramente el tribunal, es dónde se sitúa el daño, llamando la atención en especial el moral. Como de costumbre, no se aprecia un desglose de los montos concedidos en distintas partidas, observándose solamente una cantidad de dinero fija para cubrir todos los perjuicios. De todas formas, podría a lo menos haberse justificado

³⁴ Deber de información, que deberá distinguirse del similar "consentimiento informado".

³⁵ STS de 29 de mayo de 2003.

³⁶ Señala el tribunal que la carga de la prueba a la hora de acreditar haberse cumplido con el deber de información, corresponde en este caso a los demandados, "por asistírles actuación favorable ventajosa para aportarla al pleito, sobre todo mediante la documentación que conste haber tenido lugar de modo efectivo y con observancia de los presupuestos que exige la doctrina jurisprudencial". Se ha llamado a esta doctrina como principio de la "facilidad probatoria", que atenúa la carga de la prueba. Véase Luna Yerga, Alvaro. *La prueba de la responsabilidad...*, p. 184.

³⁷ Se niega la indemnización por haberse cumplido por parte del facultativo con el deber de información, en STS de fecha 27 de junio de 1997.

la existencia de ambas clases de daños otorgadas. Con respecto a los daños patrimoniales, habría sido relativamente sencillo valorar el daño emergente (gastos del parto, medicinas y tratamientos médicos tanto para la madre como para los recién nacidos, a los alimentos nos referiremos más adelante), y quizá un tanto más complejo el lucro cesante (disminución de la capacidad económica familiar principalmente, en palabras propias de la demanda).

Pero se complica el panorama con los daños morales. En efecto, ya ha señalado anteriormente el Tribunal Supremo que el nacimiento de un niño (per se) no puede constituir un daño moral, sentando que "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..."³⁸. El presupuesto de la responsabilidad está delimitado, se omitió información (o para el caso de una esterilización incorrecta, hubo negligencia en el actuar médico propiamente tal), lo que no se aprecia con claridad es dónde ubicar el perjuicio moral. Descartando (de momento³⁹) al nacimiento del hijo como un daño moral propiamente tal, habría que buscarlo en otros efectos. En primer lugar, estamos en supuestos de nacimientos de hijos sanos, por lo que cabe descartar el impacto que podría provocar el nacimiento de un hijo con malformaciones. Se ha señalado por la doctrina (al observar las tendencias jurisprudenciales) que el daño podría causarse por la situación de preocupación y abatimiento de los padres, o por el "estado de ánimo de los esposos al enterarse del aumento de su familia en dos nuevos miembros", por la "inesperada e imprevisible gravidez de la esposa, agravada por las circunstancias socioeconómicas de la familia"⁴⁰, centrándose el perjuicio en el abatimiento y sorpresa que produce el conocer el estado de gravidez, relacionado además con un eventual difícil pasar económico.

Pero el defecto de centrar los perjuicios morales en tales conceptos es que en ciertos supuestos, en especial los de anticoncepciones fallidas en que no se informó al actor de la posibilidad de que puede sobrevenir un embarazo (aun tomando todas las precauciones posibles), ya sea por recanalizaciones espontáneas u otros milagros de la naturaleza, el presupuesto de la responsabilidad no radica

³⁸ STS de 20 de mayo de 1998, en sentido similar, STS de 4 de febrero de 1999.

³⁹ Hay quienes no descartan que el nacimiento de un hijo produzca un daño moral a los progenitores, evaluable económicamente. Vicente Domingo, Elena. "El daño". En Reglero Campos, L. Fernando (coord.). Tratado de responsabilidad civil. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 252. Lo declara derechamente la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en sentencia de 21 de noviembre de 1996.

⁴⁰ Bañegil Espinosa, Adolfo; Salvador Crespo, Juan Ignacio. "Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica". En Actualidad civil. 1º trimestre de 1997, Tomo 1, prefijo VII, p. 155.

en la intervención (como se señaló), sino en la falta de información (segundo grupo de supuestos). Entonces, cabe la posibilidad de que aun informados sobre los cuidados a seguir, pero no de la posibilidad de una nueva concepción, sobrevenga un embarazo no deseado. No se le informó oportunamente al paciente del riesgo del fracaso de la intervención. Todo esto debilita seriamente (si no elimina) la relación de causalidad. El daño en este caso sería, según algunos, la lesión a la libertad de procrear, tomada como manifestación de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad proclamado constitucionalmente, dado que toda persona tiene la posibilidad de decidir libremente sobre su procreación⁴¹. Situando el perjuicio moral en esa esfera, se aleja la idea del hijo considerado como un daño, y se soluciona un posible problema de nexo causal. En efecto, siguiendo esta postura, "la relación de causalidad no se da entre la falta de información y la concepción o el nacimiento del hijo no deseado, sino entre aquélla y la lesión de la libertad de procrear", como una de las facetas del libre desarrollo de la personalidad⁴².

Otra cuestión es determinar el momento exacto en que se produce realmente este daño. Las posibilidades son diversas. En los casos en que la esterilización fue practicada diligentemente (el daño se centraría entonces en la información, como se ha dicho, o más bien en la lesión de la libertad de procrear), hay que descartar al momento de la intervención, quedando dos sucesos como posibles instantes desde los cuales comenzará a correr el plazo de prescripción. El primero será la concepción, momento en el cual se materializa el fracaso del actuar médico, y el segundo, el nacimiento mismo. No dejan de presentar obstáculos ambas posibilidades. Si lo centramos en la concepción, muchas veces será desconocido para la mujer embarazada (abortos espontáneos prematuros), caso en el cual no habrá indemnización, pero ésta es sólo una dificultad práctica (a pesar de que puede llevar a situaciones distintas, la responsabilidad del médico queda entregada al azar de la naturaleza), por otro lado, si decide abortar, la cuestión será sentar si se vio o no alterada su libertad de procrear (en el sentido de que procreó al concebir o al dar a luz). Los gastos del aborto serían responsabilidad del médico también (¿y sus complicaciones inevitables?). Y si el momento se radica en el nacimiento, se deben descartar todos los casos en que la mujer se sometió a un aborto voluntario (legalmente, se entiende), lo que ya es contradictorio. Esto porque pasaría la madre que no desea abortar a compartir parte de la respon-

⁴¹ Martín Casals, Miquel; Solé Feliú, Josep. "Comentario a sentencia de 29 de mayo de...", p. 215.

⁴² *Ibidem*, p. 208.

sabilidad que se le imputa al facultativo⁴³, ya que ella podría evitar el daño. Personalmente, si el daño es la lesión a la libertad de procrear, parece ser correcto que ésta se produce en el momento de la concepción. Es en ese instante en el que la decisión de quedar embarazada (que es precisamente lo que se quiere evitar con la esterilización, la concepción y no el alumbramiento, para lo segundo la mujer se somete a un aborto, si sus consideraciones religiosas y morales se lo permiten)⁴⁴. Será intrascendente entonces el posterior nacimiento para estos efectos, lo que concuerda con lo ya señalado de que el nacimiento de un niño no puede considerarse un daño.

Comentarios aparte merece el tema del derecho de alimentos. Se ha solicitado como una de las partidas del daño patrimonial, los alimentos que se deban otorgar al hijo no deseado, para asegurar su crianza y educación hasta una edad precisa, ya sea como una partida determinada, o mediante el establecimiento de una pensión periódica. Habiendo casos en que expresamente el Tribunal Supremo ha rechazado (sin entrar a motivar su decisión) conceder sumas por conceptos de alimentos en las hipótesis señaladas⁴⁵, por regla general⁴⁶ guarda silencio al respecto. Esto no quiere decir que lo rechace abiertamente, puesto que en muchos casos puede haber considerado satisfecha esta petición implícitamente dentro de la indemnización concedida. La doctrina reciente, por otro lado, en general rechaza que se indemnice a los padres por tener que soportar la carga de alimentar al hijo, principalmente por ser una obligación irrenunciable e intransferible. Algunos, eso sí, reconociendo que no es correcto transmitir a un tercero la deuda alimenticia, en razón de su carácter "personalísima, esencialmente variable y proporcional a los medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe", estiman que los alimentos posibilitan fijar un parámetro relativamente estable y útil como baremo indemnizatorio⁴⁷. Más aceptable parece la posición de quienes, insistiendo en que desplazar tal deber a un tercero es inaceptable, señalan que el "repercutir al médico los gastos de los alimentos que los padres deben al hijo puede llegar a desequilibrar la coherencia interna de los principios

⁴³ No quiero extenderlo a un supuesto de culpa de la víctima, y estimo que cuadra más con esa situación de la institución conocida como el "deber de mitigar el daño" por parte de la víctima, a la que no corresponde referirse en esta oportunidad.

⁴⁴ Y legales, dependiendo de la legislación.

⁴⁵ STS de 29 de mayo de 2003.

⁴⁶ Y siguiendo con la tendencia de no detallar en distintas partidas a qué corresponden los montos concedidos.

⁴⁷ García Rubio, María Paz. "Comentario a sentencia de 20 de mayo de 1998". En Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, septiembre/diciembre 1998, Nº 48, p. 1.219.

básicos sobre los que se asientan las normas sobre derecho de familia”⁴⁸, las que tienen su explicación en el principio de solidaridad familiar. Esto porque el deber de los padres de alimentar a los hijos puede operar, en virtud de tal principio, estando los primeros en situación de necesidad, a la inversa (si el hijo cuenta con los medios para ello). En consecuencia, lleva a una situación un tanto injusta el que los progenitores que en su oportunidad (y forzosamente) transfirieron, o más bien impusieron esta obligación a un tercero, puedan apelar con posterioridad a este derecho para exigirle alimentos a tal hijo por encontrarse en una situación de necesidad. Pero estos autores extienden más allá su argumentación, advirtiendo el riesgo que implica atribuir al facultativo este deber, puesto que el beneficiado no será el padre o la madre que se ven eximidos de la carga, sino que otra persona que según la ley está obligada a prestar alimentos en caso de faltar los anteriores (o fallar), señalando como ejemplo al abuelo. En consecuencia, se desplaza “el centro de gravedad del daño derivado de la ‘lesión de la libertad de procrear’ (que en el caso del abuelo, en ningún caso ha sido lesionada) al ‘niño como daño’”. Insisten por último con los efectos que esto trae en materia sucesoral, dado que la condición de herederos ab intestato, y los órdenes sucesorios propiamente tales, se fundan, entre otros pilares, en la solidaridad familiar, que se vería aquí quebrada⁴⁹.

2. Nacimiento de hijo con malformaciones

La discusión que se presenta en este plano es quizá más compleja y delicada, principalmente porque el daño (del recién nacido a lo menos) no tiene causa en una actuación médica⁵⁰. En estos supuestos, por regla general los casos analizados se refieren a embarazos en principio deseados, pero que teóricamente habrían sido interrumpidos voluntariamente dentro del plazo que permite la ley⁵¹, de haberse conocido a tiempo la circunstancia de venir en camino un hijo con enfermedades incurables o malformaciones físicas o psicológicas crónicas⁵². Para

⁴⁸ Martín Casals, Miquel; Solé Feliú, Josep. “Comentario a Sentencia de 29 de mayo de...”, p. 216.

⁴⁹ *Ibidem*... p. 217.

⁵⁰ Vicente Domingo, Elena. “El daño...”, p. 252.

⁵¹ El artículo 417 bis del Código Penal español despenaliza el aborto realizado cumpliendo con ciertos requisitos mínimos, si se lleva a cabo en diversas hipótesis, entre ellas “3. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen...”

⁵² No puedo evitar, al menos en este pie de página, el reflexionar sobre los manuales de historia, que criticaban a ciertas civilizaciones antiguas por eliminar arrojando al río, a los recién nacidos deformes. Hoy, más de 2.000 años después, nos estamos ahorrando el buscar el río.

ser más gráficos, la mujer queda embarazada, y de los exámenes practicados durante el embarazo no se advierte problema en el feto, o simplemente no se practica examen alguno⁵³. El reproche que se le hace al médico tratante no es otro que el de haberse conocido que el feto venía con tales problemas, la madre eventualmente se habría sometido a un aborto (dentro de los términos legales) para evitar tal nacimiento. Escasos serán los litigios en que se podrá acreditar sin lugar a dudas que no se habría sometido a un aborto aun sabiendo de los defectos del futuro hijo, circunstancia que ha colocado a los tribunales en una encrucijada a la hora de resolver.

Al igual que en la sección anterior, hay principalmente aquí dos posibilidades. La primera, en que los exámenes efectuados a la mujer durante la gestación fueron defectuosos o insuficientes⁵⁴, con lo cual no se advirtió (o no a tiempo por lo menos) las malformaciones o defectos de la criatura. Y la segunda es aquella en que simplemente no se practicó examen alguno para descartar las posibles complicaciones. Ambas serán tratadas conjuntamente, por ser los daños idénticos o muy similares, variando levemente los presupuestos de hecho.

La doctrina anglosajona, al estudiar los casos de nacimientos de hijos con malformaciones, ha identificado estos supuestos como casos de *wrongful birth* y *wrongful life*. Los primeros se refieren a los casos en que quien demanda es uno o ambos padres, y los segundos a los casos en que la demanda la interpone el hijo⁵⁵. Las sentencias del Tribunal Supremo español más relevantes se refieren principalmente a la primera posibilidad, y versan por regla general sobre casos de niños nacidos con síndrome de Down. Como es sabido, las causas de dicho síndrome no son del todo conocidas por la ciencia médica, pero lo claro hasta hoy es que sería un defecto congénito incurable, que en principio es detectable durante el embarazo, y no imputable a algún error médico, ni sanable durante la

⁵² No puedo evitar, al menos en este pie de página, el reflexionar sobre los manuales de historia que criticaban a ciertas civilizaciones antiguas por eliminar arrojando al río a los recién nacidos deformes. Hoy, más de 2.000 años después, nos estamos ahorrando el buscar el río.

⁵³ Análisis aparte merecerían los casos en que las malformaciones del feto son producto de una imprudencia del facultativo al examinar a la madre durante la gestación. También podrían ser incluidos en estos epígrafes, por aplicárseles muchos de estos comentarios. Pero en aquéllos la imprudencia y el nexo causal están claros, y el daño será más que aparente, por lo tanto se aplicarán las reglas generales de la responsabilidad, con algunas de las implicancias aquí señaladas.

⁵⁴ Hay ciertos embarazos que por su nivel de riesgo requieren exámenes más rigurosos para descartar y detectar a tiempo complicaciones. Ya sea para intentar atenuarlas o solucionarlas, o para informárselas a los progenitores.

⁵⁵ Debidamente representado, lógicamente.

gestación⁵⁶. En consecuencia, una vez detectado el problema, los progenitores tienen (en los ordenamientos jurídicos en que el aborto es lícito) dos caminos a seguir. Si el tiempo de gestación es aún lo suficientemente breve como para someterse a un aborto (dentro del plazo legal), abortar, o en caso contrario decidir dar a luz al niño, continuando con el embarazo. Si el tiempo transcurrido ya no permite abortar, no les queda más que esperar el nacimiento.

Como se advierte, el principal problema que encuentran las acciones que persiguen la responsabilidad del o los facultativos involucrados en el embarazo (ginecólogos, ecógrafos, etc.), es que su conducta médica (propia tal) no es la causante de la malformación. Vale decir, de haber observado un proceder diligente, detectando y notificando oportunamente a los padres de las probables taras o malformaciones, éstas se habrían presentado de todas formas. Se advierte fácilmente la ausencia de nexo causal. Por otro lado, es extremadamente difícil probar que la madre se habría sometido a un aborto si hubiese conocido la patología a tiempo.

Tanto los daños patrimoniales⁵⁷ como los morales son en principio evidentes. Los segundos, descartando nuevamente el nacimiento del niño (per se) como un daño (aun no siendo sano), se ha radicado el perjuicio en ocasiones en "el impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas"⁵⁸. Pero la simpleza es sólo aparente. El problema es lograr conectar este daño con el actuar de los facultativos, quienes de haber obrado con la diligencia más estricta que se les pudiera exigir, no habrían podido evitarlo. Si bien se resolvió⁵⁹ en su oportunidad que existe responsabilidad del facultativo que no informó del fracaso de determinadas pruebas durante el embarazo, antes de que fuera posible repetirlas para descartar un síndrome de Down (existente) cuya evidencia habría llevado a la madre a abortar⁶⁰ (lo manifestó oportunamente), el Tribunal Supremo ha sentado, por regla general, otro precedente.

⁵⁶ Se señaló en su oportunidad por el Tribunal Supremo que "la genética está fuera de las posibilidades de que la doctora evitara el resultado", en STS de 4 de febrero de 1999.

⁵⁷ Gastos de atención médica adecuada para un niño con malformaciones, medicinas adicionales y otros cuidados especiales (descontando los gastos propios del parto a mi parecer, dado que el embarazo mismo no es repudiado. Vale decir, de todas formas los habrían tenido que soportar los progenitores).

⁵⁸ STS de 6 de junio de 1997.

⁵⁹ STS de 6 de junio de 1997.

⁶⁰ En este caso había certeza de que abortaría, y el tribunal calificó la conducta médica que lo impidió (no el aborto propiamente tal, sino que de forma indirecta), permitiendo el nacimiento del hijo con la señalada enfermedad, como "acción médica negligente". Sumada a que el perjuicio sería gravísimo y la relación casual entre ambas evidentes.

La ausencia de nexo causal ha servido de apéndice al tribunal para rechazar en ocasiones demandas por wrongful birth, "porque no se ha demostrado la relación causa a efecto entre la actuación médica y el hecho del nacimiento de una niña tan tristemente afectada por malformaciones y deformidades", y el ser "una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo"⁶¹. Esta última reflexión ha sido criticada por la doctrina (y no seguida en sentencias posteriores como se verá), que observa que el llegar a tener la certeza de que en el caso concreto los demandantes habrían optado por interrumpir o no el embarazo, es relativamente intrascendente. Se afirma que de conocer los padres las malformaciones con anticipación, "lo relevante es que en tal caso habrían asumido consciente y libremente esa carga material y moral que deriva del nacimiento de una hija en tales condiciones. Pues bien, dicha carga moral y material se transforma en daño indemnizable cuando la misma se produce indebidamente de forma inesperada, sin haber podido decidir al respecto"⁶² (continuar o no con el embarazo). Sindican el daño en la privación de la posibilidad de optar a tiempo, sin presencia del impacto psicológico que implica el conocer las taras al momento del alumbramiento.

No obstante las críticas, la misma línea jurisprudencial siguió el Tribunal Supremo años más tarde⁶³, al absolver a los facultativos y a la institución de previsión demandadas, en un litigio originado por una demanda⁶⁴ causada por el nacimiento de un niño con síndrome de Down, sin que se practicaran los exámenes prenatales que lo habrían detectado, a pesar de los insistentes cuestionamientos de la madre⁶⁵ hacia el médico acerca de la salud del feto durante la gestación. El

⁶¹ STS de 4 de febrero de 1999. Cabe destacar que en este caso el criterio del tribunal parece ser el correcto y no interferir con sentencias posteriores que fueron resueltas llegando a otra conclusión. Las pruebas realizadas para detectar posibles malformaciones fueron aparentemente las utilizadas para embarazos del riesgo que se creía poseía el de la actora, siendo entonces la conducta de la facultativa demandada, diligente desde todo prisma. Puede haber motivado en parte la decisión del Supremo el hecho de que la madre haya residido en un lugar cercano a una planta de energía nuclear, donde laboraba el padre además, circunstancia que no fue informada a la demandada durante el embarazo, y que la habría automáticamente inducido a agudizar los exámenes y elevar el nivel de riesgo del embarazo. Pero de todas formas, la declaración transcrita arriba da a entender que aun no habiéndose practicado correctamente las pruebas, no se habría dado lugar a la demanda. Como detalle anecdótico, cabe destacar que en este caso los progenitores no solamente perdieron el recurso, sino que fueron condenados en costas.

⁶² Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. "Comentario a sentencia de 4 de febrero de 1999", En Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, abril/agosto 1999, Nº 50, p. 858.

⁶³ STS de 7 de junio de 2002.

⁶⁴ Curiosamente los padres interpusieron la demanda en nombre propio, del recién nacido y de sus hermanos.

⁶⁵ Su avanzada edad la hacían temer complicaciones.

tribunal, aún asumiendo que la conducta negligente del médico consiste en no informar tempestivamente, nuevamente acusa la ausencia de nexo causal entre la conducta del médico y los defectos del niño. Y va más allá, resolviendo que “establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el demandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquella (la madre) de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas”, insistiendo que no se acreditó durante el juicio que la madre, de haber conocido el estado del feto, se habría sometido decididamente a un aborto. Frente a este razonamiento, la doctrina reiteró que la inexistencia de esa relación de causalidad “no impide la existencia de otro nexo causal entre la atención sanitaria deficiente y la privación a la madre de la facultad de decidir, con conocimiento de la malformación del feto (afectado por síndrome de Down), sobre el nacimiento del mismo o sobre la interrupción del embarazo”⁶⁶, desviando el daño desde el nacimiento del niño hacia la privación de la posibilidad de decidir sobre su nacimiento a su o sus progenitores. En el mismo sentido se señaló que lo importante es –y donde radicaría el daño al fin y al cabo– la pérdida de la facultad de interrumpir o no el embarazo⁶⁷ de haber conocido sus circunstancias, más que averiguar a ciencia cierta si lo hubiese hecho o no⁶⁸. El mismo frente doctrinario propone como una posible solución al problema, una acción subsidiaria a ejercerse por los padres que reclame el daño moral “derivado del shock psicológico que sufren los padres por el nacimiento de un hijo con anomalías físicas o psíquicas graves e inesperadas”⁶⁹. Dicha acción tendría salvado el problema de la relación de causalidad, dado que si el médico hubiese informado, no habría tal impacto psicológico⁷⁰.

Al parecer el Tribunal Supremo estaría cambiando su postura al respecto hoy. Una sentencia reciente⁷¹, ante una evidente y grave negligencia por parte de los facultativos⁷² involucrados en la supervisión del embarazo de la actora

⁶⁶ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. “Comentario a sentencia de 7 de junio de 2002”. En: Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, abril/septiembre 2002, Nº 59, p. 864.

⁶⁷ Resulta intrascendente este debate en los ordenamientos jurídicos en que está penado el aborto, y que no existe la figura del artículo 417 bis del Código Penal ya señalada, u otra análoga.

⁶⁸ Martín Casals, Miquel; Solé Feliú, Josep. “Comentario a sentencia de 7 de junio de 2002”. En: Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, octubre/diciembre 2002, Nº 60, p. 1.110.

⁶⁹ Martín Casals, Miquel; Solé Feliú, Josep. “Comentario a sentencia de 7 de junio...”, p. 1.115.

⁷⁰ Que probablemente se produciría al conocer la información, pero ya no hay conducta negligente.

⁷¹ STS de 18 de diciembre de 2003.

⁷² O de sus equipos. En los hechos, se detectaron en las ecografías extremidades que no existían en la realidad. La resolución del Supremo fustiga al Tribunal de Instancia por entender que en el caso sub lite

(ginecólogo y ecógrafo), que culminó en el nacimiento de un niño con múltiples y delicadas malformaciones físicas (sin que se informase a tiempo a los padres), declara la existencia de responsabilidad médica y fija determinada suma de dinero como indemnización, tomando en cuenta para ello "las expectativas de que se han visto privados los actores y la repercusión del hecho en sus vidas dada la entidad del evento producido, además del daño moral y el hecho que, tratándose de una deuda de valor, debe tenerse en cuenta el momento de su efectividad". Además de un aparente cambio jurisprudencial⁷³, dos curiosidades presenta este caso. La primera es que la demanda se interpone por los padres y además en nombre del niño (sería primera vez que se acoge, en ocasiones anteriores se había desechado conceder indemnización al niño, ya en las sentencias de instancias, sin pronunciamientos al respecto por el máximo Tribunal), arribando de tal forma al Supremo. De todas formas, la sentencia no identifica a los demandantes, ni el daño reclamado por el niño (las "expectativas" de que se habla más arriba se refieren sin duda a los padres, no al niño). Y la segunda es el fundamento del daño. En los hechos, las malformaciones fueron detectables (pero no detectadas lógicamente), cuando ya no había posibilidad de someterse a un aborto legal. En consecuencia, ya no hay desmedro en la capacidad de optar. De la redacción del fallo se ha acusado que al parecer el tribunal intenta "indemnizar encubiertamente las consecuencias de no haber podido decidir sobre el nacimiento del niño"⁷⁴, lo que es criticable por lo ya señalado. Se rechaza en este caso por la doctrina que la mera lesión del derecho a la información produzca un daño en el paciente, dado que supondría "aceptar que se le concediese una indemnización en supuestos en los que, pese al incumplimiento de la obligación de información por parte del profesional, el paciente no hubiera experimentado ninguna repercusión ni en su persona ni en su patrimonio. Esta consecuencia, contraria a la idea del daño, muestra que en realidad el derecho a la información del paciente se plantea como reverso del deber de información del profesional y se considera un interés protegido únicamente en la medida en que su incumplimiento produzca consecuencias

las deficiencias anatómicas tienen carácter genético y no fueron evidenciables por las limitaciones ecográficas, en circunstancias de que se considera admisible que no se detecten dos arterias o una extremidad, pero "resulta inasumible que se visualizaran dos arterias cuando sólo había una o que había normalidad de las extremidades cuando faltaba totalmente la inferior izquierda". En otras palabras, el error fue enorme.

⁷³ Quizá sea prematuro calificarlo como tal aún, dado que puede haber influido en extremo en la decisión la evidente y grave negligencia médica.

⁷⁴ Macía Morillo, Andrea. "Comentario a sentencia de 18 de diciembre de 2003". En Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, octubre/diciembre 2004, Nº 66, p. 1.040.

dañosas. Por ello, ha de afirmarse que el daño se identifica en realidad en el efecto que tal lesión conlleva, no en la mera privación de este derecho”⁷⁵.

A pesar de que aún no ha sido objeto de litigios recurrentes, y en realidad sea discutible el afirmar que alguna resolución se haya pronunciado (tácitamente a lo menos) sobre la hipótesis, considero indispensable dedicar algunas líneas al tema de la wrongful life. Puede ser discutible desde el punto de vista moral, y como se ha observado desde el punto de vista jurídico también, permitir a los padres de un hijo nacido con malformaciones dirigirse contra el facultativo encargado del embarazo por los conceptos señalados, y otorgarles a la larga la correspondiente indemnización por los daños (en especial morales). Pero a parecer del autor, raya en el límite de toda lógica otorgar legitimación activa por el mismo supuesto y conceptos al hijo. Esto porque no solamente hay un claro problema jurídico, que es el de identificar el daño⁷⁶ (y luego adaptar la relación de causalidad), sino porque, además, resulta una contradicción intentar reparar un desmedro, o retrotraer a la situación anterior en que se encontraban las partes, si esa actuación tendría como efecto principal que el reclamante no existiría. Es evidente “el absurdo lógico que subyace en tal caso: reclamar una indemnización por el hecho de haber dejado existir a quien reclama. Ello implicaría que en aquellos supuestos en los que los progenitores optan conscientemente, a pesar de conocer la malformación de su hijo, por seguir adelante con el embarazo, aquéllos podrían ser en su día demandados por su hijo, que les reclamaría los daños sufridos al haberle permitido nacer. Absurdo”⁷⁷.

III. Ausencia de “consentimiento informado”

Quizá ante la imposibilidad de lograr que el paciente malogrado por los dañinos efectos de una intervención quirúrgica o tratamiento obtenga la correspondiente indemnización por los daños sufridos, ya sea debido a que la actividad del médico fue diligente, o a que fue imposible para el actor acreditar lo contrario, se ha creado por la doctrina y jurisprudencia esta figura. No obstante presentarse principalmente en el campo de la medicina voluntaria, se ha hecho

⁷⁵ Macía Morillo, Andrea. “Comentario a sentencia de 18 de diciembre...”, p. 1.039.

⁷⁶ La eterna duda será dónde ubicarlo, ¿en el nacimiento?, ¿en el nacimiento con malformaciones?, ninguna de las posibilidades que se asoman a primera vista es satisfactoria. Y esto sumado a que a los padres en el supuesto de hecho idéntico los estamos indemnizando por lesión al derecho a la información, lesión que lógicamente no ha sufrido el niño.

⁷⁷ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. “Comentario a sentencia de 4 de febrero...”, p. 859. En sentido similar, Martín Casals, Miquel; Solé Feliú, Josep. “Comentario a sentencia de 7 de junio...”, p. 1.121.

patente también en la medicina curativa. En esencia, se presenta en los casos en que al paciente no se le informaron completamente los efectos y riesgos de la intervención a la que se sometió⁷⁸, y que trajo como consecuencia resultados dañosos. El pilar de la institución radica en que el paciente, de haber conocido previamente las posibles implicancias de la actuación médica, habría decidido conscientemente antes de someterse a ella, o habría buscado una alternativa⁷⁹. Se acusa que el daño es la "pérdida de la oportunidad del paciente de haberse sustraído a la actuación médica si hubiere conocido sus riesgos antes de llevarse a efecto"⁸⁰.

De todas formas, quien escribe es de la opinión que el daño en estos casos radica en la pérdida de la oportunidad de decidir conscientemente, y no en el daño corporal y moral efectivamente causado, dado que la actividad del médico a ese respecto fue diligente⁸¹. No es de toda lógica "que un médico sea condenado a indemnizar al paciente en la misma cantidad si su culpa fue la de no haber advertido, por ejemplo, de los riesgos de una intervención quirúrgica, que si su culpa hubiere consistido en una impericia al practicar la citada intervención"⁸². Todo esto unido a la idea de que si el demandado logra acreditar que de todas formas el paciente se habría sometido a la intervención, no cabría indemnización, ya que no se presentaría la pérdida de la oportunidad de decidir informadamente (es intrascendente también de quién haya obtenido la información, lo importante es que la posea). Se ha resuelto que para que el consentimiento prestado por el paciente pueda ser considerado eficaz, es necesario que "se preste con conocimiento de causa, y para ello se requiere que se le hubiesen comunicado, entre otros aspectos, los riesgos y complicaciones que podían surgir durante" o después de la operación⁸³.

⁷⁸ A priori, lógicamente.

⁷⁹ STS de 17 de octubre de 2001. En este caso, quien demanda es una paciente contagiada con sida por una transfusión sanguínea posterior a una cesárea, sin que se le informara de los riesgos de la transfusión, ante los cuales podría haber aguardado recibir sangre de un pariente (no era de suma urgencia). La doctrina señaló en esta oportunidad que la información médica es un derecho de todos los que se someten a un tratamiento sanitario, derecho que incluye también el saber cuando no existe un tratamiento. Lo que permite esta información al paciente es asumir tales riesgos. Parra Lucan, M^a Angeles. "Comentario a sentencia de 17 de octubre de 2001". En: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero/marzo 2002, Nº 58, p. 336.

⁸⁰ Galán Cortés, Julio César. "Responsabilidad civil...", p. 303. El autor afirma además que el nexo causal en este caso debe buscarse entre la "omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos han cristalizado, y no entre la omisión de la información y el daño materializado tras su práctica".

⁸¹ Teniendo presente, eso sí (lo que puede resultar contradictorio), que si no hay perjuicio corporal o moral (y patrimonial en su caso), aun faltando el consentimiento informado, no habrá lugar a la indemnización.

⁸² Galán Cortés, Julio César. "Responsabilidad...", p. 304.

⁸³ STS de 2 de julio de 2002, que además afirma que la carga de la prueba de la información pesa sobre el médico.

Con respecto al contenido de la información que se debe proporcionar al paciente, se debe reconocer que fijarlo a priori puede ser arriesgado. De partida, es por todos conocido que todas las intervenciones quirúrgicas implican cierto nivel de riesgo genérico (principalmente derivado de la aplicación de anestesia). Pero además cada intervención quirúrgica según su naturaleza implica mayores o menores riesgos según el caso, algunos de ocurrencia frecuente, algunos más graves que otros. Ahí está el epicentro de la cuestión, hasta qué riesgos debería haber informado el médico, cuáles serán suficientes para que se entienda que el paciente se “entregó” conscientemente a las manos del especialista⁸⁴. Para un caso de atrofia testicular como resultado de una operación de vasectomía, en que la atrofia propiamente tal no es una consecuencia directa de la vasectomía (por lo tanto en principio no sería necesario informarla como un riesgo frecuente), sino que provino de una hemorragia durante la operación (riesgo frecuente según los peritajes), de la cual sí sería una consecuencia lógica⁸⁵, se consideró ambas complicaciones como necesariamente informables al paciente. Así las cosas, el Tribunal Supremo, condenando al médico que había obrado con la diligencia debida al operar, señaló que “es cierto que el deber de informar no tiene carácter absoluto y omnicompreensivo, pero obviamente se extiende a complicaciones ‘previsibles y frecuentes’ que, como las del caso, pueden acarrear el grave daño (colateral respecto del resultado perseguido con la operación) de pérdida por atrofia de un testículo, a lo que debe añadirse (ex abundantia) el aspecto, ya antes puesto de relieve, de que en la relación fáctica no consta una explicación concreta acerca del tratamiento del hematoma que dio lugar como ‘consecuencia lógica’ a la atrofia, por lo que si tal omisión no puede perjudicar en materia de tratamiento, tampoco puede ser utilizada en sentido contrario a modo de cortocircuito en materia de información pretendiendo sustentar la suficiencia de ésta en que la atrofia testicular no es un resultado normal de una vasectomía, lo que, por lo demás, es una obviedad porque la atrofia es una consecuencia de una complicación surgida durante la operación de vasectomía, y no de ésta”⁸⁶. Frente a este planteamiento, la doctrina, levemente sorprendida ante un criterio que

⁸⁴ Es evidente que si el médico al informar se dedica a enumerar detalladamente todas y cada una de las complicaciones posibles (sin bastar las probables), la medicina voluntaria vería reducido su mercado de forma considerable. Pocos serán los que se sometan a una operación (evitable) después que le reiteren de distintas maneras que el riesgo de muerte, malformación, parálisis, etc., existe (aunque bajo). No podemos olvidar que la medicina no deja todo en manos del médico, ni siquiera en las del más experto.

⁸⁵ Extendió esta vez el tribunal quizá en demasía el contenido deseable de la información.

⁸⁶ STS de 2 de julio de 2002. El actor en los hechos sólo habría obtenido información poco detallada acerca de la vasectomía de parte de un psicólogo de un Centro de Orientación Familiar.

transforma un riesgo infrecuente y excepcional en las vasectomías (no es un riesgo usual) en uno frecuente, asume la posibilidad de que el tribunal haya confundido la calificación del riesgo de sufrir una atrofia con el "de que en la zona intervenida se produzca una hemorragia, un hematoma o incluso una infección, complicaciones habitualmente descritas y cuya frecuencia"⁸⁷ es mayor, pero afirma que de todas formas de no haber caído en la imprecisión, probablemente el resultado del litigio habría sido el mismo.

Ante las distintas clasificaciones de los riesgos (típicos, atípicos y personalizados, graves y no graves, frecuentes o infrecuentes, etc.) y su inclusión o no como informables, se ha intentado fijar algunas reglas generales⁸⁸. Habrían de informarse en primer lugar los riesgos o complicaciones que sean "típicos de un tratamiento o intervención y que pueden calificarse de frecuentes" (no necesariamente los de mayor ocurrencia estadística entonces). Y en segundo lugar, aquellos que siendo "remotos o muy poco probables, cuando ocurren pueden producir un perjuicio grave". De todas formas, ante el peligro que implica exigir al médico (es casi imposible en algunas hipótesis) que informe todos y cada uno de los riesgos, derivándose en una información excesiva, es necesario acotar los límites de la información, estableciéndose un criterio uniforme al respecto (que se centre en el otorgamiento de la información "adecuada").

Cabe destacar que aunque se trata de una situación similar a la expuesta para el caso del nacimiento de hijos no deseados o con malformaciones, en que el vértice de la imputación radica en la información también, acá la carencia de información es vital a la hora de evitar o de asumir un riesgo, antes de someterse a una intervención. En cambio en el caso anterior la información es necesaria para el éxito o cumplimiento del objetivo propuesto (nacimiento de hijos no deseados, para que la esterilización sea efectiva), o para conocer con anticipación una situación inevitable (malformaciones), y actuar en consecuencia.

IV. Daños desproporcionados

En estricto rigor, la llamada doctrina de los "daños desproporcionados" no guarda relación con los supuestos especiales de daños en la responsabilidad médica, sino que es relativa a la carga de la prueba del nexo causal y la culpa del facultativo⁸⁹.

⁸⁷ Ribot Igualada, Jordi. "Comentario a sentencia de 2 de julio de 2002". En Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, octubre/diciembre 2002, N° 60, p. 1.171.

⁸⁸ Ribot Igualada, Jordi. "Comentario a sentencia de 2 de julio...", pp. 1.173 y sgtes.

⁸⁹ Es la magnitud del daño la que genera consecuencias en otros elementos de la responsabilidad.

En otras palabras, se pueden encuadrar aquí diversos supuestos de daños, sea cual sea su naturaleza y no amerita un tratamiento especial desde tal punto de vista. Pero de todas formas, considero apta esta oportunidad para dedicar algunas líneas al tema. Esta doctrina consiste en que por regla general, al ser la obligación que asume el médico una obligación de medios, es el paciente quien debe probar que la conducta del facultativo fue negligente o contraria a la *lex artis*. En los casos de daños desproporcionados, se presume la culpa del facultativo, invirtiéndose la carga de la prueba.

Se presenta en supuestos en que los daños son de tal magnitud que los tribunales han desprendido de tal circunstancia que la culpa debe ser necesariamente del médico. El Tribunal Supremo ha manifestado que "si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción"⁹⁰, aclarando de todas formas que la aplicación de esta doctrina no lleva a la objetivación de la responsabilidad médica⁹¹.

Lo trascendente es delimitar el término "daños desproporcionados", y hasta el momento no hay acuerdo absoluto en doctrina ni jurisprudencia. Se ha señalado que no es claro "qué debe entenderse por desproporción del daño, es decir, si equivale simplemente a un daño muy grave, significativo o catastrófico, o si equivale a un resultado anormal conforme a lo que es usual"⁹², resaltando que sólo en este último supuesto "las máximas de experiencia permitirían presumir la culpa de modo parecido al resto de los instrumentos de facilitación de la prueba, mas no en el primero, pues no es cierto que la mera producción de un daño muy grave presuponga en todo caso la existencia de culpa médica". En otras palabras, lo relevante es que el resultado dañoso sea anormal, más que extremadamente

⁹⁰ STS de 31 de enero del 2003. Al paciente le había quedado incontinencia anal parcial como secuela de una intervención quirúrgica de hemorroides sangrantes y fisura anal practicada por el cirujano demandado. La demanda había sido desestimada en ambas instancias, por no acreditarse la negligencia del médico. Llama la atención la opinión disidente (voto particular) en la sentencia que afirma que la doctrina en comento justifica la inversión de la carga de la prueba como una técnica correctora que exime al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa en los casos en que el daño sufrido "no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada", pero no puede calificarse como un resultado desproporcionado el daño no deseado o "insatisfactorio pero encuadrable dentro de los riesgos típicos de la intervención".

⁹¹ STS de 8 de mayo de 2003.

⁹² Luna Yerga, Alvaro. "Comentario a sentencia de 31 de enero de 2003". En Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, mayo/septiembre 2003, N° 62, p. 666. En sentido similar, Díaz-Regañón García-Alcalá, Calixto. "Comentario a sentencia de 8 de mayo de 2003". En Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, octubre/diciembre 2003, N° 63, p. 1.206.

grave. Esto porque sería injusto perjudicar al médico absolutamente diligente ante la agravación de una complicación frecuente y prevista, que por los azares de la naturaleza fue imposible controlar⁹³. De todas formas, debo reiterar que se trata aquí no de encontrar una nueva clase de daños, sino de un perjuicio que, por sus características, tiene directa influencia en la determinación de otros elementos de la responsabilidad.

V. Breve alcance sobre los daños futuros

A propósito del contagio de sida mediante la transfusión de sangre contaminada⁹⁴, se ha planteado la posibilidad de indemnizar a ciertos parientes⁹⁵ del paciente (hijos generalmente) por la posibilidad futura (e incierta, pero probable) de que su madre perezca como consecuencia de la enfermedad. La hipótesis que llama mi atención en esta oportunidad es aquella en que la víctima (del contagio) fallezca con posterioridad a la sentencia firme que establece la responsabilidad del o los facultativos involucrados en el contagio y le concede determinada indemnización. Vale decir, no hay duda acerca de la conducta negligente y de la relación de causalidad con el contagio de la enfermedad. Para los perjudicados con la muerte, ésta constituye un daño nuevo, distinto al contagio de la víctima en su oportunidad⁹⁶. Utilizando como ejemplo a un hijo respecto de su madre fallecida, en principio no vemos inconveniente en materia de legitimación, en su momento se indemnizó determinado perjuicio y ahora es otro, no hay "duplicidad de pagos" ni enriquecimiento sin causa. Cabe destacar que esta situación es distinta a la cual en que se indemnizan los "efectos futuros probables de un daño ya producido: por ejemplo, cuando se concede una indemnización a una persona lesionada calculando, ahora, las ganancias que va a dejar de percibir en el futuro como consecuencia del daño ya producido efectivamente"⁹⁷.

Dos son los principales inconvenientes que acarrea esta pretensión. El primero será acreditar que este daño efectivamente es una consecuencia directa

⁹³ En caso contrario, las cirugías coronarias que tienen un nivel de riesgo altísimo (a modo de ejemplo) serían practicadas por muy pocos facultativos. Esto porque de resultar en la muerte del paciente u otra complicación gravísima (pero probable), se presumiría su culpa.

⁹⁴ Y otros supuestos similares, así también como en los casos de responsabilidad por daños al medio ambiente.

⁹⁵ Lo que también plantea la problemática de los daños a terceros en estas clases de patologías (contagio, daños morales, etc.).

⁹⁶ Por el que eventualmente también podrían haber sido indemnizados.

⁹⁷ Parra Lucan, M^a Angeles. "Comentario a sentencia de 17 de octubre...", p. 346.

de la enfermedad contagiada en el pasado (la muerte puede haberse producido por otra enfermedad completamente desvinculada de la original). Y el segundo está íntimamente relacionado con la estabilidad de los ordenamientos jurídicos y la seguridad jurídica. En efecto, la prescripción será un arma importante, y me refiero principalmente al inicio del cómputo del plazo. ¿Cuándo se produce este nuevo daño? La respuesta lógica es con la muerte, pero no faltarán quienes pretendan que el daño en realidad se produjo con el contagio mismo, o en el momento en que la víctima pasó de portadora a enferma. La lógica señala que es con la muerte, dado que es tal el daño que estamos indemnizando, pero no deja de ser cierto que con los avances de la ciencia hoy en día, ésta puede producirse décadas después del contagio, lo que puede generar ciertos resquemores entendibles en la sociedad y en la comunidad médica.

BIBLIOGRAFIA

- Bañegil Espinosa, Adolfo; Salvador Crespo, Juan Ignacio. "Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica". En *Actualidad Civil*. 1º Trimestre de 1997, Tomo 1, prefijo VII, pp. 143-167.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. "Comentario a sentencia de 4 de febrero de 1999". En *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, abril/agosto 1999, N° 50, pp. 841-859.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. "Comentario a Sentencia de 7 de junio de 2002". En *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, abril/septiembre 2002, N° 59, pp. 857-865.
- Díaz-Regañón García-Alcalá, Calixto. "Comentario a sentencia de 8 de mayo de 2003". En *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, octubre/diciembre 2003, N° 63, pp. 1.191-1.209.
- Diez-Picazo y Ponce de León, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: 1999, Cívitas, 367 p.
- Domínguez Luelmo, Andrés. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Valladolid: Lex Nova, 2003, 700 p.
- Fernández Hierro, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*. Granada: Comares, 2000, 670 p.
- Galán Cortés, Julio César. "Responsabilidad civil médica". En Álvarez Sánchez, José Ignacio (dir.). *La responsabilidad civil profesional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 133-317.

- García Rubio, María Paz. "Comentario a sentencia de 20 de mayo de 1998". En Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, septiembre/diciembre 1998, N° 48, pp. 1.207-1.222.
- González Morán, Luis. La responsabilidad civil del médico. Barcelona: José María Bosch, 1990, 266 p.
- Llamas Pombo, Eugenio. La responsabilidad civil del médico: Aspectos tradicionales y modernos. Madrid: Trivium, 1988, 461 p.
- Luna Yerga, Alvaro. "Comentario a sentencia de 31 de enero de 2003". En Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, mayo/septiembre 2003, N° 62, p. 655-672.
- Luna Yerga, Alvaro. La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad. Navarra: Thomson Civitas, 2004, 616 p.
- Macía Morillo, Andrea. "Comentario a sentencia de 18 de diciembre de 2003". En Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, octubre/diciembre 2004, N° 66, pp. 1.023-1.040.
- Martin Casals, Miquel; Sole Feliú, Josep. "Comentario a Sentencia de 7 de junio de 2002". En Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, octubre/diciembre 2002, N° 60, pp. 1.097-1.121.
- Martin Casals, Miquel; Sole Feliú, Josep. "Comentario a Sentencia de 29 de mayo de 2003". En Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, enero/abril 2004, N° 64, pp. 193-218.
- Pérez del Leal, Rosana. Responsabilidad civil del médico. Tendencias clásicas y modernas. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995, 316 p.
- Parra Lucán, M^a Angeles. "Comentario a sentencia de 17 de octubre de 2001". En Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, enero/marzo 2002, N° 58, pp. 325-350.
- Ribot Igualada, Jordi. "Comentario a sentencia de 2 de julio de 2002". En Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, octubre/diciembre 2002, N° 60, pp. 1.159-1.183.
- Rodríguez López, Pedro. Responsabilidad médica y hospitalaria. Barcelona: Bosch, 2004, 371 p.
- Vicente Domingo, Elena. "El daño". En Reglero Campos, L. Fernando (coord.). Tratado de responsabilidad civil. Navarra: Aranzadi, 2002, pp. 201-283.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano. Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual. Madrid: Dykinson, 2001, 545 p.