

# **SOBRE EL DIAGNOSTICO PRENATAL COMO CAUSA DE RESPONSABILIDAD**

Por

**ANTONIO PÉREZ-TENESSA**  
Consejero Permanente de Estado

*SUMARIO: 1. Un dictamen polémico.—2. El síndrome del x-frágil.—3. El diagnóstico prenatal.—4. Sobre la licitud del diagnóstico prenatal.—5. Sobre la responsabilidad patrimonial derivada del diagnóstico prenatal.—6. La responsabilidad objetiva de la Administración por causa de diagnóstico prenatal erróneo.—7. Recapitulación.*

## **1. UN DICTAMEN POLÉMICO**

El hecho que motiva la publicación de este estudio es el reciente Dictamen del Consejo de Estado 3385/2000, de 21 de diciembre, recaído en un expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración General del Estado (Ministerio de Sanidad y Consumo) por deficiente asistencia sanitaria.

El referido dictamen se basa en los siguientes hechos:

— La señora N, cuyos tres hermanos varones nacieron deficientes mentales a causa de una etiología entonces no bien conocida, ha venido siendo objeto de una serie de estudios y análisis clínicos en el Hospital Ramón y Cajal de Madrid y —por encargo de éste— en el South Western Regional Cytogenetics Center de Bristol, a consecuencia de los cuales ya en 1980 se llegó a la conclusión de que la paciente tenía un 50 por 100 de probabilidades de ser portadora de una enfermedad hereditaria identificada con el nombre de «síndrome del x-frágil» (refiriéndose al cromosoma x) y los futuros hijos suyos un 25 por 100 de nacer enfermos.

— A sabiendas de esto, la paciente contrajo matrimonio en 1981 y, para evitar riesgos, optó por someterse a una operación de ligadura de trompas, rechazando la alternativa que le ofrecían en el propio Hospital Ramón y Cajal de abortar, en su caso, para poder analizar el feto. A pesar de la intervención quirúrgica quedó embarazada, pero un aborto natural frustró el nacimiento del hijo varón concebido.

— En 1990, la señora N contrajo nuevo matrimonio, fruto del cual tuvo una hija en 1991, que nació normal. En 1992, la señora vol-

vió a quedar embarazada, se le practicaron nuevos análisis que no dieron resultado positivo —en el sentido de que el feto estuviera afectado por dicho síndrome—, y el 9 de enero de 1993 dio a luz un hijo varón aparentemente normal; pero, poco a poco, se fueron manifestando en él los síntomas de la enfermedad hereditaria, que fueron confirmados como síndrome del x-frágil por análisis de octubre de 1996.

— Con fecha 2 de julio de 1997, la señora N y su esposo presentaron ante el Ministerio de Sanidad y Consumo, del que depende el Hospital Ramón y Cajal, una reclamación de responsabilidad patrimonial —al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1992— que cifraban en 214 millones de pesetas, por los daños físicos, las secuelas y los daños morales de su hijo V; por las limitaciones para la procreación que iba a soportar su hija H, y por los daños morales padecidos por los padres. Daños, todos ellos, que imputaban a la Administración por deficiente asistencia sanitaria, y en particular porque, según ellos, en uno de los análisis practicados a la señora N en abril de 1992 se padeció en el laboratorio del Hospital una equivocación en el etiquetado de las muestras, lo que condujo a un error de diagnóstico a causa del cual la ahora reclamante perdió la oportunidad de abortar.

El Dictamen del Consejo de Estado, sin entrar en el análisis de problemas de procedimiento y de valoraciones técnicas, que no hacen sino enturbiar el planteamiento, y sin descender a discutir la mayor parte de las alegaciones de los reclamantes, aborda directamente la cuestión de fondo y llega a la conclusión de que los daños invocados —que giran todos ellos en torno al nacimiento de un hijo deficiente mental— no son imputables en este caso a la Administración sanitaria por no estar acreditada la relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público, que en todo momento actuó con arreglo a la *lex artis ad hoc* y a los medios disponibles. Aun suponiendo que fuera cierto lo del error en el etiquetado de las muestras a analizar (error difícilmente comprobable cuatro años después) y aun suponiendo que la señora N hubiera tomado esta vez la decisión de abortar, si estaba dentro del plazo para hacerlo legalmente (opción que había rechazado años antes), todo eso no pasa de ser meras hipótesis que no autorizan a hacer responsable a nadie (tampoco a la Administración) de daños que no le son imputables.

Traemos a colación ese Dictamen, tan sucintamente expuesto, no para defenderlo —que no necesita de defensa alguna viniendo de donde viene— ni para criticar su tesis —ya que se ha tenido en él sumo cuidado en ceñirse al caso y no sentar doctrina sobre la eficacia jurídica del diagnóstico prenatal—, sino para aprovechar la oportu-

tunidad de exponer el estado de la cuestión, referida más concretamente al síndrome del x-frágil, con mayor amplitud y ropaje doctrinal de lo que permite un Dictamen del Consejo de Estado que, por regla general, ha de ser intenso y corto, sin hacerse eco de discusiones académicas ni de otros argumentos de autoridad distintos de la jurisprudencia.

Y, para ello, empezaremos por dar una somera idea de dicha enfermedad, a fin de que se sepa de qué estamos hablando.

## 2. EL SÍNDROME DEL X-FRÁGIL

Hasta hace unos años, muchos niños nacían con deficiencia mental y no se sabía por qué. En la década de los sesenta, partiendo del dato estadístico de que el riesgo de deficiencia mental era tres veces mayor en los hombres que en las mujeres, empezó a sospecharse del cromosoma x, ya que, si bien unos y otras tienen en sus células el mismo número de cromosomas (46), las mujeres tienen dos cromosomas x, lo que permite que la alteración de uno de ellos quede suplidada y disimulada por el otro.

Estas sospechas fueron confirmadas a finales de los años setenta por el Dr. Herbert Lubs, Director de la División de Genética Pediátrica en la Universidad de Miami (EE.UU.), quien identificó la enfermedad denominada síndrome del x-frágil, que procede de un defecto en la banda 27 del brazo largo del cromosoma x y es el causante de la mayoría de los casos de retraso mental hereditario (1). Igual que las otras enfermedades ligadas al cromosoma x, el síndrome del x-frágil afecta sobre todo a los hombres. Se estima que lo padecen uno de cada 4.000 varones y una de cada 8.000 mujeres. Un hombre x-frágil no puede transmitir la enfermedad a sus hijos varones, pero la pasa a cada una de sus hijas. En cambio, una madre portadora tiene un 50 por 100 de probabilidades de transmitirlo a cada uno de sus hijos, varón o hembra.

Años más tarde, en 1975, un científico australiano especializado en genética humana logró visualizar la alteración de forma más fiable: mediante una preparación especial se puede apreciar al microscopio el cromosoma x como si estuviera roto en un extremo; pero no fue sino hasta 1991 cuando se descubrió la mutación causante del síndrome. A partir de entonces, valiéndose de las pruebas de ADN, se pudo diagnosticar la enfermedad con más probabilidades de acierto;

---

(1) La forma más común de retraso mental es el síndrome de Down, que generalmente no está causado por factores hereditarios.

aun así, la mayoría de las personas que padecen esta enfermedad no han sido diagnosticadas y sigue siendo muy difícil reconocer clínicamente este síndrome en los fetos y en los recién nacidos. En los adultos, van apareciendo progresivamente los rasgos típicos de esta enfermedad que, hoy por hoy, es irreversible (2). No obstante, es cada día más frecuente recurrir como medida preventiva al diagnóstico prenatal.

### 3. EL DIAGNÓSTICO PRENATAL

El diagnóstico prenatal permite conocer desde la gestación las características del *nasciturus* (empezando por el sexo) y descubrir algunas de las anomalías que corre el riesgo de padecer desde su nacimiento. Se basa en diversas técnicas y plantea una serie de problemas jurídicos.

— Las técnicas utilizadas para el diagnóstico prenatal van desde la ecografía hasta las tomas de muestras de vellosidades coriales, del líquido amniótico (amniocentesis) o de sangre fetal del cordón umbilical, para someterlas a todo tipo de análisis. La ecografía tiene la ventaja de ser inocua para el feto, pero tiene el inconveniente de ser tardía (3) y de que sólo sirve para descubrir anomalías morfológicas (4). Las otras pruebas son más precoces y permiten identificar un amplio abanico de enfermedades congénitas infecciosas (como el SIDA) o de origen genético (como el síndrome del x-frágil, que es el que aquí interesa); pero, al ser «invasivas», tienen el riesgo de dañar al feto o de provocar el aborto. De ahí que mientras la ecografía goza de una amplia aceptación social —hasta el punto de que, en los países con suficiente cobertura sanitaria, es rara la mujer embarazada que no acuda al menos una vez a los centros de salud a hacerse una ecografía—, las otras pruebas se miran con más recelo y sólo se somete a ellas la mujer cuando tiene fundada sospecha de que el feto pueda estar afectado por una grave enfermedad que plantea a los padres la delicada disyuntiva de arriesgarse al nacimiento o de interrumpir voluntariamente el embarazo, antes de que sea tarde.

---

(2) Sobre estos aspectos técnicos, vid. IMSERSO, *El síndrome x-frágil. Fundación Nacional del x-frágil de Estados Unidos*, 2.ª ed., Madrid, 1999, y Ministerio de Asuntos Sociales, *Citogenética molecular del retraso mental ligado al cromosoma x*, Madrid, 1991.

(3) No se practica antes de la vigésima semana de embarazo.

(4) Recientemente, la prensa ha dado noticia de que en el Reino Unido se ha ensayado un nuevo escáner que permitirá obtener una imagen del feto en tres dimensiones, lo que facilitará a los médicos el descubrimiento de posibles anomalías, pero no más allá de las de carácter morfológico.

— Por esta razón, la investigación científica se dirige hacia la búsqueda de otras técnicas menos invasivas y más globales, entre las que destacan dos: el aislamiento de las células fetales que circulan en la sangre materna, para su ulterior análisis, lo que tendría gran aceptación por su facilidad e inocuidad; y el diagnóstico pre-implantatorio, que consiste en tomar una muestra de una célula del embrión (5) antes de que éste se implante en el útero materno, lo cual sólo es posible en los supuestos de fecundación *in vitro*. Lo que conviene destacar aquí es que, en el estado actual de la técnica, ni estas prácticas en vía de experimentación ni las que ya se aplican garantizan un diagnóstico plenamente fiable, aunque los espectaculares avances de la biología y, en particular, de la genética humana permiten alcanzar un porcentaje de aciertos cada vez mayor.

— Los problemas jurídicos que plantea el diagnóstico prenatal son su licitud y sus consecuencias a efectos de responsabilidad civil de los médicos y de responsabilidad patrimonial de la Administración pública titular de los centros de salud (6). De ellos vamos a tratar a continuación.

#### 4. SOBRE LA LICITUD DEL DIAGNÓSTICO PRENATAL

— Son pocos los países de nuestro entorno que tengan una legislación específica sobre el diagnóstico prenatal (7). Suele citarse como referencia la Ley francesa 94/654, de 29 de julio, de modificación del Código de la Sanidad, según la cual se entiende por diagnóstico prenatal las prácticas médicas que tengan como finalidad detectar *in útero*, en el embrión o en el feto, una enfermedad especialmente grave. A estos efectos, se entiende por enfermedad especialmente grave la que pueda justificar legalmente la interrupción voluntaria del embarazo. Las pruebas deberán realizarse en establecimientos sanitarios y laboratorios expresamente autorizados, y deberán ir precedidas de una consulta médica de asesoramiento genético.

— A falta de legislación específica, la licitud del diagnóstico prenatal viene condicionada por unos criterios establecidos o recomendados por los Comités Nacionales de Bioética o por instancias supranacionales como la UNESCO (8) o el Consejo de Europa (9). Estos criterios se refieren a los siguientes aspectos:

- 
- (5) Células que en ese momento pueden calificarse de multipotenciales o células madre.
  - (6) Dada la naturaleza de este estudio, dejamos de lado otros aspectos sociales y financieros de estos tratamientos.
  - (7) En adelante, no incluimos en este concepto la simple ecografía.
  - (8) Informe del Comité Internacional de Bioética de 29 de agosto de 1994.
  - (9) Recomendación del Consejo de Ministros núm. (90) 13, de 21 de junio de 1990.

*Finalidad.* El diagnóstico prenatal sólo debe practicarse con fines terapéuticos. Queda descartada su utilización encaminada a la eugenesia —que es el riesgo principal de estas pruebas—, así como a la selección de fetos cuyas características no sean del agrado de los padres (la llamada elección de niños «a la carta»).

*Riesgo patológico.* Ha de existir un factor de riesgo objetivo, como puede ser la edad de la madre (a partir de los 35 años), los antecedentes familiares de enfermedades hereditarias o de minusvalías, anomalías genéticas detectadas en la pareja, la detección de una malformación en el feto revelada por la ecografía, etc.

*Consentimiento libre.* A nadie se le puede someter a estas pruebas sin su consentimiento libre e informado, es decir, prestado con conocimiento de causa. Se rechaza, por tanto, cualquier programa coactivo masivo, salvo para la detección de determinadas enfermedades endémicas mediante pruebas sanguíneas gratuitas (10).

— En España hay una Ley que trata expresamente del diagnóstico prenatal. Nos referimos a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre reproducción asistida humana (11). Según su artículo 12.2, toda intervención sobre el embrión en el útero con fines diagnósticos sólo es legítima si tiene por objeto el bienestar del *nasciturus* y el favorecimiento de su desarrollo, o si está amparada legalmente. Esta limitación a favor del *nasciturus* no afecta a las técnicas de diagnóstico prenatal que no actúan directamente sobre el embrión, aunque tengan algo de invasivas, como pueden serlo las tomas de muestras del líquido amniótico o de sangre del cordón umbilical. De ahí se desprende:

- que está permitido en España el diagnóstico prenatal;
- que no cualquier técnica es lícita; y
- que en todo caso se requiere prescripción facultativa y el consentimiento informado de la madre (12).
- El hecho de que sea lícito no significa que sea obligatorio ni para la madre ni para los centros de salud.

Un supuesto específico de diagnóstico prenatal es el de la intervención sobre el pre-embrión *in vitro* —en los casos de reproducción

---

(10) En Europa es frecuente exigir el reembolso de costes de la mayor parte de los diagnósticos prenatales.

(11) Indirectamente, también puede ser aplicable al caso la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, sobre todo su capítulo II.

(12) Bajo estas condiciones, la prestación está cubierta por la Seguridad Social.

asistida—, que no podrá tener otra finalidad que la de valorar su viabilidad o la detección de enfermedades hereditarias a fin de tratarlas, si es posible, o de desaconsejar la implantación del pre-embrión en el útero (13).

##### 5. SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DERIVADA DEL DIAGNÓSTICO PRENATAL

Esta es la cuestión principal de nuestro estudio. Todo lo expuesto hasta aquí son puros antecedentes.

Al hablar de responsabilidad patrimonial nos referimos tanto a la que se exige por la vía civil, al amparo de los artículos 1902 a 1904 del Código Civil, como a la que se funda en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. La diferencia fundamental entre una y otra es que la de carácter civil requiere, como elemento determinante, la culpabilidad; mientras que la responsabilidad patrimonial administrativa es objetiva y basta para declararla con que el daño alegado sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público.

Sobre esta materia hay dos sentencias —de diferente signo— de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

— En la primera de ellas, la de 6 de junio de 1997, se trataba de una señora que estando embarazada y en situación de alto riesgo, tanto por razón de su edad cuanto por haber tenido ya un hijo deficiente mental, se sometió en el Hospital Clínico Universitario de Valencia (dependiente del Servicio Valenciano de Salud) a la prueba de amniocentesis, cuyo resultado no se le notificó a la paciente —a pesar de sus requerimientos— hasta una fecha en la que no era posible legalmente la interrupción voluntaria del embarazo, y le nació el hijo con el síndrome de Down (mongolismo). El Tribunal Supremo, estimando que «ha habido acción médica negligente, un perjuicio gravísimo y una relación causal entre ambos acontecimientos» e invocando el principio de confianza legítima (14), declara la responsabilidad civil solidaria del facultativo actuante y del Servicio Valenciano de Salud, si bien, al cuantificar el daño, se enreda en sutilezas jurídicas discutibles sobre cuál es el daño indemnizable (nacimiento del hijo,

---

(13) Artículo 12.1 de la Ley 35/1988.

(14) Cita expresamente la Sentencia de 6 de julio de 1995 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Primera Instancia.

padecimiento moral de la madre, pérdida de la oportunidad de abortar, etc.), tal vez porque parte de la idea de que se está en el supuesto que la jurisprudencia americana califica de *wrongful-life* (mala calidad de vida) cuando en realidad se trata de un *wrongful-birth* (nacimiento no deseado), ya que la demandante es la madre, en nombre propio.

— La segunda sentencia es de 4 de febrero de 1999 y trae su origen de la demanda presentada, al amparo de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, por un matrimonio contra la doctora D del Ministerio de Sanidad y Consumo y el Insalud alegando que la actora acudió en 1990 al hospital de Béjar a consulta ginecológica por hallarse embarazada; se le hicieron periódicamente una serie de pruebas y se diagnosticó un embarazo normal; a pesar de lo cual, la niña que nació en junio de 1991 sufría múltiples anomalías congénitas, daño imputable según los recurrentes a la doctora que trató a la paciente (por negligencia profesional) y a la Administración sanitaria (por deficiente asistencia), cuyas actuaciones privaron a la demandante del ejercicio legítimo de su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Solicitaban una indemnización de 200 millones de pesetas. La Sala desestimó el recurso y confirmó la sentencia de la Audiencia, fundándose en que la actuación médica se adaptó en todo momento a la *lex artis ad hoc*, es decir, a la conducta exigible a un médico en las circunstancias clínicas y técnicas del centro donde presta sus servicios; en que no se ha demostrado la relación de causa a efecto entre la actuación médica y el nacimiento de una niña con malformaciones; en que la afirmación de que, de haber sido informada a tiempo, la madre hubiera tomado la decisión de interrumpir el embarazo no pasa de ser una simple hipótesis; y en que, al no haber un derecho a abortar, la pérdida de la oportunidad de hacerlo no es un daño (una lesión antijurídica), como tampoco lo es el nacimiento *per se*.

Aunque una y otra sentencia llegan a conclusiones diferentes, no puede decirse en rigor que sean contradictorias, ya que la diferencia radica en la valoración de los hechos; pero su argumento refleja unos planteamientos doctrinales muy distintos (15).

Hasta aquí el estado de la jurisprudencia civil más reciente sobre la materia. Ahora, en otro apartado, vamos a analizar la cuestión desde el punto de vista de los artículos 139 y siguientes de la Ley

---

(15) Un análisis comparativo de ambas sentencias se encuentra con más detalle en «Revista de Derecho y Genoma Humano», jurisprudencia, por el Dr. Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ, Bilbao, 1999, págs. 117 y ss.

30/1992, de 24 de noviembre, relativos a la responsabilidad patrimonial de la Administración, que es lo que para nuestro objeto más directamente nos interesa.

#### 6. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACIÓN POR CAUSA DE DIAGNÓSTICO PRENATAL ERRÓNEO

Según el artículo 139 de la citada Ley 30/1992, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados, por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Son tres, por tanto, los requisitos que deben concurrir: 1.º que se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado; 2.º que ese daño sea consecuencia del funcionamiento del servicio público, y 3.º que no se deba a fuerza mayor ni se tenga el deber jurídico de soportarlo. La prueba de los hechos corresponde al reclamante.

— *El daño*. Se entiende por daño toda lesión antijurídica en los bienes o derechos de una persona.

¿Cuál es el daño cuya indemnización se pretende en los supuestos de error de diagnóstico prenatal? Las respuestas que se dan, y las correspondientes pretensiones que se formulan, son muy diversas: el nacimiento de un hijo no deseado (*wrongful-birth*), la minusvalía o mala calidad de vida del nacido (*wrongful-life*), la privación del derecho a abortar, la pérdida de una oportunidad, etc., cada una de las cuales requiere su análisis (16).

Según la doctrina más autorizada (17), el nacimiento de un hijo, en cualesquiera circunstancias, no constituye *per se* un daño, y si lo fuera, sus progenitores tendrían el deber de soportarlo a tenor de lo dispuesto en el artículo 154.1.º del Código Civil. Pensar de otro modo repugna a la naturaleza de las cosas.

---

(16) Sobre todas estas cuestiones, vid. N. LENOIR, Presidenta del Comité Jurídico Internacional de Bioética de la UNESCO, *Aspectos jurídicos y éticos del diagnóstico prenatal*, en «Revista de Derecho y Genoma Humano», núm. 3/1995, Bilbao.

(17) Invocada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de febrero de 1999, antes citada.

La minusvalía y la consiguiente mala calidad de vida del nacido sí son un daño en el que éste no ha tenido ninguna intervención, daño que se traduce en gastos de asistencia, en perjuicios económicos derivados de su situación y, casi siempre, en algún sufrimiento moral; daños que de ordinario repercuten en los padres o familiares más próximos. Y aunque los daños morales están literalmente excluidos del ámbito de aplicación del artículo 139 de la Ley 30/1992 —por no ser evaluables económicamente ni tener precio—, una reiterada y generosa jurisprudencia los ha venido declarando indemnizables y, en la práctica, los reclamantes prefieren invocar daños morales porque no hay que probarlos —ya que se presumen— y porque se prestan a una evaluación fabulosa.

La privación del derecho a abortar, invocada como daño indemnizable, nos lleva a la cuestión previa de si existe un derecho al aborto. En nuestro ordenamiento jurídico, no. El artículo 15 de la Constitución proclama el derecho a la vida (18) como uno de los derechos fundamentales, que los poderes públicos tienen el deber no sólo de reconocer, sino de proteger (19). El Código Penal, partiendo de esa idea de que la vida humana es un valor que debe protegerse desde el principio, tipifica y sanciona el aborto como delito (20). Y el Tribunal Supremo ha declarado en más de una ocasión que no existe un derecho al aborto (21). Otra cosa es que en determinados supuestos, por razones terapéuticas, éticas o eugenésicas, la ley despenalice el aborto (22), pero esa no penalización no puede calificarse de «causa de justificación», sino de lo que SILVELA calificaba de «excusa absolutoria» (23). A los penalistas les corresponde profundizar más en esta idea, pero lo cierto es que en España no existe un derecho al aborto y, por tanto, no puede invocarse como daño indemnizable la lesión de ese «derecho», que no es tal sino una simple oportunidad.

La pérdida de esa oportunidad, en cambio, sí puede calificarse de daño indemnizable (24). El Consejo de Estado, en numerosos dictámenes relativos a responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ha calificado de daño in-

(18) Dejamos aparte la cuestión biológica de cuándo empieza la vida humana.

(19) STC 53/1985, de 11 de abril.

(20) Artículos 144, 145 y 146.

(21) Así se recuerda en la Sentencia (Sala Primera) de 4 de febrero de 1999.

(22) Ley orgánica 9/1985, de 5 de julio.

(23) La causa de justificación elimina la antijuricidad por la concurrencia de un interés preponderante —por ejemplo, en el conflicto entre la vida de la madre y la del hijo— o por la ausencia de interés. Nuestro Código Penal (art. 145) se limita a establecer que en determinados casos *no será punible* el aborto.

(24) Vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil*, «La Ley», 15 de junio de 1998.

demnizable la pérdida de una oportunidad procesal (25) —y eso *mutatis mutandis* es trasladable a la pérdida de la oportunidad legal de abortar—, si bien ha advertido siempre, a la hora de cuantificar el daño, que no es equiparable a la pretensión deducida en juicio (26). Y, aun prescindiendo por un momento del rigor sistemático, conviene apuntar aquí que la pérdida de la oportunidad legal de abortar sólo será imputable a la Administración cuando ésta haya obstaculizado esa posibilidad o cuando la paciente no la haya ejercitado por confiar en un diagnóstico prenatal erróneo, en virtud del principio de confianza legítima. Pero todo esto donde encaja es en la cuestión siguiente.

— *La relación de causalidad.* El segundo requisito es que el daño alegado sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público; es lo que se llama la relación de causalidad.

La relación de causalidad, ampliamente tratada por los penalistas (27), no es un concepto jurídico, sino lógico, un modo de conocer y explicar el mundo sensible que nos rodea; supone una concatenación tal entre un hecho (la causa) y un resultado (el efecto) que no puede suprimirse *in mente* aquélla sin que desaparezca también el efecto: *sublata causa, tollitur effectus*, dice el aforismo (28). La causa se convierte así en *condicio sine qua non* del resultado. Esta categoría mental apriorística, aunque corroborada por la experiencia, no se aplica por igual a los fenómenos físicos y a aquellos en los que interviene la conducta humana, salvo que se parta del más absoluto determinismo. Y así, por ejemplo, en Derecho Penal —al que hemos aludido antes—, donde la relación de causalidad es uno de los elementos determinantes de la responsabilidad en los delitos de resultado (29), se discute sobre si a estos efectos todas las condiciones son iguales (teoría de la equivalencia) o si sólo hay que tener en cuenta las condiciones relevantes (teoría de la adecuación) (30).

En materia de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración, la jurisprudencia del Tribunal Supremo parte de la teoría de la equivalencia o *condicio sine qua non* (31) y exige que el nexo causal sea directo, inmediato y exclusivo (32). Sin embargo, no fal-

(25) Dictamen núm. 3108/1999, de 14 de octubre.

(26) Dictamen núm. 3167/1999, de 17 de diciembre.

(27) Vid. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, I, Madrid, 1935, págs. 202 y ss.

(28) Dictamen del Consejo de Estado núm. 3644/1997, de 19 de febrero de 1998.

(29) Son delitos de resultado aquellos en los que la acción ha de producir un resultado distinto del movimiento corporal.

(30) Por ejemplo: la hora en que se ha cometido el delito puede ser o no relevante.

(31) STS de 25 de enero de 1997 (Sala Tercera), entre otras muchas.

(32) SSTC de 20 de octubre de 1980, 10 de junio de 1981, 6 de febrero de 1986, 10 de febrero de 1998, etc.

tan sentencias en las que, además de exigir que el hecho causal sea *condicio sine qua non*, se requiere su idoneidad para producir aquel resultado concreto (33) o en las que no se excluye la posibilidad de que la relación causal «pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes» (34), concurrencia (frente a «exclusividad») que se aprecia en general cuando la Administración ha creado una situación de riesgo y el accidentado ha cometido una imprudencia.

Debe advertirse —aun dándolo por sabido— que el reconocimiento del nexo causal es casi siempre una cuestión de prueba, cuya valoración corresponde al tribunal de instancia; por eso no hay una jurisprudencia específica para los supuestos de error de diagnóstico. El Consejo de Estado, en cambio, que no tiene esa limitación procesal, ha sentado una doctrina ya consolidada que se expresa en estos términos:

«En los casos de diagnóstico, los tribunales han resaltado, para declarar la responsabilidad, no el hecho objetivo del error de diagnóstico, sino la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles en el establecimiento sanitario para llegar al *diagnóstico adecuado*, posibilitando la correcta valoración de aquellos síntomas que pueden enmascarar otras enfermedades o patologías al margen de las supuestas inicialmente. Ni el defectuoso diagnóstico ni el error médico son por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes de diagnóstico y que se actuó con la debida diligencia» (35).

O, como con más propiedad suele decirse, si se actuó con arreglo a la *lex artis ad hoc*, que es el nivel asistencial exigible desde el punto de vista científico y técnico en el momento —y lugar (36)— en que se realiza la actuación médica (37).

Lo cual pone de manifiesto que, en los supuestos de error de diagnóstico, lo que cuenta para determinar la relación de causalidad y la consiguiente responsabilidad es la *adecuación* de los medios (*condicio relevante*), pues el diagnóstico en sí mismo no es nunca la causa del resultado y menos todavía cuando se trata de enfermeda-

(33) STS de 13 octubre 1998 (Sala Tercera).

(34) STS de 6 mayo 1999, que se remite a otras anteriores como las de 20 octubre 1980, 10 junio 1981, 6 febrero 1996, 10 febrero 1998, todas ellas de la Sala Tercera.

(35) Dictamen núm. 3759/2000, de 25 enero 2001.

(36) Esto lo añadido yo.

(37) Dictamen núm. 3754/2000, de 25 enero 2001.

des hereditarias e incurables —de difícil averiguación previa— como el síndrome del x-frágil. Por eso, en el Dictamen del Consejo de Estado que ha servido de pretexto a este trabajo se dice:

«Con diagnóstico acertado o sin él; con equivocación en el etiquetado de la muestra extraída en 1992 o sin ella, los dos hijos hubieran padecido la misma enfermedad; y aunque los médicos hubieran tenido la absoluta certeza de que eso iba a ocurrir, no hubieran podido hacer nada por evitarlo, porque la causa de la lesión física, de sus secuelas y de los consiguientes daños morales no estaba en el funcionamiento del servicio médico (38) sino en la enfermedad hereditaria» (39).

En cambio, el error de diagnóstico prenatal sí puede ser causa decisiva para la pérdida de la oportunidad de interrumpir voluntariamente el embarazo; pero eso —como hemos dicho más arriba— tiene otro planteamiento (es el típico *wrongful-birth*), otra comprobación y otra valoración económica. Sobre este punto no está de más recordar aquí, aunque no sea un argumento jurídico, lo que se dice en el capítulo VI del *Material educativo de la Fundación Nacional del x-frágil de Estados Unidos* (40); después de señalar la relativa fiabilidad del diagnóstico prenatal del síndrome del x-frágil, se añade (pág. 71): «Cuando una familia sabe que tiene el riesgo de transmitir un trastorno genético de importancia clínica, puede que decida NO tener descendencia o inclinarse por la adopción. Además, ni el diagnóstico prenatal ni las alternativas disponibles (nacimiento de un niño afectado o interrupción del embarazo) son opciones aceptables para algunos portadores del x-frágil y sus familias».

— *Causas de exclusión.* Es el tercer requisito, pero de carácter negativo. Son causas de exclusión de la responsabilidad patrimonial la fuerza mayor y el deber jurídico de soportar el daño (41), circunstancias poco frecuentes en los supuestos de asistencia sanitaria y menos todavía en los de error de diagnóstico prenatal.

En cuanto a la fuerza mayor, una reiterada jurisprudencia exige no sólo que obedezca a un acontecimiento imprevisible e inevitable,

---

(38) Que actuó en todo momento —se dice en otro párrafo— conforme a la *lex artis ad hoc*.

(39) Dictamen núm. 3385/2000, de 21 de diciembre.

(40) Publicado en España, bajo la dirección de Feliciano J. RAMOS, por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999.

(41) Artículos 139.1 y 141.1 de la Ley 30/1992.

sino también que tenga su origen en una fuerza extraña al ámbito de actuación del agente (42), como pudiera serlo un terremoto o un corte prolongado del suministro eléctrico.

Sobre el deber jurídico de soportar el daño, en materia de asistencia sanitaria en general (incluido el diagnóstico prenatal), ha declarado el Tribunal Supremo que la prestación del consentimiento informado no obliga a la paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada, entendiéndose por tal la que no se ajusta a la *lex artis ad hoc* (43).

— *La prescripción.* Por regla general, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (44), plazo que, además de interrumpirse por actuaciones judiciales o administrativas, debe computarse con flexibilidad, pues, como ha declarado el Tribunal Supremo (45), «la prescripción como limitación al ejercicio tardío de los derechos, en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una interpretación rigorista por tratarse de una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo» (46).

Este criterio adquiere singular relevancia en los supuestos de reclamación por deficiente asistencia sanitaria o por error de diagnóstico, en los que los efectos lesivos pueden tardar mucho tiempo en manifestarse. Ya la propia Ley 30/1992 (art. 142.5) dispuso —frente a la rigidez del régimen jurídico anterior— que, en el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, criterio flexible, de difícil aplicación en la práctica, que no puede dejarse al arbitrio de los interesados y tampoco puede derivar de hecho en la imprescriptibilidad de la acción (47). Habrá que estar en cada caso a una razonable ponderación de los hechos.

## 7. RECAPITULACIÓN

El diagnóstico prenatal, incluso con técnicas «invasivas» que no afecten directamente al feto, es lícito, siempre que se haga en centros

---

(42) STS de 11 mayo 1999 (Sala Tercera).

(43) STS de 10 octubre 2000 (Sala Tercera).

(44) Artículo 142.5 de la Ley 30/1992.

(45) STS de 22 de marzo de 1985.

(46) Vid. también Dictamen del Consejo de Estado núm. 242/1999, de 15 de abril.

(47) Dictamen del Consejo de Estado núm. 1999/1998, de 25 de junio.

autorizados, por personal facultativo especializado y en beneficio del *nasciturus* o con finalidades terapéuticas.

No es obligatorio ni para la gestante ni para el centro asistencial, aunque está recomendado en situaciones de riesgo de enfermedad genética o derivado simplemente de la edad de la mujer embarazada, y figura entre las prestaciones de la Seguridad Social. En todo caso, se requiere el consentimiento informado.

El error en el diagnóstico prenatal puede ser causa de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, cuando no se hayan aplicado las técnicas adecuadas con arreglo a la *lex artis ad hoc* o incluso cuando por la defectuosa información se haya perdido la oportunidad de interrumpir legalmente el embarazo, siempre que se den los demás requisitos que exige la ley.

Para apreciar si concurren esos requisitos propios de la responsabilidad objetiva de la Administración debe tenerse en cuenta que el nacimiento *per se* no es un daño, que no existe en nuestro ordenamiento un derecho al aborto, que el derecho constitucional a la protección de la salud no garantiza el resultado, sino la adopción de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, y que no se puede declarar la responsabilidad con base en meras hipótesis.

Este rigor es más necesario cuando se trata de enfermedades congénitas e incurables, de difícil detección preventiva en el estado actual de la ciencia y con escasa fiabilidad de los diagnósticos, como ocurre con el síndrome del x-frágil.

La aplicación rigurosa de la ley en estos casos no significa ser insensible a la penosa situación de los reclamantes; pero una cosa es el sentimiento y otra la justicia. En materia de responsabilidad patrimonial de la Administración —cuya declaración es un acto de justicia— no cabe dejarse llevar de la compasión ni de la generosidad, con cargo a los caudales públicos. Los pacientes, y más si son minusválidos, merecen toda la asistencia social que sea posible. Lo que no puede ni debe hacerse es declarar responsable a nadie (tampoco a la Administración) de unos daños que no le son imputables.

