



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultade de Dereito

Traballo de
fin de grao

Neglixencia médica
nun caso de
aneurisma cerebral

Helga Taboada López

Titor/a: Eloy Gayán

Grao en Dereito e ADE

Ano 2017

ABREVIATURAS.

A.N.-	Audiencia Nacional
A.P.-	Audiencia Provincial
C.C.-	Código civil
C.C.A.A.-	Comunidad Autónoma
C.E.-	Constitución Española.
C.P.-	Código Penal.
F.J.-	Fundamento Jurídico
LEC.-	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
L.G.S-	Ley General de Sanidad
L.O.-	Ley Orgánica.
L.O.P.D.-	Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal
L.O.P.J.-	Ley Orgánica del Poder Judicial.
L.R.J.C.A.-	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
P.P.-	Páginas
R.D.-	Real Decreto
S.A.N.-	Sentencia Audiencia Nacional.
S.A.P.-	Sentencia Audiencia Provincial
S.S.T.E.D.H.	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
S.T.S.-	Sentencia del Tribunal Supremo.
T.C.-	Tribunal Constitucional
T.S.-	Tribunal Supremo

ÍNDICE

SUPUESTO.....	4
CUESTIONES.....	4
RESOLUCIÓN.....	5
I. SECRETO PROFESIONAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN	5
INTRODUCCIÓN	5
i. ¿Qué argumentos puede alegar el doctor Vázquez para justificar que no informó a la familia?7	
• NORMAS ORIENTADAS A LA PROTECCIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL	7
○ ÁMBITO CONSTITUCIONAL.....	7
○ ÁMBITO ADMINISTRATIVO-SANITARIO.....	9
○ ÁMBITO PENAL.....	11
○ ÁMBITO CIVIL.....	12
ii. ¿Cómo puede justificar el doctor Vázquez que informó de la gravedad de la enfermedad a doña Carmen?	14
• DEBER DE INFORMAR	14
• CONSENTIMIENTO INFORMADO	19
CONCLUSIONES.....	21
II. ILÍCITOS, TRIBUNAL, PROCEDIMIENTO Y LEGITIMACIÓN PASIVA.	24
INTRODUCCIÓN	24
i. POSIBLES ILÍCITOS:.....	26
▪ FALTA DE INFORMACIÓN.....	26
▪ OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO	27
▪ INOSERVANCIA DE PROTOCOLOS.....	27
▪ ALTA PREMATURA.....	28
▪ DESCONECTAR.....	29
▪ IMPRUDENCIA	30
ii. TRIBUNALES y PROCEDIMIENTOS.....	31
• RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.....	31
• RESPONSABILIDAD PENAL	34
• RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA	35
• RESPONSABILIDAD DEONTOLÓGICA	35
CONCLUSIONES.....	36
III. VALIDEZ INSTRUCCIONES PREVIAS.....	38
INTRODUCCIÓN	38
i. INSTRUCCIONES PREVIAS	39
CONCLUSIONES.....	41
IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA.....	43
CONCLUSIONES.....	44
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	46
BIBLIOGRAFÍA	47

SUPUESTO

Negligencia médica en un caso de aneurisma cerebral

Carmen tiene 54 años, es viuda y vive en A Coruña con sus dos hijas, Juana y María, de 18 y 22 años respectivamente. Como hace tiempo que tiene cefaleas, decide acudir a Urgencias del CHUAC para consultarlas, sin avisar a sus hijas. En el hospital el doctor Vázquez le realiza un tac craneal, y detecta un aneurisma cerebral de 2,5 cm., por lo que avisa al neurocirujano de guardia, el doctor Seco, y al neurólogo de guardia, el doctor Fandiño, para su valoración. Ambos deciden que la embolización es la mejor opción, pero como es fin de semana y no tienen camas le dan el alta, pendiente de llamarla para realizar el procedimiento.

Carmen no quiere preocupar a sus hijas, y por ello no les comenta nada y decide esperar a que la llamen para contarles que tiene que ingresar.

Al ser otoño y temporada de gripe no hay disponibilidad de camas en el hospital, por lo que no se avisa a la paciente. Pasadas tres semanas Carmen sufre un nuevo episodio de cefalea y entra en coma. Sus hijas llaman al 061, que tarda 20 minutos en llegar. A su llegada la paciente sigue en coma y respira con dificultad, por lo que deciden conectarla a un respirador y trasladarla al hospital. Una vez allí se le hace un tac craneal y se informa a su familia de que tiene una hemorragia cerebral masiva debido al aneurisma y de que presenta muerte cerebral.

Carmen había hecho un testamento vital (documento de instrucciones previas) en el que dejaba claro que bajo ningún concepto quería que, llegado el caso, fuese desconectada de la respiración asistida o de cualquier otro procedimiento que le prolongase la vida, pues creía que podrían existir más adelantos en un futuro y que podría seguir viviendo. Los médicos informan a la familia de que van a desconectarla, pues no hay posibilidades de supervivencia. Finalmente, en contra de la familia, se desconecta la respiración asistida.

CUESTIONES

1. Juana decide emprender acciones legales contra el doctor Vázquez, que atendió a su madre el primer día y no les informó de que su madre estaba en urgencias ni de la gravedad de su dolencia. ¿Qué argumentos puede alegar el doctor Vázquez para justificar que no informó a la familia? ¿Cómo puede justificar el doctor Vázquez que informó de la gravedad de la enfermedad a doña Carmen?
2. María decide acudir a un abogado, pues cree que su madre ha sido víctima de una negligencia médica y quiere que le informe de los cauces legales a seguir. Si usted fuese su abogado, ¿contra quién emprendería acciones legales?; ¿ante qué tribunal?; ¿mediante qué procedimiento?; ¿podría imputarle algún ilícito? En caso afirmativo, ¿cuál o cuáles?
3. Con respecto al *documento de instrucciones previas*, ¿qué validez legal tiene en este supuesto? Pese a la voluntad en contra de la paciente y de su familia, ¿pueden los médicos retirar el soporte de respiración asistida?
4. En caso de que María emprenda acciones legales contra los médicos o a la administración y obtenga una indemnización, ¿debería repartir el importe con su hermana Juana?

RESOLUCIÓN

I. SECRETO PROFESIONAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN

INTRODUCCIÓN

Dentro de la actuación de los profesionales médicos existen una serie de normas y deberes, inspirados en unos principios básicos de respeto a la vida, a la integridad de las personas y al mantenimiento de la salud individual y colectiva.

La regulación tanto ética como legal de la actividad profesional del médico se ha plasmado en diversos Códigos de Ética Internacionales, sin embargo, tan sólo les obligan en conciencia, y sólo, ante los tribunales propios de los colegios oficiales, donde se reputarán como faltas disciplinarias, pero que en ningún caso serán exigibles del mismo modo que lo son las leyes civiles y penales.

En el **Código de Deontología Médica de 2011** en el artículo 1 se expone que *la Deontología Médica es el conjunto de los principios y reglas éticas que deben inspirar y guiar la conducta profesional del médico*. Y en el preámbulo del **Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina, elaborado por el Consejo de Europa (Convenio de Oviedo suscrito el 4 de abril de 1997)** se indica que teniendo en cuenta diversos Convenios y Cartas sobre las libertades y derechos, así como los rápidos avances de la biología médica, las normas en el contempladas pretenden garantizar la dignidad del ser humano así como los derechos y libertades fundamentales de la persona.

En España es la legislación específica, la doctrina y la jurisprudencia elaborada en torno a esas normas legales así como por aplicación de las mismas, la que marcará el desarrollo de los temas referentes a los derechos de los pacientes y las obligaciones de los médicos, siendo la **Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad** y la **Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica**¹ las más importantes.

Cada vez existe una concienciación mayor, por parte de los profesionales, de extremar el cumplimiento de sus obligaciones, para no sólo actuar adecuadamente, sino también para afrontar con más garantías de éxito las reclamaciones judiciales. Además, es preciso destacar que la naturaleza jurídica de la obligación del médico es una obligación de medios², algo ya reiterado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, entendiendo que la obligación que le une al paciente consiste en procurarle al mismo los medios³ y cuidados que sean precisos para conseguir su recuperación, pues no se puede garantizar en ningún caso un resultado específico, debiendo suministrarle la información en cuanto sea posible al paciente o a sus familiares del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos (especialmente en intervenciones quirúrgicas) así como la continuidad hasta el alta.

¹ Su objeto es definido en el artículo 1, el cual será *la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica*.

² Es a partir sobre todo de la STS nº778/2009 cuando se establece que *“la distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico”*.

³ Entre otras: STS RJ 2010/138, RJ 2008/4045, RJ 2009/4323.

Por último y antes de comenzar con el estudio del supuesto es necesario diferenciar cuatro conceptos que se encuentran muy próximos entre sí, y que serán fundamentales para la resolución del mismo⁴.

- **Intimidad**: es el **ámbito** en el que los seres humanos gestionan libre y privadamente su mundo de valores (religiosos, filosóficos, culturales, políticos, higiénicos, sexuales, económicos, etc.) y todo lo que tiene que ver, directa o indirectamente, con ellos.
El derecho a la intimidad protege la intromisión no deseada de otras personas en ese espacio sin consentimiento expreso del interesado.
La STC 142/1993, señala que *el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstenerse de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos*⁵.
- **Confidencialidad**: es el **derecho** de las personas a que aquellos que hayan entrado en conocimiento de datos íntimos suyos, no puedan revelarlos ni utilizarlos sin su autorización expresa.
La relación entre intimidad y confidencialidad reside en que la primera es el bien jurídico protegido mediante la observancia de la segunda.
El Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶ establece que el respeto al carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención, debiendo la legislación interna prever las garantías apropiadas.
- **Secreto**: es el **deber** de las personas que conocen ciertos datos de otras de no revelarlos sin su consentimiento o sin habilitación legal.
Según la STS 574/2001 *por secreto ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine*.
- **Secreto médico** es el **deber profesional** que nace del ejercicio de la profesión médica, y es la suma del secreto natural y del confiado, es natural por cuanto interviene algo cuya revelación redundaría en perjuicio del cliente, y también por el mero hecho de ser confiado, es el que se otorga a una persona con la condición previa, explícita o implícita de no revelarlo a nadie⁷.

La información sobre la salud de una persona es información íntima⁸ y además especialmente sensible, por tanto, goza de protección desde la garantía del derecho a la intimidad (**artículo 6** del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, así como el **artículo 8** de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos).

⁴ Cf J. ANTEQUERA, J. BARBERO, *Guías de ética en la práctica médica*, Madrid, Fundación de Ciencias de la Salud, 2006, pp. 69-80.

⁵ Vid. en este sentido la STS 499/2004 que expone que *podemos leer en varias sentencias del TC que íntimo es aquello que ha de mantenerse oculto para poder disfrutar de una vida digna y con la imprescindible calidad*.

⁶ SSTEDH caso Z. c. Finlandia de 25 de febrero de 1997, § 95, y caso L.L. c. Francia, de 10 de octubre de 2006, § 44.

⁷ Cf Z. VIDAL. *El secreto médico a través de los tiempos*, Zaragoza, Real Academia de Medicina, 1996, pp. 11-12.

⁸ SSTC 202/1994, de 4 de julio, FJ 2; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 2.

i. ¿Qué argumentos puede alegar el doctor Vázquez para justificar que no informó a la familia?

En el caso que nos encontramos analizando, el Doctor Vázquez podría justificar que no informó a los familiares de la paciente a través del denominado **SECRETO MÉDICO** pues se trata de un deber jurídico y no un privilegio de los profesionales, procedente del derecho a la confidencialidad que a su vez deriva del derecho a la intimidad, por el que los pacientes se encuentran protegidos de las intromisiones no deseadas.

Este derecho podrá ser suprimido cuando exista un interés general o público, es decir, cuando se encuentre en juego la seguridad nacional y cuando se trata de proteger la salud de los ciudadanos en general, pero este no es el caso. Comentar que en determinados supuestos también hay obligación de revelar el secreto, como cuando un juez pretende determinar la verdad material sobre un hecho o la presunción de un delito.

Por consiguiente, el deber de secreto no es absoluto, sino que cede en algunos casos, porque por encima del secreto hay otros valores, derechos o bienes. El **artículo 30** del Código de Deontología Médica los enumera:

“El secreto médico debe ser la regla. No obstante podrá revelar el secreto exclusivamente ante quien tenga que hacerlo, en sus justos límites, con el asesoramiento del colegio si lo precisara, en los siguientes casos: a) en las enfermedades de declaración obligatoria, b) en las certificaciones de nacimiento y defunción, c) si con su silencio se diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas, o a un peligro colectivo, d) cuando se vea injustamente perjudicado por mantener el secreto del paciente y éste permita tal situación, e) en caso de malos tratos, especialmente a niños, ancianos y discapacitados psíquicos o actos de agresión sexual, f) cuando es llamado por el colegio a testificar en materia disciplinaria, g) aunque el paciente lo autorice, el médico procurará siempre mantener el secreto) por la importancia que tiene la confianza de la sociedad en la confidencia profesional, h) por imperativo legal 1. En el parte de lesiones, que todo médico viene obligado a enviar al juez cuando asiste un lesionado, 2. Cuando actúe como perito, inspector, médico forense, juez instructor o similar, 3. Ante el requerimiento de un proceso judicial por presunto delito, que precise de la aportación del historial médico del paciente, el médico dará a conocer al juez que éticamente está obligado a guardar secreto profesional y procurará aportar exclusivamente los datos necesarios y ajustados al caso concreto”.

Quizás por el apartado c) se podría argumentar que debería romper el secreto médico y comentar a los familiares la situación, pero valorando los hechos aportados globalmente nada parece indicar que los médicos considerasen la situación lo suficientemente perjudicial para el paciente, pues se da de alta a Carmen y transcurren tres semanas sin noticia alguna del Hospital hasta que se desencadena el episodio por el que entra en coma.

- **NORMAS ORIENTADAS A LA PROTECCIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL**
 - **ÁMBITO CONSTITUCIONAL**

El bien jurídico protegido a través del secreto médico es el derecho a la intimidad de la persona, reconocido como derecho fundamental en el **artículo 18⁹** de la CE ubicado en la sección primera

⁹ Artículo 18 CE “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

del Capítulo II « *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas* », pues dispone, en su primer apartado: "*se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*". Según lo dispuesto en el **artículo 20.4**¹⁰ de la Constitución se entienden estos derechos como limitadores de la libertad de expresión en sentido amplio.

Con anterioridad a la Constitución de 1978, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se configuraban como derechos de la personalidad¹¹ exclusivamente, su naturaleza era esencialmente privada y únicamente era el derecho al honor el que gozaba de protección jurídico-penal¹².

El secreto médico es una modalidad del secreto profesional, un medio para proteger derechos fundamentales, pero no un derecho fundamental en sí. Lo que es un derecho fundamental según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional es el derecho a la intimidad personal, a partir del cual se fundamenta el secreto médico, vinculado a la propia personalidad, derivando asimismo de la dignidad de la persona, gozando de protección jurídica a través del **artículo 10.1 CE**¹³. Como se recoge en diversas Sentencias del Tribunal Constitucional números **231/1988** *el derecho a la intimidad personal del artículo 18 de la CE está estrechamente vinculado a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE*; **214/1991** *cuando recordaba que el derecho al honor y otros derechos reconocidos en el artículo 18 de la CE aparecen como fundamentales vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE*; **20/1992** *la intimidad personal y familiar es, en suma, un bien que tiene la condición de derecho fundamental y sin el cual no es realizable, ni concebible si quiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurara la norma fundamental*; por otra parte la **292/2000** ha reconocido un "*específico derecho fundamental a la protección de datos personales derivado de los arts. 18.1 y 18.4 CE*", definiéndolo como "*un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso*" (FJ 7), y la **115/2000** que recordaba *que el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (artículo 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares* (FJ4). También la STC **196/2004** en su FJ 2 recuerda que *constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado en el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocido en el artículo 10.1 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida*.

Así pues, en el atentado contra la intimidad no se formula juicio adverso o degradante para la víctima, basta con que el sujeto activo tome conocimiento indebidamente de aspectos reservados de la vida del afectado o vulnere la prohibición de poner en conocimiento de terceros aquellas

¹⁰ "*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*".

¹¹ Conjunto de derechos inherentes a la propia persona que todo ordenamiento jurídico debe respetar por constituir en definitiva manifestaciones varias de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual.

¹² Título X del CP del 73 regulaba los delitos contra el honor.

¹³ Artículo 10.1 CE "*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*".

confidencias a las que haya accedido lícitamente, sin necesidad de que sean ofensivas, por lo que de informar a los familiares estaría vulnerando un derecho fundamental de la paciente.

○ **ÁMBITO ADMINISTRATIVO-SANITARIO**

La normativa vinculada a la salvaguarda de la información médica es doble, por un lado la normativa sanitaria, a la que hay que añadir la protección de datos.

La **LO 15/1999 de 13 de diciembre**, de protección de datos de carácter personal, (LOPD), fue promulgada para adecuar la legislación nacional a las previsiones de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos. Esta tiene por objeto garantizar las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, especialmente los relativos al honor e intimidad personal y familiar, así pues la LOPD establece que los datos de carácter personal relativos a la salud gozarán del carácter de datos especialmente protegidos, a este respecto el **artículo 7.3** establece que:

“Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”.

Se establecen garantías para el tratamiento de los datos de salud, como el consentimiento expreso del afectado o el imperativo legal, siempre y cuando sea por razones de interés general. No obstante el párrafo 6 dispone dos excepciones:

“(…)cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto”.

En cuanto a la segunda excepción, el último inciso del **artículo 7.6** establece que los datos también podrán ser objeto de tratamiento cuando éste sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado está física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento¹⁴. Lo cual no se corresponde con los hechos aquí planteados. La obligación de guardar el secreto médico subsistirá según el **artículo 10** que dispone:

“Que el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo”.

En lo concerniente a la comunicación o cesión de datos a terceros, el **artículo 11** de la señalada ley establece que los datos de carácter personal sólo podrán ser comunicados con el previo

¹⁴ Cf M T. REQUEJO NAVEROS, *El delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética*, Madrid, Colex, 2005, pp. 38-42.

consentimiento del interesado. No obstante, no será preciso en las excepciones previstas en la ley¹⁵.

Carmen en ningún momento prestó su consentimiento a que se comunicase a sus allegados la situación en la que se encontraba, tampoco encaja en las excepciones previstas por el **apartado 2** del artículo anterior.

Podemos comentar que el órgano encargado de velar por la defensa de estos derechos y su correcta aplicación en todo el territorio nacional es la Agencia Española de Protección de Datos, regulada en los artículos 35 y ss de la ley y por el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos aprobado por RD 428/1993 de 26 de marzo.

El convenio de Oviedo tan sólo dedica el primer párrafo del **artículo 10** a la protección del derecho a la intimidad, que identifica como vida privada.

Con respecto al secreto médico según el **artículo 10** de la LGS, **apartado 3** del citado artículo se establece que:

“todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:(...)3.A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público”.

Si bien el citado artículo hace referencia a administraciones públicas, en el último párrafo se establece que algunos de los derechos, siendo uno de ellos el recogido en el artículo 10.3, serán de aplicación para instituciones privadas. El **artículo 2.7** de la Ley 41/2002 completa lo reflejado en el artículo 10.3 de la LGS añadiendo:

“la persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida”.

Además dedica un capítulo en exclusiva al derecho a la intimidad, el capítulo III, dentro del cual el **artículo 7** expone que:

“1.toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley”.

En el apartado 2 obliga a los centros sanitarios que establezcan las normas y protocolos necesarios para garantizar el respeto de la confidencialidad de los datos sanitarios.

El capítulo V de la ley 41/2002 contempla la regulación de la historia clínica, concretamente en sus **artículos 14-19**, donde se tratan cuestiones como su uso, contenido, conservación, derechos de acceso y custodia de la misma. Específicamente el **artículo 16.6** dispone que el personal que

¹⁵ (...)No será preciso: a) Cuando la cesión está autorizada en una ley. b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público. c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros(...) d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas (...) e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos. f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica.

accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto.

Finalmente esta Ley completa la regulación sobre el derecho de intimidad de los pacientes ya llevada a cabo por la Ley General de Sanidad, legislando de forma más amplia y precisa además de incrementando la protección del derecho, pues es la primera ley sobre derechos de los pacientes y la información y documentación clínica que se aplica en todo el territorio nacional, por lo que todos los españoles gozarán de las mismas garantías, respetando plenamente el principio de igualdad.

Como conclusión se puede considerar que para proteger los intereses de Carmen existe una obligación accesoria a la actuación médica, que es el secreto médico. En esta línea se posiciona el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la sentencia del caso de la Sociedad Plon contra Francia, de 18/05/04, derivada de la prohibición de publicación de un libro del médico personal del presidente Mitterrand, donde revelaba el tratamiento de la última enfermedad de este.

Recordar que el deber de guardar la confidencialidad de los datos sanitarios del paciente obliga a todos los trabajadores; las empresas están obligadas a establecer mecanismos y controles específicos para velar por el respeto real y efectivo de la confidencialidad, aplicando todos los recursos que facilita el ordenamiento, desde implementar reglamentos y protocolos de actuación hasta normas disciplinarias, que pueden llegar a la sanción penal por violación y difusión de secretos, como ejemplo la STS de 4 de abril de 2001 (RJ 2001/2016), que condena por delito de descubrimiento y revelación de secretos a un médico que comentó a sus familiares que una paciente había interrumpido dos veces el embarazo¹⁶.

En suma esta regulación continúa apoyando que el doctor Vázquez no informase a la familia, pues no existió consentimiento por parte de Carmen en ningún momento.

○ ÁMBITO PENAL

Los derechos reconocidos en el **artículo 18.1** de la CE fueron objeto de protección del Código Penal. Así el delito de revelación de secretos está recogido en el Título X del Libro 11 del CP «*Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*» texto mantenido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, en vigor desde el 1 julio 2015. Así pues se recoge en el **artículo 199**:

“1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.

Este precepto contiene dos tipos delictivos: por un lado, el apartado 1 que tipifica la revelación de secretos ajenos llevada a cabo por una persona con una relación laboral o similar con el titular del secreto; por otro, el apartado 2 que castiga la revelación de secretos por parte de profesionales especialmente obligados al sigilo o reserva.

Si bien ambas modalidades delictivas presentan elementos comunes, se diferencian en virtud de la clase de actividad que desarrolla el sujeto activo, según se derive ésta de una relación laboral o

¹⁶ Cf. J.DUCH. *Manual de derecho sanitario*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 195.

de una actividad profesional como la del médico, por lo que si el doctor Vázquez revelase a los familiares algún dato incurriría en un delito penado.

En cuanto a la delimitación del sujeto activo del delito, estamos ante un delito especial propio, de manera que sólo podrá ser realizado por aquél que tenga la consideración de profesional y no por la generalidad de las personas y, además, el profesional debe ser un “confidente necesario”, es decir, que exista una relación que le obligue jurídicamente al sigilo y reserva.

Por profesional ha de entenderse la persona que:

- a) ejerce actos propios de su profesión,
- b) acreditada por un título académico u oficial,
- c) ya realice la prestación de sus servicios por cuenta propia o ajena,
- d) requiere darse de alta como colegiado,
- e) el ejercicio de la profesión le convierte en confidente necesario.

En los casos en los que exista una relación médico-paciente será el médico que viole el secreto profesional el sujeto activo del delito. Comentar que sin embargo, ofrece mayor dificultad la delimitación en los casos de medicina en equipo (hospitales, centros de salud, etc.), ya que la información confidencial de los pacientes es compartida por un conjunto de profesionales sanitarios (“secreto compartido”) e incluso por profesionales no sanitarios (“secreto derivado”). No obstante, el ostentar la condición de profesional no permite acceder a cualquier información médica, sino que el acceso a la misma debe ser en interés del paciente y ser necesario para su tratamiento. Así pues el artículo. 199.2 CP sería aplicable a todas aquellas personas erigidas como “confidentes necesarios” pese a que sólo desempeñen tareas auxiliares, de manera que se extenderá a éstas también el deber de secreto, por lo que todos los médicos que fueron parte del proceso estarían incluidos, como los doctores Seco y Fandiño.

La acción típica del delito previsto en el artículo 199.2 CP, consiste en divulgar los secretos de otra persona, con incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva. En consecuencia, para que se entienda realizado el tipo basta que se transmita la información a una sola persona ajena al secreto, sin que se tenga que hacer ante una generalidad de personas. Por lo que respecta al tipo subjetivo, es necesario el dolo, que requiere la conciencia y voluntad de la revelar o divulgar el secreto médico, sin que se castigue la modalidad imprudente.

La revelación de secretos debe hacerse contra la voluntad del sujeto, de manera que si es el paciente el que solicita o acepta que se revelen determinados datos, dicho consentimiento válidamente prestado podrá operar como causa de atipicidad de la conducta. Sin embargo, Carmen no consintió en ningún momento, incluso después de su primer ingreso no informó a sus hijas de la situación, por lo que debe mantenerse el secreto médico en todo momento.

○ ÁMBITO CIVIL

Los hechos se desarrollan en un hospital público, por ende no podría seguir esta vía para fundamentar sus pretensiones. No obstante, comento los aspectos más significativos para el supuesto de que se desarrollase en un hospital privado o ejerciendo por cuenta propia.

No existe una especial regulación en esta materia. La tutela civil del honor y la tutela de los derechos a la intimidad y a la propia imagen se lleva a cabo a través del **artículo 1902** del CC¹⁷,

¹⁷ Artículo 1902 CC “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*”

y de la interpretación efectuada por la jurisprudencia, de forma que podía ampararse bajo dicho precepto casi cualquier lesión civil a tales derechos.

Se regula por la ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, estableciendo en su **artículo 1** que:

“los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizados en el artículo 18 de la Constitución, serán protegidos civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas”.

El **artículo 7.4** describe qué se considera intromisión ilegítima:

“la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”.

Conducta coincidente con el artículo 199.2 del CP, pues la ley 1/1982 ya preveía que gozase de protección simultánea por el orden penal. En la exposición de motivos se establece que tendrá el orden penal preferente aplicación, por ser de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta ley establece, a pesar que de acuerdo al principio de intervención mínima, sólo procederá respecto a los ataques más graves a los bienes jurídicos protegidos.

De lo que se desprende que todas aquellas conductas que no sean abarcadas por el Derecho penal podrán ser constitutivas de ilícitos civiles, que en el caso de no poder ser subsumidos en la Ley 1/1982 se acudirá al artículo 1902 del CC, respecto del que la Ley 1/1982 se configura como ley especial. En cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, se determinará a través de los criterios de la propia ley 1/1982.

Además esta también regula aquellos casos no considerados intromisión ilegítima que serán según el **artículo 2.2**:

“cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”.

Añade el **artículo 8.2** determinados supuestos de exclusión de la antijuricidad. Por lo que si surge una conducta tipificada, sin causa alguna de exclusión de la antijuricidad, se considerará como intromisión ilegítima, al margen de que causare perjuicio o no, por la aplicación del **artículo 9.3** de la Ley¹⁸ pues rige un *presunción iuris et de iure* sobre la producción del mismo¹⁹.

Por último, mencionar el Código de Deontología Médica, pues dedica el capítulo V, **artículos 27-31** al secreto médico y el Real Decreto 1018/1980, de 19 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, que en su **artículo 64** considera como infracción grave o muy grave, según circunstancias, la revelación del secreto profesional, por culpa o negligencia, con perjuicio para tercero.

En definitiva toda la normativa vigente impide al doctor Vázquez informar de los hechos a terceros, aún a pesar de que estos sean familiares, por lo que de transmitir algún tipo de información incurriría en un ilícito.

¹⁸ Conforme al precepto *“La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”.*

¹⁹ Cf M. T. REQUEJO NAVEROS, *op.cit* pp. 30-31.

ii. ¿Cómo puede justificar el doctor Vázquez que informó de la gravedad de la enfermedad a doña Carmen?

Como se comentó en la introducción, la actividad del médico es una obligación de medios con una serie de deberes imputables. La STS nº 349/1994 de 25 de abril (RJ 1876/1991) que establece que uno de ellos será:

“informar al paciente siempre, (...), que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, puedan derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia”.

• **DEBER DE INFORMAR**

El doctor Vázquez podrá basarse en su deber de informar, y en el cumplimiento efectivo de sus obligaciones (posiblemente reflejadas en la historia clínica) para defender que sí informó de la gravedad a la paciente, pues la actual doctrina jurisprudencial al hilo del **artículo 217.7 LEC**²⁰, ha invertido la carga de la prueba de tal modo que será el profesional médico quien debe probar que actuó con diligencia en todo momento. En este sentido la STS nº 7182/2007(RJ 3976/2000)²¹ establece:

“La mejor posición probatoria de los demandados en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del propio curso de la enfermedad puede excusarles de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia, ni imprevisión por su parte».

A pesar de esto, según la STS nº 749/2012 (RJ 567/2010) para poder aplicar las reglas de la carga de la prueba el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio, excluyéndose cuando el hecho controvertido se declara probado.

Al hilo de esto ha declarado la STS de 14 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6741), que la carga de probar hay que combinarla con la facilidad para probar. Pero adaptándose a cada caso concreto, valorando la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte (SSTS de 18 de mayo de 1988, 15 de julio de 1988, 17 de junio de 1989 y 23 de septiembre de 1989). Por tanto la carga de la prueba por el profesional médico no puede interpretarse en un sentido tan amplio²².

Volviendo al derecho a ser informado en España, este es un derecho exigible que se recoge en la **Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad** y la **Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica**. También existe regulación autonómica que aborda la

²⁰ Establece que «el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

²¹ Vid. En el mismo sentido la STS 1154/2007 «la mejor posición probatoria de los demandados en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del propio curso de la enfermedad puede excusarles de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia, ni imprevisión por su parte».

²² Vid J. GALÁN CORTES. *Responsabilidad civil médica*, Madrid, Cívitas, 2016, pp. 320.

información, debiendo tener en cuenta la **Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes** dentro de la CCAA de Galicia. Asimismo el **Código de Deontología Médica de 2011**, que establece su regulación de una manera más completa en sus **artículos 12 a 16**. En este último se hace referencia a la información, no como un mero acto burocrático, sino como un acto clínico que debe ser asumido directamente por el médico responsable del proceso asistencial encontrándose al mismo nivel que otros deberes como el de prestar una asistencia sanitaria correcta. Por último la **ley 44/2003 de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias** establece en el **artículo 5.1**:

“c) Los profesionales tienen el deber de respetar la personalidad, dignidad e intimidad de las personas a su cuidado y deben respetar la participación de los mismos en las tomas de decisiones que les afecten. En todo caso, deben ofrecer una información suficiente y adecuada para que aquéllos puedan ejercer su derecho al consentimiento sobre dichas decisiones”.

El referido panorama legislativo fue impulsado por la entrada en vigor en nuestro Ordenamiento el 1 de enero de 2000 del ya mencionado Convenio de Oviedo.

Cumpliendo el mandato del **artículo 43** de la CE²³, la LGS relaciona en **los artículos 9²⁴ y 10²⁵** los derechos de los enfermos que serían reformulados posteriormente por la ley 41/2002, por otra parte, la ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del SNS regula otros derechos de los enfermos y usuarios del sistema sanitario. En definitiva carecemos de un texto legal donde, de forma sistemática y unitaria, se contengan derechos y deberes integrantes de la relación jurídica sanitaria.

Insistir en que la información es configurada como un deber para el personal sanitario y como un derecho básico para el paciente, sobre el cual existirá otro derecho: el de expresar su consentimiento informado²⁶, pero sin información, o con una información incorrecta o incompleta, no se podrá manifestar un consentimiento informado.

El **artículo 4²⁷** de la Ley 41/2002 en relación con el derecho a la información asistencial no exige expresamente que la información sea escrita, pues el **apartado 1** alude a la información verbal como modo frecuente de hacerla llegar al paciente. No es imprescindible, pues, que se haga constar a doña Carmen por escrito.

²³ Artículo 43: 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

²⁴ Artículo 9: Los poderes públicos deberán informar a los usuarios de los servicios del sistema sanitario público, o vinculados a él, de sus derechos y deberes.

²⁵ Artículo 10: Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: (...) 2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso. La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

²⁶ Posteriormente tratado.

²⁷ Artículo 4: 1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. 2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. 3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

En el **apartado 2** se establece que la información debe ser veraz, comprensible, suficiente y adecuada a sus necesidades²⁸(STS RJ 2013/3384) aún en el supuesto de que haya tan sólo un tratamiento posible. A este respecto el **artículo 8** de la ley gallega añade los términos: *continuada* y *razonable*, determinando más exhaustivamente que:

“5. La información deberá incluir:

- *Identificación y descripción del procedimiento.*
- *Objetivo del mismo.*
- *Beneficios que se esperan alcanzar.*
- *Alternativas razonables a dicho procedimiento.*
- *Consecuencias previsibles de su realización.*
- *Consecuencias de la no realización del procedimiento.*
- *Riesgos frecuentes.*
- *Riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia.*
- *Riesgos personalizados de acuerdo con la situación clínica del paciente.*
- *Contraindicaciones”.*

En comparación con el **artículo 10** de la ley 41/2002, la ley gallega exige que la información se extienda incluso a aquellos riesgos considerados como atípicos pero sólo cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia.

Por otra parte la jurisprudencia en la STS nº 674/2009 (RJ 1784/2005) establece el valor *ad probationem* del escrito en el que se suministra la información al paciente²⁹, sin negar la insostituibilidad de hacerlo verbalmente, pues es la más relevante. Por lo que si los médicos han transmitido a Carmen la información por escrito, continúa siendo imprescindible la explicación verbal.

Debe quedar constancia de que se proporcionó la información, con independencia de si fue verbal o por escrito, en la historia clínica del paciente³⁰, comprendiendo como mínimo la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y consecuencias; así como documentación hospitalaria que le afecte.

Sin embargo existen excepciones en la ley 41/2002 a la oralidad, referidas mayormente a operaciones agresivas y/o peligrosas como las quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y aquellos procedimientos que supongan notorio y previsible peligro para la persona por los riesgos y complicaciones que entrañan, pero que en la ley gallega sólo se exigirá en caso de riesgo considerable.

Si el doctor Vázquez ha cumplimentado la historia clínica de forma ordenada, veraz, actualizada, secuencial e inteligible, se asegurará una garantía para su defensa en un posible juicio jugando un papel relevante como elemento probatorio del deber de asistencia y del de información, entre otros. No obstante, la Ley 41/2002 permite que ésta se pueda adaptar a cualquier soporte distinto del documental, así, el **artículo 15.1** establece el derecho de todo paciente o usuario a que quede constancia de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales «*por escrito o en el soporte técnico más adecuado*». Y el **artículo 14.2** de esta ley dispone que corresponde a cada

²⁸ Es decir, que le permita tras la obtención de la información prestar su consentimiento libre y voluntario

²⁹ *Vid.* en el mismo sentido SSTS 29 de julio de 2008 (RJ 2008/4638), 2 de julio de 2002 (RJ 2002/5514), 10 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8819) entre otras.

³⁰ La ausencia del historial clínico del paciente puede constituir, tal como ha declarado la STS de 24 de mayo de 1999, una negligencia del facultativo.

centro archivar las historias clínicas de sus pacientes «*cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten*».

Por tanto, la historia clínica, podrá ser empleada como elemento probatorio en procedimientos civiles, penales, contencioso-administrativo o laborales, surgiendo el problema entre la conciliación de la obligación del secreto médico-profesional y del derecho a la intimidad del paciente, bien con el deber del médico de declarar ante los Tribunales, bien con la presentación de la información contenida en la Historia Clínica como elemento de prueba; a este respecto la LEC en su **artículo 299** señala cuales son los medios de prueba de los que se podrá hacer uso en juicio y son:

“Interrogatorio de las partes; Documentos públicos; Documentos privados; Dictamen de peritos; Reconocimiento judicial; Interrogatorio de testigos. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”.

De manera que la historia clínica podrá ser parte del proceso como prueba sin vulnerar ningún derecho, por otra parte su contenido según el **artículo 4** de la LOPD será el acorde a su finalidad, ciñéndose a los datos pertinentes y no excesivos, en relación con el ámbito y las finalidades. En pocas ocasiones será preciso obtener acceso total a la historia clínica.

De este modo, se convertirá en prueba documental fundamental³¹ del proceso, en el caso de Carmen se evaluará el nivel de la calidad de los deberes del profesional sanitario, siendo en muchos casos el único elemento para la reconstrucción de los hechos. Sin embargo no se tratará como una verdad absoluta debiendo aplicarse la denominada *doctrina de la valoración conjunta de la prueba*³² tomándose en cuenta otras pruebas practicadas.

También será clave como medio probatorio los informe periciales. Así el **artículo 335.1** de la LEC, señala que cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto, o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes, o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.

El objeto de estudio de todo informe pericial sobre responsabilidad médica profesional es la Historia Clínica, a través de la cual se valoran los siguientes aspectos: enumeración de todos los documentos que la integran, reconstrucción de la Historia Clínica, análisis individualizado de los actos médicos realizados en el paciente, personas que intervinieron durante el proceso asistencial, etc.

Respecto a los sujetos obligados a su cumplimiento, el **artículo 4.3** es explícito, la información corre a cargo del médico responsable del paciente. Este será el primer obligado, sin perjuicio de

³¹ Según sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6ª, 529/2010, *la Historia Clínica es un documento fundamental en el que se plasma la relación entre médico y paciente; participa de las características de una reseña biográfica, si se toma en consideración la perspectiva del paciente, y supone, desde la del médico, una elaboración científica integrada, fundamentalmente, por apreciaciones, valoraciones y hallazgos clínicos. Sirve de memoria al propio médico y, a la vez, es fuente de información para otros profesionales y, en ocasiones, para los tribunales.*

³² Vid. en este sentido STS 531/1998.

la que han de proporcionar los demás profesionales que atiendan a la paciente durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o procedimiento concreto. Así lo expresa también la ley gallega; además de las SSTS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8059), o la de 11 de abril de 2013 (RJ 2013/3384).

En este sentido el **artículo. 2.6** de la Ley 41/2002, también apunta a que:

“todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”.

Según la STS 1481/2009 debe hacerse efectiva con tiempo y dedicación suficiente y obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud.

También es recogido el derecho a la información por el **artículo 10.2³³** del **Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud**. Asimismo el **artículo 5** establece que el titular del derecho a la información asistencial será el paciente y también serán informadas las personas vinculadas a él, en la medida que lo permita.

Se limita el derecho al consentimiento informado en el supuesto de estar incapacitado, como establece el **apartado 2** del artículo, debiendo informar de forma comprensible y a su representante legal. En el **apartado 3** se reitera la idea de que si no goza de la capacidad propia suficiente para discernir lo que le resultará más adecuado entonces se realizará, a criterio del médico, la transmisión de información a los familiares. Y en el **apartado 4** se justifica por un estado de necesidad terapéutica. Pero no existe ningún indicio que pueda hacer pensar que Carmen no se encontraba capacitada en su primera visita a urgencias por lo que estas excepciones no tendrían cabida.

Por último en el **apartado 5** se refiere a la posibilidad de actuación sin información previa en casos en los que el conocimiento de la verdadera situación del paciente pueda perjudicar a su propia salud de manera grave, lo que tampoco se produce porque los médicos toman la decisión de darle el alta.

La Ley General de Sanidad es explícita y la doctrina jurisprudencial ha consolidado que el derecho a la información corresponde al paciente en primer lugar, recordando que se expresará de la forma más sencilla y clara posible para su entendimiento, pero también deben ser informadas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. Quiere ello decir, que Carmen pudo negarse a una divulgación de la información sanitaria que le atañe en el ámbito familiar, como se concluyó en el apartado anterior.

³³ Artículo 10.2: Asimismo, los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán derecho a: a) La información y, en su caso, tramitación de los procedimientos administrativos necesarios para garantizar la continuidad de la atención sanitaria.

- **CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Varios convenios internacionales regulan el consentimiento informado específicamente, como el Convenio de Oviedo, la Declaración Universal sobre bioética y Derechos Humanos, así como la carta de Derechos Fundamentales que en el **artículo 3** afirma que:

“2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”.

En nuestro ordenamiento jurídico, tardó muchos años en incorporarse esta exigencia del consentimiento de las personas para actuar sobre ellas, y no tuvo acogida legal hasta la LGS que lo recogió, entre otros derechos de los pacientes, en su **artículo 10**.

La Ley 41/2002 en su Capítulo IV con la rúbrica *«El respeto de la autonomía del paciente»*, regula como una manifestación de la misma, el consentimiento informado. Los **artículos 8 y 10** codifican la información terapéutica, como requisito previo al consentimiento y a la actuación sanitaria; el contenido de dicha información contendrá las consecuencias relevantes que la intervención ocasiona con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales del paciente, los riesgos probables en circunstancias normales y las contraindicaciones. En la ley solo se recoge la indicación de la necesidad de generalidad y amplitud en la exigencia de información previa al consentimiento.

El TS sostuvo, antes de que el TC se pronunciara acerca de la controversia de la naturaleza del consentimiento informado, que es un derecho fundamental, como así se reconoce en la STC 447/2001 de 11 de mayo:

“El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, (...), consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo, regulado por la Ley General de Sanidad y actualmente también en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina (RCL 1999, 2638, 2822) y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE”.

Existe una íntima conexión en la información como requisito previo para la validez de un consentimiento legítimo, libre y consciente para la realización de una determinada actividad médica. Por tanto no se entiende la una sin la otra, en definitiva y como expone la STC nº 37/2011 del 28 de marzo de 2011:

“el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación”.

Esta sentencia sostiene que se preserva la inviolabilidad de cuerpo y espíritu y por otra parte tutela la autodeterminación sobre el propio cuerpo para decidir libremente sobre:

“el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no

puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas”.

De haberse producido el consentimiento para la realización de la embolización, debe acreditar que se proporcionó la debida información, independientemente de que se realizara de forma verbal³⁴, pues esta siempre quedará documentada en la historia clínica de la paciente, como ya he comentado anteriormente, (**artículo 15.2** de la Ley 41/2002³⁵) así como la documentación hospitalaria que le afecte.

En este sentido, es unánime la jurisprudencia y doctrina que establecen que es necesario en todo supuesto de actuación médica el consentimiento, reiterando que la falta de forma escrita de la información no determina por sí la invalidez, pues tiene un valor *ad probationem*³⁶, siendo la regla general que se produzca verbalmente para que el paciente pueda comprender el alcance global de la situación en la que se encuentra. Sin embargo, y como excepción recogida en el **artículo 8.2** de la Ley 41/2002 el consentimiento informado:

“se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

En este supuesto no se aportan datos al respecto del procedimiento seguido. Habitualmente en la relación clínica, el paciente, a través de su consentimiento explícito o implícito, concede de manera voluntaria acceso a su intimidad: a su intimidad corporal y a su historia personal. Y con ello se persigue el fin de recibir una asistencia sanitaria adecuada, para que se realice un diagnóstico correcto y se establezca un tratamiento adecuado; en este supuesto, un tac para poder realizar el diagnóstico y una embolización para solventar la dolencia del aneurisma detectado con ese tac. Por lo que durante todo el proceso al que se somete a Carmen existe un deber por parte de los doctores de hacer historia clínica³⁷, resultando más conveniente que conste por escrito el consentimiento (dentro de la historia clínica) ya que así podrá probar fácilmente el cumplimiento de la obligación legal de información, a pesar de que no será imprescindible según los dispuesto en la STS 14 octubre 20 RJ 2003/359:

³⁴ Vid. D. BELLO JANEIRO, «Comentario a la STS de 13 de octubre de 2009. Responsabilidad del centro médico y de los facultativos por ausencia de consentimiento informado. Información adecuada y suficiente. Falta de consentimiento escrito. Prueba del consentimiento por otros medios. Carga de la prueba de la información médica. Incongruencia omisiva. Doctrina jurisprudencial a efectos de casación civil», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 83, mayo-agosto 2010, pp. 1153.

³⁵ Artículo 15.2-(...) *El contenido mínimo de la historia clínica será el siguiente: a) La documentación relativa a la hoja clínico estadística. b) La autorización de ingreso. c) El informe de urgencia. d) La anamnesis y la exploración física. e) La evolución .f) Las órdenes médicas. g) La hoja de interconsulta. h) Los informes de exploraciones complementarias. i) El consentimiento informado. j) El informe de anestesia. k) El informe de quirófano o de registro del parto. l) El informe de anatomía patológica. m) La evolución y planificación de cuidados de enfermería. n) La aplicación terapéutica de enfermería. ñ) El gráfico de constantes. o) El informe clínico de alta. Los párrafos b), c), i), j), k), l), ñ) y o) sólo serán exigibles en la cumplimentación de la historia clínica cuando se trate de procesos de hospitalización o así se disponga.*

³⁶ SSTS 2 de octubre de 1997, 26 de enero de 1998, 10 noviembre 1998, 2 de noviembre de 2000, 2 de julio de 2002.

³⁷ Conforme al art. 2.6 de la Ley 41/2002, todo profesional está obligado al cumplimiento de los deberes de documentación clínica.

“ la información está acreditada mediante las declaraciones del cirujano contenidas en el expediente administrativo y no desmentidas en la instancia, mientras que el consentimiento se deduce de una lógica presunción, ahora regulada en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962) y antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, en el artículo 1253 del Código Civil (LEG 1889, 27), ya que, acreditada la información sobre los riesgos de la intervención quirúrgica el día antes de ser practicada, el sometimiento efectivo (...), razón por la que no podemos considerar, según la citada jurisprudencia, que haya habido un incumplimiento de la «lex artis ad hoc»”.

Si Carmen prestó consentimiento sobre un documento-tipo impreso en el que no aparece particularizado el historial del enfermo, ni el proceso al que va a someterse, no facilitándose al paciente la información necesaria. Bien por lo contrario, porque es excesivamente detallada y completa, transmitiendo tanta información que resulta abrumadora para el paciente y de difícil comprensión, el TS se ha pronunciado sobre la carencia de rigor en los formularios en la sentencia de la Sala 3.^a de fecha 18 de junio de 2004 (RJ 307/2003) en la que dice:

“No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada –puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente– y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica –no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión–, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario”.

Por último destacar que los protocolos se erigen como un elemento probatorio clave en los juicios por responsabilidad médico-sanitaria, pues la acreditación de su cumplimiento constituirá una prueba de primer orden para poder considerar que el acto médico enjuiciado se ha ajustado o desviado de la *lex artis*³⁸.

La sentencia de la Sección 5.^a de la AP de Pontevedra de 4 de febrero de 2003 n.º 79/2003 (AC 2003/444), sustenta su condena en la infracción de los protocolos médicos por la demandada, porque era necesario un correcto diagnóstico y una rápida intervención, que no existieron³⁹.

CONCLUSIONES

Juana decide emprender acciones legales contra el doctor Vázquez, que atendió a su madre el primer día y no les informó de que su madre estaba en urgencias ni de la gravedad de su dolencia. ¿Qué argumentos puede alegar el doctor Vázquez para justificar que no informó a la familia? ¿Cómo puede justificar el doctor Vázquez que informó de la gravedad de la enfermedad a doña Carmen?

³⁸ Esto es el conjunto de prácticas generales médicas aplicables a casos semejantes, basadas en una actuación realizada con el cuidado objetivamente debido. No entra dentro del ámbito de aplicación de la *Lex Artis* situaciones imprevisibles y no conocidas o estudiadas por la ciencia médica.

³⁹ Cf. J. GALÁN CORTÉS, *op cit.*, pp. 327.

○ PARTE 1

En base a la constitución y otras normas reguladoras tales como la LGS, LOPD, Ley 41/2002, Ley 1/1982, el CC, el CP, leyes autonómicas, códigos deontológicos y estatutos de los trabajadores se impone el deber de mantener el secreto profesional al personal sanitario, obligando asimismo a todos aquellos que colaboren en el proceso asistencial, como el doctor Seco y el doctor Fandiño. Por lo que podrán argumentar su defensa en el cumplimiento efectivo de este deber.

La jurisprudencia también reitera esta idea por su conexión con el derecho a la intimidad, en el que se fundamenta. La STC nº **196/2004** del 15 de noviembre de 2004 recuerda que *constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado en el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocido en el artículo 10.1 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida. Lo que informando a los familiares vulneraría el derecho fundamental de la paciente al honor, la intimidad y a la propia imagen y las normas deontológicas que regulan la materia.*

De producirse la revelación de secretos se haría en contra de la voluntad de Carmen, pues no consiente en ningún momento, incluso después de su primer ingreso no informó a sus hijas de la situación, por lo que debe mantenerse el secreto médico en todo momento. De incumplir el médico el deber de sigilo y reserva incurrirá en un delito penado por el artículo 192 CP.

Destacar que los datos relativos a la salud son especialmente protegidos, de acuerdo con los **artículos 7.3 y 8** de la LOPD. Disponiendo el **artículo 10** que el profesional médico quedará sujeto al secreto médico, y en el **artículo 11** que tan sólo podrán ser comunicados a terceros con consentimiento previo o debido a una serie de excepciones, que en el supuesto a estudio no se dan.

El **artículo 10.3** de la LGS, establece que: *“todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:(...)3.A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público”*. Asimismo el **artículo 2.7** de la Ley 41/2002 añade que: *“la persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida”*.

○ PARTE 2

El doctor Vázquez podrá basarse en su deber de informar (recogido en: LGS, Ley 41/2002, Ley 3/2001, Ley 44/2003 así como en el código Deontológico), y en el cumplimiento efectivo de sus obligaciones (posiblemente reflejadas en la historia clínica) para defender que sí informó de la gravedad a Carmen.

Es preciso incidir en que a pesar de la referencia legal relativa a la necesidad de que la información sea verdadera, es necesario ajustar y moldear la información al estado físico y psíquico del paciente, así como a circunstancias de otra índole, especialmente en casos de diagnóstico fatal, en los que la información o verdad habrá de ser «soportable» para cumplir una finalidad terapéutica desde el punto de vista psicológico.

El médico responsable de cada paciente tiene obligación legal de garantizar el cumplimiento de su derecho a la información. Esta posición de garante se extiende a todos los profesionales que atendieron a Carmen durante el proceso asistencial.

Por lo que de haberse proporcionado debe existir constancia, con independencia de si fue verbal o por escrito, en la historia clínica del paciente. Convirtiéndose la historia clínica en prueba documental fundamental del proceso, que en este caso evaluará el nivel de la calidad de todos los deberes de los sanitarios. Otro medio de prueba importante será la adecuación de la actuación médica a los protocolos médicos establecidos, al igual que un posible informe pericial.

II. ILÍCITOS, TRIBUNAL, PROCEDIMIENTO Y LEGITIMACIÓN PASIVA.

INTRODUCCIÓN

Negligencia, del latín *negligentia* es según la RAE la falta de cuidado o el descuido; también denominada mala praxis médica. Surge cuando el profesional que nos atiende, ya sea por acción u omisión, produce un daño, incluyendo tanto instituciones públicas como privadas, sin actuar con la diligencia que cabría esperar dentro de su profesión, es decir, de acuerdo a la *lex artis* médica.

Tanto en la legislación como en la jurisprudencia, los términos negligencia, culpa e imprudencia son utilizados indistintamente como sinónimos. La responsabilidad en general es la asunción de las consecuencias de un daño, corrigiendo al responsable para evitarlos en el futuro y el resarcimiento vía indemnización al afectado.

Para comenzar a tratar esta cuestión es necesario comentar que no todos los daños producidos serán indemnizables, se requiere que estos sean injustos, antijurídicos, ciertos, lesiones injustificadas de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, protegido o protegible. Si bien, en ocasiones cabe la reparación de un daño que no es injusto cuando se pacta, por ejemplo, en una cláusula penal. En este caso el daño que se produce al tomar una determinado decisión acaba provocando la muerte, como veremos posteriormente.

En la década de 1990 la línea seguida por un sector muy importante de la doctrina es la que considera que la producción de un daño implica, en sí misma, la existencia de culpa del médico, salvo prueba en contrario. La atribución objetiva del resultado de la negligencia, se establece a través del denominado nexo o relación de causalidad, que necesariamente debe existir entre la conducta inicial, infractora del deber de cuidado, y el resultado lesivo, pues es una circunstancia determinante a la hora de establecer la cuantía indemnizatoria.

En la sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña, de 3 de octubre de 2003 (JUR 2003/270515), con ocasión del retraso en el diagnóstico tras la aplicación de la anestesia epidural durante el parto, señala al respecto, en su fundamento de derecho sexto, lo siguiente:

“La relación de causalidad entre la actuación del personal sanitario y el resultado producido puede ser mediata, indirecta o concurrente (...) que, de existir, moderan proporcionalmente la responsabilidad a cargo de la Administración (SSTS de 16 de diciembre de 1997, 24 de marzo de 1998, 13 de marzo de 1999 y 21 de julio de 2001, entre otras)”.

Siendo a partir del año 2005 cuando se modera la doctrina del daño desproporcionado, iniciándose a partir de la STS de 26 de mayo de 2005, (RJ 3971/1998), (*intervención quirúrgica de otitis media crónica para la extirpación de un colesteatoma, con daños en el nervio maxilofacial del lado derecho del paciente*) en la que se fija el requisito de que para aplicarla debe producirse en la órbita de la actuación del profesional sanitario responsable.

La STS de 23 de enero de 2009 (RJ 2009/1271) niega en el caso examinado la existencia de daño desproporcionado y proclama de nuevo el principio de la responsabilidad subjetiva, como fundamento de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues esta doctrina *«no resulta de aplicación, por desproporcionado que parezca el daño, si prueba que no fue debido a la*

negligencia de los médicos o del servicio, al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación»⁴⁰.

Hoy día, la teoría imperante para la determinación de cuándo un comportamiento activo u omisivo es causa de un resultado, es la teoría de la imputación objetiva, que distingue entre la causalidad del llamado plano de imputación del resultado, en el que hay que analizar una serie de criterios que determinan la imputación de manera objetiva, siendo fundamentalmente: el fin de protección de la norma, el incremento del riesgo o la adecuación⁴¹.

Existen otras teorías como la pérdida de oportunidad para aquellos casos en los que la conducta negligente del médico no causa la enfermedad, sino que minora, de distintas formas y según cada caso, las posibilidades de curación o supervivencia. Esto es, determina la pérdida de una oportunidad de recuperación para la víctima, debiendo ponderar el Tribunal cada caso, en función de las circunstancias. Según esta, el valor indemnizable será siempre inferior a la cuantía que corresponda al padecimiento final y total que sufre el paciente como consecuencia del desarrollo de la enfermedad que le afecta, pues la indemnización no corresponde fijarla, en principio, en lo que podríamos llamar valor vida, sino tan solo respecto de esa pérdida de oportunidad⁴².

Recordar que la prueba de la negligencia no recae en los familiares de Carmen, sino en los profesionales médicos por su supuesta facilidad probatoria.

Los pacientes exigen cada vez una mayor diligencia, eficacia y seguridad, es por esto que cuando el resultado no se ajusta a las expectativas, se exigirán responsabilidades. Existiendo distintos tipos:

- **RESPONSABILIDAD CIVIL** → basada en la obligación de reparar los daños y perjuicios producidos por una conducta culpable o negligente.

Según su naturaleza:

-**Contractual:** derivada del cumplimiento inexacto o incumplimiento de las obligaciones contraídas mediante un contrato (art. 1101-1107 CC)

-**Extracontractual:** contraída por la causación de daños a los demás incumpliendo el deber genérico que obliga a no causar daño; recogido en art. 1901-1902 CC.

Según su fundamento:

-**Subjetiva:** fundada en la culpa del autor del daño, que no es otra cosa que la omisión de la diligencia debida. Para determinar la culpa se deberá efectuar un análisis de la previsibilidad y evitabilidad.

-**Objetiva:** se fundamenta en el riesgo creado y o daño causado.

Según el tipo:

-**Directa:** al causante de daño por los propios hechos (art 1101 y 1902 CC).

-**Indirecta:** por hechos ajenos (art 1903 CC).

-**Principal:** en primer término.

-**Subsidiaria:** en defecto de responsable principal.

-**Solidaria:** responden conjuntamente y al mismo tiempo varios sujetos (art 1137 CC).

⁴⁰ Cf I. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA & J. GARCÍA DE LA SERRANA, *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, (2013).

⁴¹ Cf A. ABOGADOS. *La responsabilidad profesional en el ámbito sanitario o negligencias médicas*. AC Abogados - Visitado 16 de Enero de 2017, vía: <http://www.acabogados.es/negligenciasmedicas/>

⁴² Esta teoría será comentada posteriormente.

- RESPONSABILIDAD PENAL → cuando se infringen gravemente las normas de conducta lesionando los bienes jurídicos tipificados y contenidos en el Código Penal.
- RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA → se fundamenta en aquellas situaciones en las que la Administración Pública provoca, a través de personal a su servicio.
- RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA → regula la relación del personal sanitario como trabajador de la Administración sanitaria.
- RESPONSABILIDAD DEONTOLOGICA → surge de los Códigos Deontológicos y disposiciones específicas de los Colegios Profesionales.

Otra diferenciación será la que distingue los **errores médicos cometidos en centros médicos públicos** o por sus profesionales sanitarios, y por otro lado los **errores sufridos en centros médicos privados** o por profesionales médicos privados.

i. POSIBLES ILÍCITOS:

▪ FALTA DE INFORMACIÓN

Como se ha establecido en la pregunta anterior la actual legislación establece que el paciente tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, así como las consecuencias de esta y sus posibles tratamientos y efectos, para posteriormente decidir lo que estime más oportuno.

La jurisprudencia entiende el deber de informar al paciente como un deber profesional necesario, tanto en los supuestos de culpa contractual como extracontractual (STS, de 31 de marzo de 2004, RJ 2004/2323). Además de que constituye una obligación natural del contrato de servicios profesionales.

Del asunto planteado podemos interpretar que Carmen no comprendió el alcance de su situación ya que no aparece reflejado que se opongá al alta y tampoco le comenta a sus familiares la grave circunstancia en la que se encuentra, pero no queda totalmente probado con los datos aportados, pues no se hace referencia explícita a la existencia o inexistencia de este deber de información.

En caso de que existiera una vulneración del deber de información constituye infracción de la *lex artis* (STS nº 743/2008, RJ 541/2002)⁴³, pudiendo imputarse a los médicos el daño producido a la paciente. Se afirma en la mencionada sentencia que:

“a la vista de las actuaciones judiciales llevadas a cabo en la litis no existió información completa, continuada, leal ni veraz, ni consentimiento informado, por lo que el médico demandado incumplió el deber que le impone la Ley y debe correr con la responsabilidad civil que ello lleva aparejado, así como el resto de los codemandados en su correspondiente posición con el agente prestador del acto médico”.

Sin embargo, como veremos seguidamente, no cabe la responsabilidad civil por tratarse de un hospital público.

Obviando la circunstancia de que fue dada de alta, si esta no se hubiera producido, los profesionales médicos le habrían practicado una embolización para la que sería preciso el consentimiento informado.

⁴³ Vid en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública STS RJ 2012\1727, STS RJ 2012\9799

Si Carmen hubiera estado debidamente informada, se exonerará de la responsabilidad. Destaca la AP Madrid, sección 9ª, 30 de enero de 2009(nº 42/2009, AC 2009/296) *en la que la paciente suscribe la hoja de información del consentimiento tanto del anestesista como del médico que le practica la operación pero es finalmente condenado por negligencia en la misma.*

La STS nº 8065/1995 Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 16 de Febrero de 2004, FJ 5, declara que:

“la falta de consentimiento informado en supuestos graves coloca al paciente en una situación de inconsciencia frente a una situación de grave riesgo; le impide adoptar decisiones en relación con el tratamiento; y le impide adoptar medidas de prevención en el orden humano, lo que en sí constituye un daño moral susceptible de ser indemnizado con independencia de que se haya concretado o no el riesgo sobre el que se omitió la información”.

▪ **OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO**

El delito de omisión del deber de socorro es un delito de omisión pura, en el que el médico culpable está obligado a prestar asistencia sanitaria, por su condición de profesional en el ejercicio de esta.

Además, la paciente no tiene que estar desamparada ni en peligro manifiesto y grave, sino que el riesgo es precisamente el **resultado de la denegación o abandono** según el **artículo 196 CP**, por lo que en este caso sería una denegación de asistencia al no dejar a Carmen ingresada por parte de los profesionales sanitarios obligados a actuar.

En relación a esto la sentencia de la Sala de lo Penal del TS nº 648/2015, de fecha 22 de octubre de 2015 (Rec. 385/2015) condenó por omisión de socorro al médico que no atendió a un herido grave a las puertas del hospital.

▪ **INOSERVANCIA DE PROTOCOLOS**

Otra posible negligencia sería la resultante del posible incumplimiento de los protocolos establecidos para estos casos por el CHUAC, los cuales comprenden una serie de normas y reglas técnicas que operan como pautas o recomendaciones, pero no gozan de eficacia jurídica, tan sólo podrían apoyar el correcto deber de cuidado y la actuación correcta, no obstante, se están estableciendo como un elemento probatorio clave en los juicios por responsabilidad médico-sanitaria.

El **artículo 4.7 apartado b)** de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias establece como principio general:

“Los protocolos deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar”.

El **artículo 59.2.c)** de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, incluye en los elementos que configuran la infraestructura para la mejora de la calidad del Sistema Nacional de Salud, a las *guías de práctica clínica* y *guías de práctica asistencial*, que son descripciones de los procesos por los cuales se diagnostica, trata o cuida un problema de salud.

Algunas sentencias en las que han sido trascendentales son la STSJ de Cataluña Sala de lo Contencioso, 19 de Febrero de 2003 (nº de recurso 109/2002) en la que se condena a la Administración por la omisión de las pruebas recomendadas en los protocolos asistenciales ante un cuadro de disnea. La sentencia de la Sección 5ª de la AP de Pontevedra de 4 de febrero de 2003 (RJ 158/2001) que sustenta su condena, en la infracción de los protocolos médicos y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 229/2008 de 3 marzo (JUR 2008\369940) en la que se absuelve al SAS por ajustarse al protocolo en cataratas⁴⁴.

▪ ALTA PREMATURA

A la paciente se le detecta un aneurisma y se decide que la mejor opción será la embolización, pero como es fin de semana y no tienen camas le dan el alta, pendiente de llamarla para realizar el procedimiento. Sin concretarse exactamente quién dio esta orden. El alta prematura puede ser producida por criterios económicos que en todo caso irían en contra de la salud del paciente que es lo primordial.

Ya en la STS nº 629/1995 de 19 junio. (RJ 1995/4927) se estableció en el fundamento de derecho 5º que:

“no pueden imputarse los resultados a la impericia de la esposa, que debe darse por descontado, sino a la precipitación en las altas dadas en el hospital”.

Asimismo la STS nº 468/2006 de 19 mayo (RJ 2006\3277) condenó al INSALUD a indemnizar en 120.202,42 euros a la esposa de un paciente que falleció, a las 48 horas de su ingreso en el Servicio de Urgencias del Hospital Nuestra Señora de Sonsoles de Ávila (perteneciente al INSALUD), por un cuadro de obstrucción intestinal, al no haberle dispensado la atención sanitaria adecuada.⁴⁵

De tal forma que al producirse el alta se constatan deficiencias asistenciales. En este sentido, el **artículo 1903** CC supone una responsabilidad directa que no se halla subordinada a la individualización de un responsable, siempre que la acción negligente tenga lugar en el círculo de actividades del centro hospitalario y por circunstancias que resulten atribuibles a sus empleados (**artículo 1903.4** CC), por lo que responderá en tales casos el centro empleador, incidiendo en que no se requerirá la individualización concreta del doctor Vázquez, Seco o Fandiño, causantes del daño, ni la identificación del momento exacto de la atención médica en que tuvo lugar la deficiencia.

⁴⁴ Las SSTS de 16 de abril (Ponente: Sr. XIOL RÍOS) y 23 de mayo de 2007 (Ponente: Sr. MONTÉS PENADÉS), así como la de 24 de octubre de 2008 (Ponente: Sr. SEIJAS QUINTANA), destacan, asimismo, el valor de los protocolos médicos como instrumentos útiles con los que se facilita la concreción de la *lex artis*.

⁴⁵ Estableciendo en su fundamento de derecho 2º, que: «*En el presente caso, ha habido una desatención por parte del personal facultativo del Centro hospitalario, al no haber sido ingresado en la Unidad de Cuidados Intensivos (...) y, proceder a la inmediata adopción de las medidas oportunas, habida cuenta del peligro que entrañaba la grave afección diagnosticada a un paciente (...), hasta que, sobre las 6,30 horas del día siguiente, en que, tras previo aviso de la hija cuando aquél sufría un episodio de taquicardia y fiebre de más de 40 grados, acudió enseguida el médico cirujano, que ordenó la intervención quirúrgica por peritonitis, con el resultado que obra en la relación de hechos probados antes expuesta. En definitiva, aparece un defectuoso funcionamiento del Centro hospitalario, al no haber adoptado los medios de que disponía para el tratamiento adecuado del enfermo, que propiciaron la carencia de las convenientes medidas de vigilancia y seguimiento durante su hospitalización, abstracción hecha del personal médico individualizado a quien correspondiera su adopción, y que ha de ser atribuida, por vía de omisión, al "HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DE SONSOLES", y por consiguiente, al "INSALUD", lo que determina que debe responsabilizarse por culpa in vigilando, pues en tal comportamiento han concurrido los requisitos relativos a la culpa extracontractual, determinada en el art. 1902 del Código Civil».*

Apoya esta afirmación el **artículo 4:202** «Responsabilidad de la empresa» de los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil, que dispone en su apartado 1:

«Una persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico es responsable de todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible».

En el apartado 2 del mismo precepto se define el «defecto» como:

«Toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios».

De esta forma, a bastaría con probar que el origen del daño radicó en la esfera de actuación del CHUAC consecuencia de un «defecto» de este, sin tener que identificar si la causa del daño fue un asistente humano o técnico concreto de la misma⁴⁶.

▪ DESCONECTAR

En el momento en el que se desconecta a Carmen de la respiración asistida se encontraba en una situación de muerte cerebral. Por lo que, ni la sangre ni el oxígeno le fluían al cerebro, consecuentemente deja de funcionar, sin embargo otros órganos como el corazón continúan recibiendo oxígeno y pueden mantenerse durante algunos días después de que el cerebro muera. Debido al gran avance de las técnicas que sustentan la vida, es posible mantener el corazón latiendo con medicamentos, e inducir artificialmente la respiración con un respirador⁴⁷.

En España la legislación indica expresamente que la hora del fallecimiento registrada en el certificado de defunción debe ser la hora en la que el médico completa el diagnóstico de muerte encefálica⁴⁸. "*El individuo no fallece como consecuencia de la retirada de la reanimación, sino justamente a la inversa: se interrumpe la asistencia reanimadora porque el individuo está muerto*". Esto es lo recogido en la conclusión número 12 de la III Conferencia de Consenso de la SEMICYUC Muerte Encefálica en las Unidades de Cuidados Intensivos, mantener la ventilación mecánica y un mínimo soporte cardiocirculatorio supone una mala práctica clínica y una inexcusable contradicción con el diagnóstico científico y legal establecido⁴⁹.

Tras confirmarse el diagnóstico de muerte encefálica, el doctor Vázquez debe retirar el soporte que induce la respiración artificial, siendo una actuación correcta tanto médica como legalmente, sin embargo, en determinados casos el coordinador de trasplantes, valorará si el paciente podría ser un donante potencial de órganos, lo que justificaría el mantenimiento de la respiración asistida.

En este momento la comunicación de la muerte a la familia de Carmen debió ser realizada de una forma inequívoca y en lenguaje asequible, estableciendo claramente que la muerte encefálica es

⁴⁶ Cf J. GALÁN CORTÉS. *op.cit*, pp. 403

⁴⁷ Cf MD. JANET M. TORPY. *Revista de la American Medical Association JAMA*, Vol. 301, núm. 11, 2009, pp. 1192.

⁴⁸ Art 9.2 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. "*La muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o del cese irreversible de las funciones encefálicas. Será registrada como hora de fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte*".

⁴⁹ D. ESCUDERO. *Diagnóstico de muerte encefálica*. *Scielo.isciii.es*. Visitado 26 Diciembre 2016, http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0210-56912009000400006&script=sci_arttext

igual al fallecimiento de la persona a efectos científicos, éticos y legales. Por lo que no sería una negligencia médica retirar la respiración asistida.

▪ IMPRUDENCIA

Tras la reforma CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se modifica el tratamiento de los delitos cometidos por imprudencia, surgiendo tres categorías de imprudencia en las que el núcleo del tipo injusto lo constituye la divergencia entre la acción realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado.

Se pudo causar la muerte de Carmen mediante la imprudencia grave o la menos grave. Existiendo la tipificación de la leve (esta deja de tener eficacia penal para pasar a generar una responsabilidad civil), las dos primeras son constitutivas de delito tal y como se prevé en el **artículo 142**⁵⁰. Debe examinarse cada caso concreto y las circunstancias que en él concurren para determinar el tipo de negligencia producida dentro de la actividad médica.

El concepto de imprudencia también aparece recogido por el Tribunal Supremo en su sentencia 1089/2009, concretamente en el recurso de casación interpuesto contra la misma (nº 818/2009), el cual cita lo siguiente:

“El delito imprudente aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas (...). A estos requisitos ha de sumarse el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado”.

En conexión con esta sentencia cabe señalar que la gravedad de la imprudencia dependerá del grado de incumplimiento del deber de cuidado y de la previsibilidad. Se medirá en atención al nivel de riesgo provocado o no controlado, ya que en este supuesto los facultativos se exponen a que suceda lo que finalmente ocurrió pudiendo actuar con una mayor diligencia si hubiera examinando coherentemente la necesidad de permanecer en el hospital.

Por último señalar que para ser investigado tiene que ser previamente denunciada, es decir, nunca será perseguible de oficio.

Concluyendo se podrían exigir responsabilidades por no haber suministrado una información adecuada o por no dejar a la paciente bajo supervisión médica (existiendo omisión de socorro y alta prematura).

⁵⁰ Sanciona al que por imprudencia grave o menos grave causare la muerte de otro, con especial mención en la imprudencia grave a la cometida por profesional, pues impone la inhabilitación de este.

ii. TRIBUNALES y PROCEDIMIENTOS

El TS ha establecido que goza de gran relevancia para determinar la posible responsabilidad, la conducta médico-sanitaria que causa el daño. Es decir, si se produce en el desarrollo de la actividad privada (incluyendo por cuenta propia) o en centro público, pues la jurisdicción competente dependerá de en cual se haya producido para ejercer unas acciones u otras.

El caso que nos atañe ocurre en una institución pública, dentro del Servizo Galego de Saúde, concretamente en el CHUAC (Centro Hospitalario Universitario de A Coruña) lo que implica excluir la posibilidad de emprender acciones civiles, ya que estas se ejercitarán cuando la negligencia se produzca en el ejercicio privado de la medicina, o cuando se preste en hospitales de tal naturaleza, no comprendidos dentro del sistema público de salud.

• RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

El doctor Vázquez es personal dependiente de la sanidad pública por lo que se exigirá esta responsabilidad debido al funcionamiento normal o anormal de esta.

Surge cuando se infringen normas de carácter administrativo cuya sanción será una multa pecunaria. Su fundamento lo encontramos a través del **artículo 106.2 CE** que establece:

“Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos”.

Asimismo el **artículo 32** de la LGS dispone:

“1. Las infracciones en materia de sanidad serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir”.

Desde el punto de vista competencial, ex **artículos 9.4** de la Ley Orgánica del Poder Judicial y **2.e)** de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el orden contencioso-administrativo conocerá de todas las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.

Según doctrina del Tribunal Supremo, destacando la Sentencia de 20 de enero de 1984, para que exista responsabilidad administrativa, sólo hace falta *“una actividad administrativa -por acción u omisión-, un resultado dañoso y una relación de causa a efecto entre aquella y éste, incumbiendo la prueba a quien reclama”.*

Dicho procedimiento se encuentra regulado en el **artículo 32** de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público, estableciendo que:

“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”.

Lo que está conectado con el **artículo 13 y 53** de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que recoge varios derechos a los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas, entre los que destacan los siguientes:

- Derecho a exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y autoridades, cuando así corresponda legalmente.
- Derecho a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.
- Derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.
- Derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

La responsabilidad de la Administración también viene regulada en el **Real Decreto 429/1993**, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Conforme al **artículo 6** de dicho reglamento, debemos presentar una reclamación al órgano competente, siendo una responsabilidad directa de la Administración por lo que se dirigirá a esta. El **artículo 36.1.** de la Ley 40/2015 excluye la acción directa contra el médico estableciendo que se exigirá directamente a la Administración Pública las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

Sin embargo cabe la acción de repetición regulada en el **artículo 36.2** de la Ley 40/15 en los casos en los que la Administración ha indemnizado y el profesional incurre en culpa clara, de entidad suficiente.

La primera fase del proceso se denomina incoación: esta puede iniciarse a instancia del perjudicado, lo habitual, o de oficio (estableciéndose en el **artículo 65**⁵¹ de la Ley 39/15 por la propia Administración. La reclamación se dirigirá al cargo titular del servicio sanitario causante de la lesión (Director Provincial). La reclamación habrá de incluir, según el **artículo 66.2** de la misma ley, las lesiones causadas, el nexo causal y la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible. No obstante caben otras concreciones (fechas, personas, circunstancias). Además se exige que el daño deba ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Y se acompañará de los documentos, alegaciones oportunas para la proposición de la prueba.

⁵¹ 1. Cuando las Administraciones Públicas decidan iniciar de oficio un procedimiento de responsabilidad patrimonial será necesario que no haya prescrito el derecho a la reclamación del interesado al que se refiere el artículo 67. 2. El acuerdo de iniciación del procedimiento se notificará a los particulares presuntamente lesionados, concediéndoles un plazo de diez días para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del mismo. El procedimiento iniciado se instruirá aunque los particulares presuntamente lesionados no se personen en el plazo establecido.

La normativa prevé que a pesar de que se inicie de oficio o a instancia de parte, una vez comenzado el procedimiento, este será el mismo en ambos casos, por lo que si el interesado no comparece se archivan las actuaciones.

El plazo para emprender acciones es recogido por el **artículo 67**⁵² de la Ley 39/15 y será de un año a contar desde el fallecimiento. A pesar de que en ocasiones se ha considerado contractual para aumentar el plazo como en la STS de 30 de diciembre de 1999.

Admitida a trámite se nombra a un instructor y se impulsan todos los trámites de oficio, necesarios para la resolución. Los actos de instrucción tienen como finalidad esclarecer los hechos y conformar el contenido de la resolución. Comprendiendo: prueba (elemento esencial que inculpará o exculpará al médico), informes (emitidos por el centro en el que ocurrieron los hechos) y trámite de audiencia al interesado (examen por éste del expediente íntegro y disposición del mismo para obtener copia, si así lo desea, de algún documento). Sin embargo podrá llegarse a acuerdo indemnizatorio antes de la audiencia.

Después de la instrucción del proceso se dará trámite de audiencia al interesado. Concluido este, se remiten todas las actuaciones y una propuesta de resolución al órgano consultivo correspondiente (Consejo de Estado o Consejo de Estado de la CCAA) solicitando dictamen sobre la existencia o no de relación de causalidad, la valoración del daño así como la cuantía y modo de indemnización, explicando los criterios empleados; pudiendo también en este punto alcanzar un acuerdo. Pero la terminación ordinaria que agota la vía administrativa y abre la contenciosa es la resolución administrativa. Pudiendo concluir el procedimiento, también, por silencio administrativo, entendiéndose denegada la pretensión por el transcurso de seis meses sin emitir resolución. Puede, por último, acabar de forma convencional mediante un acuerdo, entre la Administración sanitaria y el perjudicado, acerca de la indemnización que fijen de común acuerdo.

En el caso de no haber respuesta o que esta sea negativa, entonces se acudirá a los juzgados de lo Contencioso- Administrativo, que si estos fallasen en contra se podría recurrir ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN y si esta volviese a fallar en contra ante el Tribunal Superior de Justicia de la CCAA.

En el Artículo 96 se recoge la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común que podrá establecerse de oficio o a instancia de parte. El apartado 6 determina los trámites a seguir:

- a) Inicio del procedimiento de oficio o a solicitud del interesado.*
- b) Subsanción de la solicitud presentada, en su caso.*
- c) Alegaciones formuladas al inicio del procedimiento durante el plazo de cinco días.*
- d) Trámite de audiencia, únicamente cuando la resolución vaya a ser desfavorable para el interesado.*
- e) Informe del servicio jurídico, cuando éste sea preceptivo.*
- f) Informe del Consejo General del Poder Judicial, cuando éste sea preceptivo.*
- g) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos en que sea preceptivo. Desde que se solicite el Dictamen al Consejo de Estado, u órgano equivalente, hasta que éste sea emitido, se producirá la suspensión automática del plazo para resolver.*

⁵² 1. Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo.

El órgano competente solicitará la emisión del Dictamen en un plazo tal que permita cumplir el plazo de resolución del procedimiento. El Dictamen podrá ser emitido en el plazo de quince días si así lo solicita el órgano competente”.

La jurisprudencia también enumera qué requisitos deben darse para apreciar la existencia de esta responsabilidad: la efectiva realidad del daño (la muerte de Carmen) así como su antijuricidad, que sea causada por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (alta prematura o falta de información), ausencia de fuerza mayor (la muerte al no producirse el ingreso fue previsible y evitable por los médicos) y que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño por su propia conducta⁵³. En definitiva los demandantes no tendrán que probar la existencia de culpa en el profesional, pero si el nexo causal y que la conducta no fue conforme a la *lex artis*.

Algunas sentencias de interés son la STS de 1 de julio de 2009 (RJ 1515/2005) que señala que:

“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.

Por su parte, la STS de 25 de septiembre de 2007 (RJ 2052/2003) subraya que la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración exige la antijuricidad del resultado o lesión siempre que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, añadiendo las sentencias de 19 de junio de 2007 (RJ 10231/2003) y 9 de diciembre de 2008 (RJ 6580/2004) y que la prueba de la relación de causalidad corresponde al que reclama la indemnización.

Por último, el Tribunal competente en caso de que la acción se dirija solamente frente a la aseguradora de la Administración Pública, en ejercicio de una acción directa (contemplada en la Ley 50/80, **artículo 76**), será el orden contencioso-administrativo.

• RESPONSABILIDAD PENAL

Otra posibilidad sería optar por la reclamación de responsabilidad penal, teniendo en cuenta el principio de intervención mínima debiendo exigir solo en aquellos casos en los que el sujeto activo ha incumplido alguna norma o ha actuado de manera que su conducta encaja en las normas penales que tipifican la negligencia médica. Entendiendo que ha actuado de esta forma cuando es consciente del daño producido y no lo remedia⁵⁴, tipificándose en el **artículo 10** del CP:

“Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”.

Sin embargo el ejercicio de la acción penal, conlleva la acción civil, y por tanto la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración sanitaria. Esto es debido a que el **artículo 116** redactado por el número cincuenta y siete del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal establece:

⁵³ Vid FJ 3º de la STS de 14 febrero 2006 (RJ 2006/2780).

⁵⁴ J. MUÑOZ CUESTA. Responsabilidad penal médica, en Revista Aranzadi Doctrinal nº 11/2016 parte Comentario, 2016.

“Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno”.

Por lo que la responsabilidad civil subsidiaria derivada del ilícito penal, comprende el resarcimiento de daños y perjuicios a los familiares de Carmen, de los que es responsable el autor de los hechos.

Se interrumpirá la prescripción por el inicio de acciones penales cuando este procedimiento verse sobre hechos susceptibles de ser fundamentales para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración, según lo dispuesto en el **artículo 34** de ley 40/2015.

Habitualmente se escoge el procedimiento penal por su menor coste frente al civil (pero en este supuesto esta última vía ya no se contempla). Aun así comentar que esto sería debido entre otras cuestiones a que la actuación del médico-forense son de oficio por lo que no tendrá que sufragar este gasto; además suele ser más rápido y las indemnizaciones mayores que los procesos civiles.

En este ámbito será el doctor Vázquez, así como los otros médicos, contra los que se debe emprender acciones legales por incurrir en infracciones penales

El procedimiento a seguir será semejante al establecido en la responsabilidad administrativa; en primer lugar presentar un escrito reclamando al responsable del Centro y al médico implicado, aportando toda la información acreditativa. Si no hay contestación en un plazo de 6 meses o la respuesta no se ajusta a las peticiones o es negativa, entonces, cabe reclamar a través de la vía penal, a través de querrela o denuncia ante los Juzgados de 1ª Instancia de la CCAA. En el supuesto de que estos fallasen en contra se podría recurrir ante la AP. Si esta también fallase en contra, ante el Tribunal Superior de Justicia existiendo en última instancia la posibilidad del TS.

• **RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA**

Se refiere a la responsabilidad exigible al personal sanitario como trabajador de la Administración Pública Sanitaria por actuaciones dentro del mismo que hayan causado algún daño y que sean susceptibles de infracción disciplinaria. Por lo que es la organización para la que el facultativo presta servicios quien le exige responsabilidad.

El marco normativo es la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.y el EBEP; aplicándose con preferencia el primero en todo lo que no sea incompatible con el segundo, pues este prevalecerá en caso de incompatibilidad.

• **RESPONSABILIDAD DEONTOLÓGICA**

Surge de los Códigos Deontológicos y disposiciones específicas de los Colegios Profesionales. Específicamente el Código Deontológico de 2011 que será exigible por RD 1018/1980 de 19 de mayo de Organización médico Colegial.

CONCLUSIONES

María decide acudir a un abogado, pues cree que su madre ha sido víctima de una negligencia médica y quiere que le informe de los cauces legales a seguir. Si usted fuese su abogado, ¿contra quién emprendería acciones legales?; ¿ante qué tribunal?; ¿mediante qué procedimiento?; ¿podría imputarle algún ilícito? En caso afirmativo, ¿cuál o cuáles?

Tras producirse la muerte por negligencia médica, se abren cinco vías de responsabilidad: la administrativa, la penal, la civil, la deontológica y la disciplinaria.

Los médicos de este supuesto son dependientes de la Sanidad Pública, debido a lo cual pueden verse afectados por todas las formas expuestas, excepto por la vía civil al tratarse del CHUAC, un hospital público. Podrá optar por la vía contencioso-administrativa en la que deberá proceder contra la Administración pública, pues el profesional tan únicamente podrá ser demandado directamente en la vía penal.

En el supuesto que nos ocupa nos encontramos ante diferentes situaciones que son susceptibles de constituir ilícitos y serían los siguientes:

Falta de información

Tras examinar el caso planteado podemos interpretar que Carmen no comprendió el alcance de la situación, pues no se opone al alta y tampoco le comenta a sus familiares la grave circunstancia en la que se encuentra. Pero no queda totalmente probado con los datos aportados, pues no se hace referencia explícita a la existencia o inexistencia de este deber de información. En caso de que existiera una vulneración del deber de información constituiría una infracción de la *lex artis*

Omisión deber de socorro

En cuanto a este delito Carmen se ha visto afectada por la denegación de asistencia por parte de los profesionales del hospital al no dejarla ingresada, lo que se encuentra penado por el artículo 196 CP.

Alta prematura

El alta prematura en este supuesto puede haberse producido por criterios económicos u organizativos, que constatan una fragante deficiencia asistencial por los servicios del CHUAC. En este sentido, el artículo 1903 CC establece una responsabilidad directa que no se halla subordinada a la individualización de un responsable, siempre que la acción negligente tenga lugar en el círculo de actividades del centro hospitalario y por circunstancias que resulten atribuibles a sus empleados (artículo 1903.4 CC).

En suma, bastaría con probar que el origen del daño radicó en la esfera de actuación del CHUAC consecuencia de un «defecto» de este, sin tener que identificar cuál fue concretamente la causa del daño.

Finalmente las vías a seguir para exigir responsabilidades serán las que a continuación se exponen:

• RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

En cuanto al interrogante de contra quién dirigir la acción, el **artículo 36.1.** de la Ley 40/2015 excluye la acción directa contra el médico, estableciendo que se exigirá directamente a la Administración Pública. Pero existirá la posibilidad de que esta efectúe una acción de repetición contra el doctor, regulada en el **artículo 36.2** de la Ley 40/15.

En segundo lugar el procedimiento comenzará con la fase del proceso llamada incoación. Admitida a trámite se nombra a un instructor y se impulsan todos los trámites de oficio, pudiendo llegar a acuerdo indemnizatorio antes de la audiencia, tras finalizar la instrucción. Posteriormente se remitirán todas las actuaciones y una propuesta de resolución al órgano consultivo correspondiente (Consejo de Estado o Consejo de Estado de la CCAA) solicitando dictamen.

En caso de no haber respuesta o que esta sea negativa, se debe acudir a los juzgados de lo Contencioso- Administrativo, que si fallasen en contra se podría recurrir ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN y si esta volviese a fallar en contra ante el Tribunal Superior de Justicia de la CCAA.

• RESPONSABILIDAD PENAL

La exigencia de responsabilidades penales recaerá sobre el doctor Vázquez o el resto de doctores que intervinieron en el proceso, emprendiendo acciones legales por incurrir en infracciones penales.

El procedimiento a seguir será semejante al anterior. En primer lugar se presenta un escrito reclamando al responsable del Centro y al médico implicado. Si no hay contestación en un plazo de 6 meses o la respuesta no se ajusta a las peticiones o es negativa, entonces, cabe reclamar por la vía penal, a través de querrela o denuncia ante los Juzgados de 1ª Instancia de la CCAA. En el supuesto de que estos fallasen en contra se podría recurrir ante la AP. Si esta también fallase en contra, ante el Tribunal Superior de Justicia existiendo en última instancia la posibilidad del TS.

• RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

Es la exigible al personal sanitario por la organización para la que presta sus servicios.

• RESPONSABILIDAD DEONTOLOGICA

Surge de los Códigos Deontológicos, por lo que será exigida por la Organización médico Colegial.

III. VALIDEZ INSTRUCCIONES PREVIAS

INTRODUCCIÓN

La Medicina ha avanzado significativamente en los últimos años y ha conllevado a que aumente la esperanza de vida. Con este cambio se plantean nuevas cuestiones que afectan al principio de autonomía y a la toma de decisiones en el ámbito clínico, pues surge un problema cuando el sujeto que debe tomar la decisión ya no es capaz. En este momento surgen tres posibilidades:

- Que el paciente haya dejado previamente sus preferencias.
- Que nombre a un sustituto para que tome las decisiones oportunas.
- Que a falta de indicaciones previas, las medidas las adopten los médicos según protocolos.

Las «instrucciones previas», denominadas así por Castilla y León, Madrid, Murcia, Galicia, La Rioja y Asturias, reciben distintos nombres según la CCAA en la que se regulen, denominándose «voluntades anticipadas» en Cataluña, Aragón, Baleares, Castilla La Mancha, Comunidad Valenciana, Navarra y País Vasco; «declaración de voluntad vital» en Andalucía, «manifestaciones anticipadas de voluntad» en Canarias, «voluntades previas» en Cantabria y «expresión anticipada de voluntades» en Extremadura que reaccionan a la expresión «testamento vital», pues no es un testamento⁵⁵, sino un conjunto de “instrucciones” que deja el paciente de no poder expresar su voluntad posteriormente, por lo que tiene carácter personalísimo. En ocasiones, nombra a una persona de confianza, familiar o no, que será la que decida en su lugar, tomando su propia decisión o acatando la que el paciente le indicó.

Tanto en el testamento como en las instrucciones previas, hablamos de declaraciones unilaterales de la persona, y que por tanto requieren, un cierto formalismo.

Estos dos documentos difieren en cuanto al objeto sobre el que recaen (el testamento versa sobre la disposición de todos o parte de los bienes de su patrimonio y las instrucciones previas disponen sobre actuaciones sanitarias ajenas y futuras sobre el propio cuerpo) y, lo que es fundamental, el primero es, en todo caso, una disposición con eficacia *post mortem*, mientras que la eficacia de las instrucciones previas no estará condicionada a la muerte del otorgante, sino al estado sobrevenido de incapacidad para poder tomar decisiones en caso de enfermedad terminal, que no necesariamente tiene por qué ser cercana a la muerte. Debido a esto, será un acto jurídico *inter vivos*⁵⁶ que, excepcionalmente, sería revocable, siempre que el otorgante se halle en plenitud de facultades mentales. Pudiendo redactarse tanto en documento público como privado, siendo el destinatario el médico responsable.

El documento de instrucciones previas será el reflejo del respeto a la autonomía de las personas, pues podrán decidir sobre los cuidados y tratamientos que desean recibir o no en el futuro ante una determinada circunstancia o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de sus órganos. Por ello, es considerado un mecanismo de autotutela, consistiendo en una manifestación de los derechos sobre la propia personalidad en relación con la salud, integridad física y la vida privada.

Recordemos que el derecho al consentimiento informado persigue la profundización y la mejora de la autodeterminación en la toma de decisiones en todo lo concerniente a materia de salud. Así, las instrucciones previas son la expresión última de dicho derecho en el ejercicio de una autonomía

⁵⁵ Se define en el artículo 667 del Código Civil como “*el acto (de la persona) por el cual dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos*”.

⁵⁶ A pesar de lo cual también puede gozar de eficacia después del fallecimiento del otorgante cuando hace disposición de sus propios órganos.

de carácter prospectivo⁵⁷. También abarcará el principio de respeto a las personas, por aceptar las decisiones de los pacientes, el principio de beneficencia porque el mayor bien para el enfermo puede no ser otra cosa que respetar sus opiniones, así como el principio de lealtad, por respetar las opiniones y promesas establecidas por el enfermo.

Además de permitir al paciente influir en las futuras decisiones asistenciales, facilita a los profesionales de la salud la toma de decisiones respetuosas con la voluntad del enfermo cuando este no tiene ya capacidad para decidir por sí mismo.

i. INSTRUCCIONES PREVIAS

En el Convenio de Oviedo regula el consentimiento en el capítulo II, **artículos 5-9**, y en concreto el **artículo 9** dispone que:

“deberán tomarse en cuenta los deseos emitidos con anterioridad por el paciente que, al tiempo de la intervención, no se hallare en estado de expresar su voluntad en orden a una intervención médica”.

En la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en 2005 se avanza hacia la idea de la responsabilidad de las decisiones adoptadas por los individuos⁵⁸.

Sin embargo, la realidad es que en Abril de 2015 se habían registrado en toda España 185.665 documentos de instrucciones previas, lo que pone de manifiesto una ausencia de cultura sobre las mismas, dada su escasa aplicación, unido a un problema de eficacia de la norma⁵⁹.

Es necesario que se cumplan una serie de requisitos para que desplieguen efectos jurídicos: primero, habrá que asegurar la identidad del otorgante; en segundo lugar, habrá que comprobar la capacidad de obrar del mismo, lo cual trataré seguidamente y en tercer lugar, es importante que dicha voluntad sea conocida por los profesionales sanitarios que deban atender al paciente en cualquier establecimiento o centro sanitario de España.

Cuando las personas hayan expresado con anterioridad sus deseos (instrucciones previas o voluntades anticipadas), debe matizarse que tener en cuenta lo expresado previamente no significa que se deban seguir si o si, pues en ocasiones se han establecido mucho tiempo antes de la intervención, por lo que puede haber fundamento para no respetar la opinión del paciente, teniendo especialmente en cuenta el avance técnico de la medicina. Por cuanto el facultativo deberá, en la mayor medida posible, aplicar los deseos del paciente si son aún válidos.

Destacan las importantes diferencias que se aprecian entre comunidades autónomas e incluso entre estas y la regulación estatal.

⁵⁷ Vid. J. ZABALA BLANCO, Y J. DÍAZ RUIZ. *Reflexión sobre el desarrollo y utilidad de las instrucciones previas. SEMERGEN en Medicina de Familia*, 2010, pp. 266-272.

⁵⁸ Artículo 5 – Autonomía y responsabilidad individual *“Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses”.*

⁵⁹ R. DE LORENZO. *El Registro Nacional de Instrucciones Previas y su eficacia. Redacción Médica*. Visitado 14 January 2017, vía: <http://www.redaccionmedica.com/opinion/el-registro-nacional-de-instrucciones-previas-y-su-eficacia-1810>

La Ley 41/2002 completará lo recogido en la LGS, yendo más allá del Convenio de Oviedo, pues ordena que se cumplan los deseos, obligando al médico y al Estado. Tal y como se indica en el **artículo 11.3** que amplía la aplicación a cualquier situación de incapacidad:

«Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas».

Se crítica a la Ley básica estatal que limite al exigir, en todo caso, la mayoría de edad para la validez de las instrucciones previas. Concretamente en este supuesto se trata de una persona mayor de edad, con la madurez suficiente para otorgarlas, por lo que las instrucciones que disponga Carmen gozarán de eficacia.

Tras esta norma básica, se elaboran normas que pretenden el desarrollo efectivo de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 41/2002, como el Real Decreto 124/2007 y la Orden SCO/2823/2007.

El **artículo 11.2** de la Ley 41/2002 exige siempre la constancia escrita de las instrucciones previas, ya sea documento público o privado y deja a cada Comunidad Autónoma el establecimiento de otras formalidades (**artículo 11.5**⁶⁰), pudiendo revocarse libremente en cualquier momento, dejando constancia por escrito (tan sólo a efectos de prueba), por lo que surte efectos desde que se expresa verbalmente. Si se pudieran aplicar las instrucciones previas y el doctor Vázquez no lo hiciera debe dejar constancia en la historia clínica de doña Carmen, razonando el por qué.

El artículo 5 de la ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, codifica las instrucciones previas en la Comunidad Autónoma de Galicia.

Así pues existen tres procedimientos para formalizarlas: bien ante notario, ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no podrán tener relación de parentesco, hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial, con el otorgante, o bien ante el personal del Registro gallego de instrucciones previas o de las unidades habilitadas. Por otra parte los límites a las instrucciones previas son los generales de la legislación básica.

En el **apartado 4** del artículo se establece que se hará llegar el documento al centro hospitalario y serán incorporadas a la historia clínica del paciente. Y en el **apartado 6** se estableció que se crearía un Registro Autonómico de Instrucciones Previas, adscrito a la Consellería de Sanidad, el cual fue puesto en marcha en 2008 por medio de RD.

A pesar de la importancia del documento de instrucciones previas, el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina no les concede una eficacia absoluta, pues en su **artículo**

⁶⁰ Artículo 11 “5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”.

9⁶¹ señala que los «deseos» del otorgante antes de una intervención deben «ser tomados en consideración». No existiendo una eficacia automática de las mismas, debiendo constatar en cada caso la correspondencia de las circunstancias actuales con las establecidas en el otorgamiento, así como la vigencia de la decisión por parte de la paciente.

En relación a los límites al contenido de las instrucciones previas el **artículo 11.3** de la Ley 41/2002 determina que no serán aplicadas:

“(…) Las contrarias al ordenamiento jurídico, a la lex artis, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones”.

Es en este último punto donde se debe centrar la atención, pues Doña Carmen realizó un documento de instrucciones previas en el que establecía que no fuese desconectada de la respiración asistida o de cualquier otro procedimiento que le prolongase la vida, por lo que no se trata de una previsión contraria al ordenamiento. Pero si a la *lex artis*, pues mantener la respiración asistida no le produciría beneficio alguno, como se explicó anteriormente, no procediendo mantenerla conectada; asimismo en las instrucciones previas no se abarca el caso de que se produzca muerte cerebral, debido a que según la legislación española es en ese momento cuando se certifica la muerte del paciente. Por tanto no se corresponderá tampoco con el supuesto de hecho y consecuentemente las instrucciones previas no se ajustan a esta situación, no siendo aplicables.

Concluyendo, los profesionales sanitarios demuestran escaso interés por las instrucciones previas y albergan serias dudas acerca de su utilidad. Según una encuesta realizada en el 2010 a médicos de urgencias y cuidados intensivos de seis hospitales, revela que la mayoría era consciente del derecho a respetar las instrucciones previas pero tan sólo la mitad, ante un paciente grave o terminal, se planteó que las hubieran otorgado⁶². Y, según datos del Ministerio de Sanidad, en octubre del 2016 en Galicia de cada mil personas tan sólo 2,04 las habían otorgado.

CONCLUSIONES

Con respecto al *documento de instrucciones previas*, ¿qué validez legal tiene en este supuesto? Pese a la voluntad en contra de la paciente y de su familia, ¿pueden los médicos retirar el soporte de respiración asistida?

Las instrucciones previas otorgadas por Carmen, sin tener en cuenta el supuesto en el que se aplican, son totalmente válidas. Han sido otorgadas por una persona mayor de edad, con madurez suficiente, y no son contrarias al ordenamiento jurídico. Por lo que las instrucciones que dispuso Carmen gozan de eficacia.

Sin embargo la situación que se produjo no encaja en el planteamiento previsto por Carmen ya que dispuso que no fuese desconectada de la respiración asistida, o de cualquier otro procedimiento que le prolongase la vida. Dado que entra en estado de muerte cerebral, lo cual para la legislación española es sinónimo de muerte del paciente, no se corresponderá con el supuesto de hecho. Asimismo mantener la respiración asistida no le produciría beneficio alguno

⁶¹ Artículo 9: “Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad”.

⁶² Cf M. ARCOS VIEIRA, *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2016, pp. 115.

y sería una práctica contraria a *lex artis*. Consecuentemente las instrucciones previas no serán aplicables.

IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Es preciso comenzar estableciendo que se reclamarán los daños sufridos por la madre, Carmen, por la producción de un dolor y un prolongado sufrimiento, consecuencia de la negligencia, acabando en muerte. El interrogante recae sobre la posibilidad de que una de las hijas de la fallecida reclame, y tras obtener una indemnización, si debe o no debe repartir la indemnización. Para tratar esto es preciso estudiar la legitimación activa, y más concretamente la “*ad causam*”⁶³, ya que es la vinculación de un sujeto con la pretensión que ejerce, en este caso, indemnización por posible negligencia. Lo cual es normativizado por el **artículo 10** de la LEC:

“Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”.

También el **artículo 19.1 a)** de la LRJCA concede legitimación a las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.

Tal y como expone la sentencia de la AP de León nº 67/2007 el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por muerte, *no surge como "iure hereditatis", sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SS. 4 mayo 1983 [RJ 1983, 2622; 14 diciembre 1996 [RJ 1996, 897]), cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes”*

Es doctrina del TS que el derecho a la indemnización por muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable “*ex iure proprio*”(es decir por propio derecho), pues algo que no ha formado parte del patrimonio no puede ser parte de la sucesión, por tanto la legitimación no corresponde a los herederos en esta condición, sino a los perjudicados por el fallecimiento.

Esto se desprende de la STS nº 90/2006 de 2 febrero (RJ 2006/2694) en la que se determina que:

"el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como "iure hereditarias", sino como un derecho originario y propio del perjudicado (SSTS de 4 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2622) y 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8970)), y como establece la sentencia de 18 de junio de 2003, están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte "iure proprio", las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él".

También la STS de 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9694) al señalar que:

"las acciones ejercitadas al amparo del artículo 1902 legitiman a los perjudicados, y quien se tiene por tal puede instar lo que estime su derecho, sin perjuicio de que habrá de demostrar su condición de perjudicado; que lo sea o no, es cuestión de fondo, con la que nada tiene que ver la excepción procesal del artículo 533.2. En cualquier caso, es reiterada y constante la doctrina jurisprudencial según la cual la condición de perjudicado, bien sea por hechos delictivos como cuasidelictivos, no necesariamente

⁶³ Existiendo también la «*ad processum*», siendo la aptitud para actuar de forma válida en el proceso, por lo que es sinónimo de la capacidad de obrar.

coincide con la de heredero, y sobre todo la muerte de un ser querido no incorpora a su as hereditario ningún derecho de contenido patrimonial nacido de su propia muerte".

En el mismo sentido la sentencia del TS de 4 de octubre de 2.006 (RJ 2006/6427) que recoge que:

"que no es la condición de heredero, sino la de perjudicado, la que legitima a las personas para promover la acción que nos ocupa, y constituye pacífica y reiterada doctrina jurisprudencial la relativa a que el derecho a reclamar este tipo de indemnizaciones pertenece "ex iure proprio" a la persona que resulte perjudicada por el suceso y no "ex iure hereditatis", pues tal derecho, en todos los casos (...) no llegó a formar parte del caudal relicto y, por tanto, no ha podido transmitirse a los herederos".

Recientemente, el TS en las sentencias de 13/9/12 (RJ 2012, 11071)(en la que se ejercitaba acción de indemnización por lesiones y daños derivados de accidente de tráfico), y de 20/5/15 (RJ 2015, 2456)(se ejercitaba acción de indemnización por los daños producidos, lesiones y secuelas derivados de una caída, falleciendo la demandante una vez admitida a trámite la demanda y produciéndose entonces la sucesión procesal en la persona de sus herederos), reconoce legitimación activa a los herederos para reclamar por los daños morales sufridos por el causante fallecido, si se dan determinadas condiciones, pero sólo se está ejercitando acción de indemnización por daños morales.

Por el mero hecho de morir Carmen no se deriva ningún derecho ejercitable. En el supuesto a estudio, el derecho a la indemnización será de los perjudicados sean o no herederos, debiendo probar que lo son efectivamente. La indemnización será recibida en esta condición y no en la de herederas de su madre.

Pueden surgir dos situaciones, una en la que María emprenda las acciones conjuntamente con Juana o que las ejerza unilateralmente. Por lo que si María ejercita tan sólo en su propio nombre no tendrá por qué repartir el importe, sin perjuicio de la posibilidad de que Juana demande posteriormente solicitando la indemnización.

La indemnización por muerte tiene en cuenta el número de perjudicados, además de si son los efectivos herederos de la fallecida. Si por las dos se puede reclamar 10, en solitario cada una tiene 5. Si sólo reclama ella sólo puede hacerlo por 5. Es como si tuvieran dos acciones distintas aunque sean dependientes de un mismo hecho.

CONCLUSIONES

En caso de que María emprenda acciones legales contra los médicos o a la administración y obtenga una indemnización, ¿debería repartir el importe con su hermana Juana?

La jurisprudencia del TS ha establecido que el derecho a la indemnización por muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable "ex iure proprio", tras fallecer Carmen no se derivará ningún derecho ejercitable por sus herederos.

La STS nº 90/2006 de 2 febrero (RJ 2006/2694) expone que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte, "iure proprio", herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto dependan económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos.

En el caso no se determina el modo de llevar a cabo la reclamación, por lo que puede que María emprenda las acciones conjuntamente con Juana o que las ejerza unilateralmente. De ejercitarlas tan sólo en su propio nombre no tendrá por qué repartir el importe; sin perjuicio de la posibilidad de que posteriormente Juana demande solicitando la indemnización. De reclamar en nombre de ambas si debería repartir el importe obtenido.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

STEDH caso de la Sociedad Plon contra Francia, de 18/05/04.

STEDH caso Z. c. Finlandia de 25 de febrero de 1997, § 95.

STEDH caso L.L. c. Francia, de 10 de octubre de 2006, § 44.

Sentencias del Tribunal Constitucional:

- 231/1988
- 214/1991
- 20/1992
- 142/1993
- 292/2000
- 115/2000
- 196/2004
- 447/2001
- 37/2011

Sentencias del Tribunal Supremo (RJ):

- STS 1998/6741
- STS 1998/9694
- STS 1515/2005
- STS 1995/4927
- STS 541/2002
- STS 567/2010
- STS 3971/1998
- STS 1876/1991
- STS 1784/2005
- STS 2001/2016
- STS 2052/2003
- STS 2003/359
- STS 2004/2323
- STS 2006/8059
- STS 2006/2694
- STS 2006/8059
- STS 2006/3277
- STS 2009/1271
- STS 2013/3384
- STS 2013/359

SAP de Madrid 42/2009

SAP de Pontevedra 79/2003

SAP de Pontevedra 158/2001

SAP de León 67/2007

STSJ de Andalucía 2008/369940

STSJ de Cataluña 109/2002

STSJ de Cataluña JUR 2003/270515

BIBLIOGRAFÍA

REVISTAS

BELLO JANEIRO, B. «Comentario a la STS de 13 de octubre de 2009. Responsabilidad del centro médico y de los facultativos por ausencia de consentimiento informado. Información adecuada y suficiente. Falta de consentimiento escrito. Prueba del consentimiento por otros medios. Carga de la prueba de la información médica. Incongruencia omisiva. Doctrina jurisprudencial a efectos de casación civil», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 83, mayo-agosto 2010.

JANET, M. & TORPY, M. Muerte Cerebral, en *Revista de la American Medical Association JAMA*, Vol. 301, nº 11, 2009.

MARSÉ MILLA, P. Muerte encefálica y toma de decisiones en la Unidad de Cuidados Intensivos, en *Medicina Intensiva*, nº 24(4), 2000.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A. La información al paciente y el consentimiento informado en el derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* nº8, 2014.

TORO FLORES R., SILVA MATO, A., PIGA RIVERO, A., & ALFONSO GALÁN, M. Conocimientos y actitudes de médicos y enfermeras sobre las instrucciones previas, en *Atención Primaria*, nº45(8), 2013.

ZABALA BLANCO, J. & DÍAZ RUIZ, J. Reflexión sobre el desarrollo y utilidad de las instrucciones previas, en *Medicina de Familia*, nº 36, 2010.

LIBROS

ALONSO OLEA, M., & FANEGO CASTILLO, F. Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Madrid, Thomson Civitas, 2003.

ANTEQUERA, J. & BARBERO, J. Guías de ética en la práctica médica. Madrid, Fundación de Ciencias de la Salud, 2006.

ARBE OCHANDIANO, M. Estudio de las instrucciones previas en el ámbito sanitario a través del ordenamiento jurídico español. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2011.

ARCOS VIEIRA, M. Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites. Navarra, Aranzadi, 2016.

BELLO JANEIRO, D. Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria. Madrid, Reus, 2003.

DUCH, J. Manual de derecho sanitario. Barcelona, Atelier, 2012.

GALÁN CORTÉS, J. Responsabilidad civil médica. Madrid, Civitas, 2016.

GALLARDO CASTILLO, M. & CRUZ BLANCA, M. La responsabilidad jurídico-sanitaria. Las Rozas, La Ley, 2011.

GARCÍA HERNÁNDEZ, T., Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis. Madrid, Edisofer, 2002.

GUERRERO ZAPLANA J. Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Valladolid, Lex Nova, 2006.

LLEDÓ YAGÜ, F. & MORILLAS CUEVA, L. & MONJE BALMASEDA, O. Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. Madrid, Dykinson, 2012.

ORTEGA PÉREZ, A. Derecho sanitario. Madrid, CTO, 2011.

PALOMAR OLMEDA, A. & CANTERO MARTÍNEZ, J. & LARIOS D. GONZÁLEZ GARCÍA, L., & MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. Tratado de derecho sanitario. Navarra, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

PALOMARES BAYO, M. & LOPEZ, J. El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital, Granada, Comares, 2002.

QUIJADA GONZÁLEZ, M. & TOMÁS Y GARRIDO, G. El testamento vital. Alcalá la Real, (Jaén), Formación Alcalá, 2014.

REQUEJO NAVEROS, M. T. El delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética, Madrid, Colex, 2005.

SÁNCHEZ-CARO, J. & ABELLÁN, F. Instrucciones previas en España. Granada, Comares, 2008.

SÁNCHEZ RUIZ, I. & GARCÍA DE LA SERRANA, J. Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil. Navarra. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

SANZ MULAS, N. & CALVO SÁNCHEZ, M. Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria. Granada, Comares, 2012.

VIDAL, Z. El secreto médico a través de los tiempos. Zaragoza, Real Academia de Medicina, 1996.

PAGINAS WEB

“Diagnóstico de muerte encefálica”. D. ESCUDERO. Medicina Intensiva vol.33 n°4 Mayo 2009.
http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0210-56912009000400006&script=sci_arttext

“El Registro Nacional de Instrucciones Previas y su eficacia”. R. DE LORENZO. Redacción Médica.
<http://www.redaccionmedica.com/opinion/el-registro-nacional-de-instrucciones-previas-y-su-eficacia-1810>

“La responsabilidad profesional en el ámbito sanitario o negligencias médicas”. A. ABOGADOS. AC Abogados.
<http://www.acabogados.es/negligenciasmedicas/>