

TESIS DOCTORAL

“LAS CUATRO VERTIENTES DE LA
RESPONSABILIDAD SANITARIA”

Autor: Francisco Javier Carro González

ÍNDICE

I.	PREÁMBULO: OBJETIVO DE LA TESIS	5
1.	Antecedentes de la investigación.	5
2.	Título de la tesis doctoral.	6
3.	Estructura.	8
4.	Objetivo.	10
5.	Jurisprudencia.	11
II.	INTRODUCCIÓN: LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO	14
III.	LA PRIMERA VERTIENTE: RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO	22
1.	Análisis normativo.	22
2.	Responsabilidad contractual <i>versus</i> responsabilidad extracontractual.	31
3.	La culpa como base de la responsabilidad civil.	34
4.	Obligación de medios y obligación de resultados.	37
5.	Responsabilidad objetiva y actuación negligente.	38
6.	Presunción de culpa y carga de la prueba: Inversión de la carga.	41
7.	La doctrina del daño desproporcionado.	43
IV.	LA SEGUNDA VERTIENTE: RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO	45
1.	Asistencia sanitaria: faltas y delitos.	48
2.	La imprudencia en el ámbito sanitario.	52
2.1.	El delito imprudente.	55
2.2.	La previsibilidad del daño.	57
2.3.	Configuración del deber de cuidado: <i>lex artis</i> médica.	60
2.4.	Responsabilidad por omisión: posición de garante.	64
2.5.	Imprudencia y trabajo en equipo: Principio de confianza.	65
2.6.	Regulación de la imprudencia en el Código Penal.	66
3.	El delito de omisión de asistencia (art. 196 CP).	71
4.	El delito de aborto y los supuestos despenalizados. Ley Orgánica 2/2010.	73
5.	Revelación de secreto profesional.	76
6.	El peritaje médico y el falso peritaje.	80
7.	Delitos contra la salud pública.	83

V.	RESPONSABILIDAD SANITARIA Y DAÑO MORAL	85
1.	Daño moral derivado del daño corporal.	87
2.	Afectación psicológica grave.	89
3.	Privación de asistencia sanitaria o de decisión sobre el tratamiento.	90
4.	Daños morales y daños patrimoniales.	94
5.	Diagnósticos prenatales erróneos y contracciones fallidas.	95
2.7.	<i>Wrongful birth.</i>	95
2.8.	<i>Wrongful life.</i>	98
2.9.	<i>Wrongful conception.</i>	99
VI.	LA TERCERA VERTIENTE: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA	104
1.	Responsabilidad objetiva.	104
2.	Responsabilidad por funcionamiento normal.	105
3.	Límites a la responsabilidad objetiva.	106
4.	Inversión de la carga de la prueba.	107
5.	Obligación de medios.	109
6.	Medicina curativa <i>versus</i> satisfactiva.	111
7.	Estado de la ciencia y riesgos del desarrollo.	112
8.	Doctrina de la pérdida de oportunidad.	114
9.	El daño desproporcionado.	116
10.	La reparación del daño: lucro cesante y daño emergente.	119
11.	Valoración del daño: baremos.	119
12.	Responsabilidad por actos de concesionarios y contratistas.	120
VII.	LA CUARTA VERTIENTE: RESPONSABILIDAD SOCIAL DEL MÉDICO	123
1.	Bioética.	123
2.	Deontología profesional.	124
3.	El derecho de información del paciente.	126
4.	La libertad de información y decisión.	127
5.	Falta de información debida	127
6.	El privilegio terapéutico.	139
7.	El consentimiento informado.	141
8.	Los comités de ética.	143
9.	Las instrucciones previas.	144
10.	La historia clínica.	145
11.	Responsabilidad social y transparencia.	148
VIII.	CASOS PRÁCTICOS	151

IX.	CONCLUSIONES	201
X.	NOTA FINAL	205
XI.	BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES	206
XII.	FIRMA DEL AUTOR	217

I. PREÁMBULO: OBJETIVO DE LA TESIS

1. Antecedentes de la investigación

Esta tesis pretende abordar el tema de la responsabilidad sanitaria desde un punto de vista múltiple, teniendo en cuenta como *quid* al Juez, y como esencia la medicina, y tratando de situar como receptores del mensaje, del objeto de estudio, a los distintos actores que intervienen en el ámbito de la Sanidad -a quienes va dirigida la obra-.

Y si el alma es el *iudex*, el principio rector será la jurisprudencia del Alto Tribunal.

*Iurisprudentia*¹, asimismo también entendida como ciencia del Derecho; según ULPIANO, consiste en el conocimiento de las cosas divinas y humanas, en la ciencia de lo justo y de lo injusto. Hace referencia la definición a la necesidad en el jurista de tener conocimiento general de lo relativo a los dioses y hombres, de lo sobrenatural y lo terrenal, y un más científico conocimiento de lo justo y lo injusto, para tender a lo primero y evitar lo segundo (*Digesta Iustiniani*).

En diferentes términos semánticos, establecían JUSTINIANO en las *Digesta* y PAULO en la obra jurisprudencial *ad Plautium*: “*minime sunt mutanda, quae interpretationem certam Semper habuerunt*”², esto es, que no debe cambiarse el sentido de las leyes que siempre fueron interpretadas de una determinada manera.

Podemos considerar que la primera Jurisprudencia se origina como una interpretación rudimentaria, pero no sin fuerza creadora, de la que fue surgiendo un orden jurídico más amplio, acomodado a las necesidades prácticas de la época.

¹ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F., Diccionario de Derecho Romano. Reus, SA, 1995 (pág. 328)

² IGLESIAS-REDONDO, J., Diccionario de definiciones y reglas de Derecho Romano, Ariel, 2005 (págs. XII-XVII, y 152).

La médula de esta tesis, en cuanto al fondo, ha consistido en aproximarse a los distintos tipos de responsabilidad a los que, en un momento dado, pueden tener que hacer frente los mentados actores.

En cuanto a la forma, se han ido desarrollando las diferentes posturas doctrinales e interpretativas de los tribunales desde la raíz de la “ciencia del Derecho”, y las referencias jurisprudenciales, así como las distintas corrientes de académicos y autores sobre la responsabilidad médico-sanitaria, tratando por este autor, que sea lo más amplio, diverso, y profuso de lo publicado sobre la materia.

Añadir que, al margen de varios autores consultados acerca de cómo elaborar una tesis, este doctorando ha adoptado como manual de estilo, el de la *American Psychological Association* (APA), el cual es referencia obligada en las tesis doctorales internacionales por su normativa, ortodoxia y rigor academicista.

El eje fundamental, será la precisión técnica *-res ipsa loquitur-*, tratando al máximo, a su vez, de sumergirse en las fuentes de la *scientia* y la lógica.

2. Título de la tesis doctoral ^(*)

La *ratio essendi* y el *porqué* del título, atienden a que este autor ha confeccionado la tesis doctoral pormenorizadamente -analizando, investigando, observando- desde un punto de vista *-stricto sensu-* jurisprudencial y de corriente de pensamiento de la Magistratura, con especial dedicación al Alto Tribunal.

En la tesis doctoral quiero proponer como hipótesis fundamental que:

El juez como pieza básica de esta materia -jurista y “árbitro del *ius*”- tiene ante sí un eje cardinal compuesto por cuatro “aristas” -las cuatro vertientes- que no son independientes -sino todo lo contrario-.

Para razonar y argumentar, resolver y responder a dicha hipótesis formulada -a modo de “teoría y práctica”-, el autor propondrá jurisprudencia como base de la misma y dos ejemplos sobresalientes como paradigmas de la tipología de los cuatro vértices

desarrollados. Los casos prácticos en los que se da respuesta global a la hipótesis de las “cuatro vertientes”, la hipótesis iniciática de la tesis, son: el “Caso Maeso” y el “Caso Leganés”.

El Derecho -junto con el lenguaje- es la mejor muestra de cómo el legislador se va adaptando a los cambios sociales. El “Derecho evoluciona y la norma reacciona” con los nuevos usos y costumbres. La evolución humana es la transformación permanente. Así lo describe antropológicamente el científico y naturalista Charles DARWIN³ en “El origen de las especies”. Y fruto de dichas transformaciones sociales, se producen cambios en el Derecho y la Medicina.

Y como todo evoluciona, también lo hace esta tesis. Desde sus comienzos y proyecto inicial, la investigación llevada a cabo por este autor ha ido marcando y transformando la senda de lo que finalmente constituye el proyecto final, por lo que el título también debería adaptarse –sin apartarse radicalmente del origen- para reflejar de manera más completa y adecuada su contenido. Por ello, considero que el título final ^(*) a continuación recogido -una vez concluida-, y que como tal presento, da contestación de una manera más completa y precisa a aquello que he pretendido responder en mi hipótesis:

<p style="text-align: center;">“EL JUEZ ANTE LAS CUATRO VERTIENTES DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA”. (*)</p>

³ DARWIN, C., On the Origin of Species, Ed. John Murray, Londres, 1859.

3. Estructura

Partiendo del derecho a la protección de la salud como un derecho consagrado en el art. 43, de la Constitución Española (CE), se expondrá la normativa aplicable en función de la responsabilidad que se pretenda alegar en cada hipótesis.

Esquemáticamente, se analizará la tipología poliédrica -nexo común e inédito- de las cuatro siguientes vertientes que estructuran la tesis:

1. La responsabilidad civil del médico.
2. La responsabilidad penal del médico.
3. La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.
4. La responsabilidad social del médico.

En el primer apartado, respecto a la responsabilidad civil, se observará que además de la contractual, la responsabilidad extracontractual también es de aplicación en el campo sanitario, según recoge el art. 1.902 del Código Civil en virtud del cual toda persona responde de los daños que por acción u omisión cause a otro interviniendo culpa o negligencia, responsabilidad que será exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

El segundo apartado, es el que más preocupa a los profesionales de la medicina: la vertiente penal de la responsabilidad sanitaria. Se dedica un análisis al aspecto controvertido y debatido del “daño moral”.

En el tercer apartado, especial atención merecerá la vertiente de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, por aquellos daños originados al paciente a consecuencia de la actividad y el funcionamiento, no sólo anormal sino incluso normal, de la misma. Se hablará de responsabilidad patrimonial civil extracontractual, de modo que se prescindirá en este supuesto del elemento de culpa, fundamentando tal opción en el concepto de “lesión que el paciente no tiene obligación de soportar”.

Se atenderá, entre otros, a elementos como:

- La perspectiva civil de la responsabilidad -médica y hospitalaria-: responsabilidad extracontractual.
- Liberación de responsabilidad: fuerza mayor, asunción de riesgo por el paciente, resultado desproporcionado, riesgos de desarrollo y error de diagnóstico.
- La responsabilidad patrimonial de la Administración como prestataria del servicio sanitario público: omisión, retraso y actividad jurídica.
- Funcionamiento normal y anormal.
- Valoración de daños.

Por tanto, será necesario analizar la cuestión desde la perspectiva civil para determinar la responsabilidad civil fundamentada en la normativa relativa, entre otras, a la “extracontractual” del médico vinculado al ejercicio de su profesión, y además la “patrimonial” de la Administración Sanitaria como prestataria de un servicio público.

Por último, un cuarto apartado. Lo que este autor denomina la cuarta vertiente, la “responsabilidad social del médico”, se incardina con aspectos del propio “Juramento Hipocrático”, de compromiso y responsabilidad deontológica, materiales fundamentales de Bioética, de Ética médica, de Colegios Profesionales, y otros aspectos corporativos.

Se abordará la responsabilidad social del médico, concepto como tal inédito y que le otorga mayor valor a esta tesis, desde el prisma de la sociedad, del paciente-ciudadano-contribuyente, del deber de curar, el consentimiento informado, la historia clínica, colegiación *vs* corporativismo *vs* intrusismo, error médico, protocolos de actuación, etc., sin obviar la “responsabilidad social de la Administración Pública”, también la Administración Sanitaria, haciendo referencia a la futura transformación con motivo de la “transparencia” que la sociedad espera de ésta.

Los conceptos precedentes se han aglutinado en un único apartado a efectos relacionales y meramente expositivos -aunque no de analogía conceptual- de hipótesis doctoral y en referencia con el título.

Finalmente, el autor de esta obra establecerá y propondrá unas conclusiones, que son las reflexiones que se desprenden de la misma.

4. Objetivo

En relación a la naturaleza, y volviendo al objeto primordial de esta tesis doctoral señalado *ab initio*, el objetivo es abordar el tema de la responsabilidad sanitaria desde un punto de vista múltiple, teniendo en cuenta a todos los actores que intervienen en el ámbito de la Sanidad, estudiando los distintos tipos de responsabilidad a la que pueden tener que hacer frente.

Jueces, fiscales, abogados -juristas en general-, gestores y directivos de hospitales, de la Administración Pública, de la empresa privada, -y como no podía ser de otra manera- médicos y profesionales sanitarios, -todos ellos- cada vez más están afectados por aspectos relativos a responsabilidad civil y penal, muestra de la creciente sensibilización hacia esta materia objeto de la obra. Recientes sentencias como la del Alto Tribunal, de 16 de enero de 2012 así lo reflejan. (STS 279/2012, de 16 de enero de 2012, Sala Civil, Ponente: Magistrado Seijas)

Especial atención merece la responsabilidad civil extracontractual de la Administración Sanitaria por los daños originados al paciente, a consecuencia de la actividad y el funcionamiento -no sólo anormal- sino incluso normal, de la misma, de modo que prescindirá en este supuesto del elemento de culpa, fundamentando tal opción en el concepto de “lesión que el paciente no tiene obligación de soportar”.

Por tanto, es preciso analizar la cuestión desde la perspectiva civil para determinar la responsabilidad fundamentada en la normativa relativa, entre otras, a la responsabilidad extracontractual del médico en relación al ejercicio de su profesión, y además, la patrimonial de la Administración Sanitaria como prestataria de un servicio público.

En una sociedad cada vez más judicializada, las demandas y reclamaciones en el ámbito médico y sanitario han aumentado de manera considerable. Dicha proliferación está siendo especialmente preocupante para Gestores de Hospitales -públicos y privados-, Mutuas, Directivos de la Industria Farmacéutica, y particularmente, médicos y profesionales sanitarios. Los políticos y responsables de la Administración no son ajenos a este incremento de responsabilidad en su quehacer diario, y qué decir de los

medios de comunicación que no obvian estos hechos “noticiales” y se hacen eco difundiendo a través de los “*paper*”.

La Sentencia del llamado -por los medios de comunicación- “*Caso Leganés*” es un buen ejemplo de la gran repercusión jurídica, social, política y mediática de ello. “Los papeles” reflejaron la “alarma social” y el estupor que causó la denuncia anónima en la Consejería de Sanidad de Madrid. (STS de 28 de febrero de 2012, Sala Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Ponente: Magistrada Celsa Picó Lorenzo).

Como decíamos al inicio de este Preámbulo, en esta tesis se le dará énfasis, y por ende dedicación, al tratamiento del Alto Tribunal, en lo que este autor denomina como “las cuatro vertientes” de la responsabilidad sanitaria.

Ello me conduce a ir observando -a lo largo de la obra- los elementos comunes y la diversidad doctrinal, así también las líneas divergentes de autores, magistrados y tribunales, que en algunas ocasiones resultan más que contrapuestas. De ahí que la base referencial, el *leit motiv* de ésta, sea la jurisprudencia y la base doctrinal de los *magistratus maiores*.

5. Jurisprudencia

La jurisprudencia es la doctrina que se mantiene en las sentencias del Tribunal Supremo, de la Sala correspondiente a la materia que se trata, en el mismo sentido, y se requieren al menos dos sentencias sobre interpretación o aplicación de la Ley u otras fuentes del Derecho referentes a casos idénticos o muy parecidos, es decir, que resulten expresivos de un criterio uniforme declarado y reiterado (SSTS de 4 y 20 de diciembre de 2001, y 17 de julio de 2007). La jurisprudencia complementa el sistema de fuentes y el Tribunal Supremo es quien hace lo propio con el ordenamiento jurídico mediante los *ratio decidendi* contenidos en las sentencias dictadas (SSTS de 29 de junio de 1994 y 7 de marzo de 1998).

Señala el magistrado XIOL RÍOS⁴ que, la unidad básica del Derecho no son ya las normas, sino las decisiones y su justificación. La corrección de la actividad jurídica se mide mediante un test sobre el discurso argumentativo en los terrenos de la racionalidad lógica, discursiva y de la coherencia con las premisas (Toulmin). El deber de motivación, impuesto constitucionalmente, es un deber de justificación mediante la corrección y racionalidad en el uso del lenguaje. La corrección lingüística es una forma -quizás la única forma- de luchar por la verdad.

Partiendo de este principio, la perspectiva lingüística de la Filosofía ha fundado teorías de gran interés en el ámbito de las ciencias sociales en que se desarrolla el Derecho. Por ejemplo, “las teorías del discurso garantizador de la verdad” en el contexto de una democracia deliberativa (Habermas, Apel), la “teoría de los actos de lenguaje” (Austin), y la hermenéutica (Gadamer). Cita el magistrado del Alto Tribunal también, a Wittgenstein en esta línea de reflexión filosófica sobre el lenguaje y un adecuado tratamiento de la lógica lingüística. En definitiva, la argumentación dogmática y jurisprudencial debe dar a conocer con claridad la justificación de las decisiones expresando la racionalidad lógica, discursiva y material en que se funda la misma.

Afirma DAMIÁN MORENO⁵ la especial relevancia del valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), el cual es, de acuerdo con la Constitución, el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales. Hay que tener en cuenta, que la jurisprudencia tiene asignada una importante función como es, la de complementar el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el TS al interpretar y aplicar la Ley, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho. Lo que, evidentemente, convierte a la doctrina del TS en un elemento de gran influencia a la hora de condicionar las decisiones de los jueces inferiores.

En los países del “*common law*” (por ejemplo, EEUU o Reino Unido) los jueces inferiores están obligados por las decisiones de los tribunales superiores, y por eso se dice que los jueces crean Derecho (“*judges make law*”). No obstante, a pesar de que

⁴ ALAÑÓN OLMEDO, F., HENRÍQUEZ SALIDO, M.C., OTERO SEIVANE, J., El latín en la jurisprudencia actual, Civitas Thomson-Reuters, 2011 (págs. 21-22)

⁵ DAMIÁN MORENO, J., Introducción al sistema judicial español, Dykinson, 2010 (págs. 51- 52)

nuestro sistema -de “*civil law*”- difiere del modelo anglosajón produce, a veces, efectos similares a los que se derivan de la “vinculación al precedente”, pues existen supuestos en los que también es posible impugnar determinadas resoluciones judiciales cuando el juez se haya apartado en su decisión del criterio jurisprudencial previamente establecido.

La finalidad última de este *Tractatus* es generar un manual de consulta y referencia, en el seno del debate de las diversas tipologías y vertientes que subsumen a profesionales sanitarios, médicos, gestores, letrados, y -primordialmente- a jueces y fiscales ante la responsabilidad médico-sanitaria.

De ahí que, este autor haya recopilado una prolija cantidad de sentencias del Alto Tribunal, considerando -como máxima de reflexión- el prominente valor jurisprudencial de éste.

II. INTRODUCCIÓN: LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO

En general, como concepto, el Derecho español determina la responsabilidad por daño como una obligación, ésta, que desarrolla sus características específicas según la causa determinante o el ámbito en el que se produce el daño. De la necesidad de evitar que el perjudicado soporte las lesiones económicas, personales o morales nace la asunción de los daños ocasionados a una tercera persona⁶. Según recoge el art. 1.089 CC:

"Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia".

En los últimos tiempos asistimos a una ampliación del instituto de la responsabilidad civil en todos los órdenes jurisdiccionales; ampliación que, por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico y a la aplicación que del mismo hacen los Tribunales, afecta sobre todo al aspecto cualitativo, extendiendo los supuestos desencadenantes de la responsabilidad civil extracontractual a acciones, omisiones y, en general, situaciones que hasta ahora solían quedar al margen del debate indemnizatorio en el entendimiento de que no engendraban ningún derecho al resarcimiento por obedecer a accidentes fortuitos o desgraciados, o, simplemente, por no acreditarse una clara relación de causalidad entre la acción u omisión y el resultado dañoso.

Tipologías de responsabilidad

En términos amplios, el concepto de responsabilidad civil giraría alrededor de la obligación de indemnizar el daño causado. La responsabilidad en general es la asunción de las consecuencias de un daño normalmente traducidas en una estimación. Estamos ante supuestos en los que se genera un daño por la acción o inacción de alguien, daño que no debe soportar el que lo recibe, por lo que el causante tiene la obligación de

⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., Manual sobre la Responsabilidad en el derecho español (Colección Estudios Jurídicos), Edisofer, 2010 (pág. 9).

reparar el mismo. En este sentido responsabilidad equivaldría a imputación. Desde un punto de vista muy esquemático existen tres modalidades de responsabilidad civil:

- 1) Responsabilidad civil contractual.
- 2) Responsabilidad civil extracontractual.
- 3) Responsabilidad civil derivada de la responsabilidad penal.

A esto hay que añadir la responsabilidad patrimonial de la Administración, como régimen específico para los entes públicos. Es por ello que el CC establece que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos (1.091 CC). Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, según recoge el art. 1.093 CC, quedarán sometidas a las disposiciones del Capítulo II del Título XVI de este Libro (De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia).

Existe, pues, una yuxtaposición de responsabilidad contractual y extracontractual, con la posibilidad de ejercitar ambas acciones alternativa o subsidiariamente, u optando por una u otra: si se opta por sólo una de ellas el juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada sin que pueda variarla.

ESPINOSA FERNÁNDEZ⁷ subraya que la responsabilidad en términos jurídicos puede delimitarse en razón del campo de actuación jurídica en el que se la esté exigiendo: responsabilidad civil, administrativa, o penal.

La responsabilidad civil es la exigible en virtud de los preceptos 1.101, 1.106 y correlativos del Código Civil (CC), sobre “responsabilidad contractual”, y también del art. 1.902 del mismo, sobre “responsabilidad extracontractual”.

La responsabilidad civil se mueve en torno al “concepto de culpa”. Si hay culpa, hay responsabilidad. En caso de que no haya culpa, no hay responsabilidad.

⁷ FUENTES BARDAJÍ, J. de (Director) y ZABALA GUADALUPE, J.J. (Coordinador), Manual sobre responsabilidad sanitaria, Abogacía General del Estado, Aranzadi Thomson Reuters, 2009. (pág. 119).

La “culpa” o “imputación responsable” comprende desde las “conductas dolosas” hasta las “culposas o imprudentes”, ya sea a título de “negligencia grave” o “leve” (siempre con inteligencia y voluntad del causante del daño).

La responsabilidad administrativa, es la responsabilidad de las Administraciones Públicas (en adelante AA.PP.), y también de los funcionarios, empleados públicos o agentes terceros que incurrieran en culpa o negligencia.

La responsabilidad patrimonial se refiere al componente económico o de reparación económica de las AA.PP.

La responsabilidad penal es aquella derivada del “ilícito penal” (tipificado como delito o falta; su regulación se contiene en el Código Penal), es la primera -por orden de prioridades- de las responsabilidades exigibles.

Añadir que, junto con la responsabilidad penal también se exigirá la responsabilidad civil derivada de ese delito o falta.

Siguiendo este esquema, las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal (1.092 CC). La fundamentación jurídica de la responsabilidad civil declarada en el art. 22 del CP es en esencia la misma del art. 1.903 del CC, entre ambas existen diferencias no sólo originadas por la jurisprudencia de las Salas de los respectivos órdenes, puesto que cada Sala (con independencia de la conveniencia de una doctrina unificada) se siente vinculada exclusivamente por su propia jurisprudencia, sin perjuicio del valor ilustrativo que atribuye a las demás, sino también por singularidades normativas que tienen trascendencia y significación en el momento del posible reconocimiento de la responsabilidad derivada de hecho ajeno.

Efectivamente, cuando la responsabilidad proviene de delito debe establecerse con carácter subsidiario, mientras que, si su origen radica en un mero ilícito civil, puede exigirse por vía de acción directa y, además, cabe con los requisitos que determina la jurisprudencia civil, que la condena tenga carácter solidario con la del propio culpable.

Existe responsabilidad civil contractual cuando la obligación de reparar nace del incumplimiento de una relación jurídica previa inter partes; y existe responsabilidad extracontractual cuando la obligación de reparar el daño causado brota de la infracción del principio general «*alterum non laedere*» (STS de 30 de diciembre de 1980). La responsabilidad civil derivada de responsabilidad penal es un subgrupo de la responsabilidad extracontractual¹, y surgiría cuando la acción causante del daño se encontrase tipificada en la Ley penal.

En un principio, en los sistemas jurídicos primitivos era corriente que el perjuicio producido en la persona o bienes del miembro de una tribu o familia por la acción directa de otra persona, perteneciente a otra distinta, diera lugar, con independencia de la causa, a la *inimicitia* entre el autor del daño y el perjudicado, que se arreglaría prestando un resarcimiento adecuado al perjuicio concreto. De esta forma, toda sociedad ha dispuesto de mecanismos jurídicos para sancionar penalmente la causación de un daño.

La sociedad romana se articuló sobre tres grandes máximas del comportamiento social: vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo y no causar daño a los demás. Posteriormente, en el propio Derecho romano, surge de Ley de las XII Tablas, año 449 (a.C.) –codificación de la máxima importancia en orden al Derecho antiguo-⁸, hasta el final de la tarea recopilatoria del emperador bizantino en el año 534 (d.C.).

A partir de las “Doce tablas”, se comenzó a distinguir dos tipos de infracciones, conforme a su mayor o menor incidencia en el orden público. Los más graves eran los *crimina*, que suponían un atentado contra el Estado, mientras que las otras infracciones eran los *delicta*, que no movían el poder público sino a instancia de parte ofendida. Dentro de este último tipo se encontraban las lesiones infringidas a las personas y el daño en las cosas.

Junto a este material legislativo, integrado por leyes comiciales, senadoconsultos, y toda una larga legislación imperial *-leges-* que va desde Augusto hasta el propio

⁸ IGLESIAS-REDONDO, J., Diccionario de definiciones y reglas de Derecho Romano, Ariel, 2005 (págs. XII-XVII).

Justiniano, los compiladores tuvieron que trabajar con un ingente material jurisprudencial *-iura-*, constituido por una extraordinaria producción literaria de los juristas, que durante siglos plasmaron en sus escritos una rica experiencia de asesoramiento a los particulares, instruyéndolos sobre las fórmulas de los negocios, contratos y pleitos, o facilitándoles respuestas a sus consultas sobre cuestiones jurídicas *-responsa prudentium-*, constituyen en razón al prestigio y reconocimiento social de los juristas, un punto de apoyo necesario para los jueces a la hora de fundamentar y dictar sus sentencias. Por lo demás no menos importancia hay que reconocer al asesoramiento que prestaron los juristas a los magistrados jurisdiccionales en cuestiones propias de su competencia.

En este estado de cosas ya la Ley de Citas de TEODOSIO II y VALENTINIANO III (año 426 d. C.) había intentado introducir un poco de claridad y orden en la enmarañada situación en la que se encontraba la aplicación del Derecho ante los tribunales. La Ley, que otorgaba “fuerza legal” a las opiniones de algunos juristas - GAYO, MODESTINO, PAPINIANO, PAULO y ULPIANO- perseguía reducir el número de textos jurisprudenciales utilizado en el ámbito judicial, otorgando la máxima autoridad a un reducido grupo de juristas.

Hay que destacar, por ello, llegado este punto la labor llevada por el reinado de JUSTINIANO (años 527-565 d. de C) y la recopilación en materia jurisprudencial *-iura-*. Justiniano encomendó a TRIBONIANO la creación en una sola obra dicho material jurisprudencial.

Así nace *Deo Auctore* (15 de diciembre del año 530), y Justiniano manifiesta en ella:

“...como nada hay más digno de atención, entre todas las cosas, que la autoridad de las leyes, por la cual, se pone en orden lo divino y lo humano, y se evita toda injusticia, viendo Nos el caudal de todas las leyes desde la fundación de Roma y los tiempos de Rómulo, tan difuso que no tenía límites, y no había capacidad humana que pudiera abarcarlo...”

La difícil y confusa situación en que se encontraba la práctica judicial llevó a Justiniano a una larga y profunda tarea de reordenación y revisión del material legislativo y jurisprudencial. El mundo jurídico posclásico al que se enfrenta Justiniano.

A la dificultad de dominar el ingente material legislativo y jurisprudencial de los siglos precedentes, se añaden las innumerables dudas, discusiones, y contradicciones de la propia jurisprudencia acumuladas de los siglos precedentes, así como la incertidumbre resultante de las divergencias entre los diferentes manuscritos utilizados en la práctica judicial.

Téngase en cuenta que, en este contexto, los juristas romanos no formaron un bloque uniforme (ni por formación cultural, ni por ideario político). Ni sus cánones, ni métodos eran los mismos. Por lo que, sus dictámenes u opiniones no ofrecían la misma solución, llegándose a mostrarse contradictorios. La mayor parte de las divergencias de los diferentes manuscritos tuvo lugar en el año 300, cuando la literatura jurídica existente fue objeto de una nueva reedición al verse sustituido el viejo *volumen* o rollo por el *codex* o libro. Así se consiguen estabilizar los textos (a través de los *codex*) y se reproducen con mayor literalidad. La codificación dotaba al Estado de una base jurídica homogénea, reguladora de toda la sociedad y de la vida -pública y privada-.

En estas compilaciones se trata de guardar respeto a la “tradicción clásica”, pero la imposibilidad de aplicar un Derecho antiguo a las nuevas realidades sociales -junto con las mencionadas contradicciones y discordancias entre los textos- exige su adaptación – suprimiendo o modificando- lo que se lleva a cabo mediante oportunas “alteraciones o interpolaciones” por TRIBONIANO denominadas *emblemata Triboniani*.

Los precedentes Códigos eran el *Codex Gregorianus* (recoge la legislación imperial desde el emperador ADRIANO –año 117- hasta el año 292), *Codex Hermogenianus* (colección de rescriptos del emperador DIOCLECIANO –años 293 y 294), *Codex Theodosianus* (del emperador TEODOSIO II –año 439- y del emperador VALENTINIANO III).

La obra codificadora se inicia en el año 528 con la publicación de la constitución *Haec quae necessario*, y posteriormente con el *Codex repetitae praeactionis*, y ya en el

año 530 el ya mencionado *Deo auctore*, que tres años después adoptó la denominación de *Digesta*.

En el plano terminológico, los juristas romanos tanto hablan de *definitio*, como de *regula* o de *sententia*, en el sentido genérico de “máxima”.

Las *Digesta* de JUSTINIANO, forman la parte más importante del Corpus Iuris. Divididas en siete partes, y compuestas por 50 libros, en total, diez mil fragmentos cuya estructura y materias son:

1. Libros 1 a 4: Principios generales sobre el Derecho y la jurisdicción.
2. Libros 5 a 11: Acciones y protección judicial de la propiedad y demás derechos sobre las cosas.
3. Libros 12 a 19: Obligaciones y contratos.
4. Libros 20 a 27: Obligaciones y derecho de familia.
5. Libros 28 a 36: Herencia, legados y fideicomisos.
6. Libros 37 a 44: Sucesión intestada, derechos reales, posesión y obligaciones.
7. Libros 45 a 50: Disposiciones sobre Derecho penal, apelaciones, y normas de régimen municipal.

Según D'ORS⁹, se entiende por "Derecho Romano" una serie de escritos de aquellos autores que fueron considerados en la antigua Roma como autoridades en el discernimiento de lo justo e injusto (*iuris prudentes*); especialmente, la colección antológica de esos escritos hecho por el emperador Justiniano, a la que este agregó - como hemos visto- otra menor de leyes dadas por los emperadores romanos anteriores y las suyas propias. A partir de entonces, la utilización por parte de los juristas de un mismo método jurídico y la idea de la cristiandad como vínculo de Europa, permitió la formación de un Derecho común -con raíz en el Derecho *justiniano* y en el Derecho canónico-.

⁹ DORS y PÉREZ-PEIX, A., Derecho Privado Romano, Eunsa, 2004 (pág. 31).

La concepción romana de la responsabilidad civil se mantuvo intacta hasta finales del siglo XIX, y se plasmó en el campo doctrinal en la teoría clásica de la culpa y, en el plano legislativo, en el Código Civil de Napoleón -al que se hace referencia en otros apartados de esta Tesis- (arts. 1.382 a 1.386) si bien la jurisprudencia francesa pronto evolucionó hacia cierta objetivización. Es este Código el que se exporta y sirve de ejemplo para nuestro Código Civil.

Por ello, en la filosofía individualista de nuestro Código Civil, la responsabilidad es una sanción personal que se impone a quien cause a otro un daño ilícito. El deber de reparación estaría emparentado con el cuasi delito, siendo la preocupación fundamental, en consecuencia, la identificación de la persona que está obligada a reparar.

Este estado de cosas comenzó a cambiar a partir de la revolución industrial del siglo XIX. Desde entonces la responsabilidad civil ha estado sumida en un proceso constante de evolución. Además, no se puede obviar que a partir de mediados del siglo XX se ha producido en nuestro Derecho una clara tendencia objetivizadora en relación con la responsabilidad civil, tendencia que busca la reparación del daño por encima de todo, incluso del propio concepto de culpa, intentando asegurar la indemnización de la víctima.

III. PRIMERA VERTIENTE: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.

1. Análisis normativo

En el camino jurídico de esta tesis debo partir de nuestra legislación en estas materias basándonos en la propiamente Civil como punto gordiano.

Nos iniciamos, pues, a través del Código Civil español de 1898, a cuyo articulado preceden los Antecedentes Legislativos encabezados por la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, en el que la Comisión General de Codificación también redactó, posteriormente, las enmiendas y adiciones de la edición reformada del Código Civil, según la Real Orden de 29 de julio de 1889.

Como ha dicho BLASCO GASCÓ¹⁰ la determinación del cuerpo de actuación de la codificación, principalmente, en los orígenes del Derecho civil y penal en general, fue inspirado en Jena Domat (según la idea de Giovanni Tarello en *Le ideologie della codificazione*, Génova, 1971) el cual, se encuentra en el Derecho romano la *ratio scripta*.

De ahí que, “los científicos del Derecho civil inmediatamente posteriores al Código Napoleón (Escuela de la Exégesis) afirmaban no explicar Derecho civil sino Código civil”. En esta línea, “libertad, propiedad y autonomía privada son el triple eje sobre el que se basa la codificación, en cuyo centro se encuentra la persona, entendida ésta como ente anterior al Estado, y por tanto, titular de libertades y derechos innatos y naturales, pero que realiza dentro de un orden jurídico, objetivo y positivizado. Así el Código Civil nació como expresión del ámbito de la libertad y del poder de los individuos tanto en la esfera de las relaciones entre ellos cuanto de las de las relaciones con el Estado (así se puede ver en el Código francés de 1804).

¹⁰ MARTORELL ZULUETA, P., BLASCO GASCÓ, F. y otros, Código Civil, Tirant lo Blanch, 2011 (pág. 216).

“La completud del ordenamiento” se produce fundamentalmente mediante la formulación abstracta y general de la norma jurídica, que, por lo demás dota a ésta de autonomía, de manera que el grado de autonomía de la norma es proporcional al grado de abstracción y generalidad de su formulación, y a través del llamado “logicismo jurídico”. Ello impone una determinada visión antropológica y una limitación concreta a la actividad del operador jurídico. La actividad del jurista se limita al desarrollo de una técnica neutra donde no cabe la actividad valorativa sino el “logicismo jurídico a partir del derecho dado”. El razonamiento jurídico-lógico a través de silogismos en los que la premisa mayor está constituida por la norma positiva; y en cambio, la premisa menor por un caso concreto descrito en los términos de cualificación hallada en la premisa mayor. Y la conclusión, por la atribución al caso concreto de las consecuencias jurídicas establecidas en la premisa mayor.

El juicio jurídico se debe fundamentar en un análisis técnico y neutro, evitando cualquier juicio valorativo.

Por tanto, y en este sentido, en virtud del “criterio hermenéutico de la *ratio scripta*” hay que estar al tenor literal de lo escrito.

Así, señala el magistrado FERNÁNDEZ URZAINQUI¹¹ que el Código Civil constituye “el referente básico y fundamental de nuestro Derecho privado” -a pesar de las transformaciones económicas y sociales producidas desde 1989 y de los cambios legislativos que las han acompañado- y, añade que, aunque sometido a la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, sigue ocupando en él un lugar preeminente, tanto por la general aplicación de la normativa contenida en su Título Preliminar, como por la trascendencia que en los fundamentos del sistema jurídico y en el desarrollo legal de los derechos fundamentales posee buena parte de las instituciones que regula. También, como exponente del Derecho común, sus disposiciones están además llamadas a constituir Derecho supletorio de último grado en las materias regidas por otras leyes especiales; y como conjunto normativo de ámbito estatal, en lo que no sean de aplicación directa, serán Derecho supletorio del autonómico o foral (art. 149.3 de la Constitución Española). La acomodación del articulado del Código Civil a los

¹¹ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., Código Civil, Aranzadi, 2006 (pág. 19).

cambios sociales habidos en el curso de tan dilatado período de vigencia se ha producido a través de diversas modificaciones parciales, más frecuentes y trascendentales a partir de los años setenta. En el Código no se agota, sin embargo, el derecho Civil. A las leyes generales anteriores que declaró subsistentes y han permanecido fuera del articulado, se han ido acumulando otras posteriores que integran la denominada legislación civil extracodicial. Ha sido a través de estas leyes especiales como se han desarrollado y actualizado las instituciones del Derecho económico-patrimonial. Paradigma de este fenómeno son -por ejemplo y relacionado con esta Tesis- “las condiciones generales de la contratación”, la “responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos”, y en general toda la normativa legal dictada en “defensa de los consumidores y usuarios”. También, es una realidad fácilmente constatable la progresiva infiltración de instituciones civiles por disposiciones propias de otros órdenes jurídicos en expansión, como por ejemplo, el “Derecho administrativo”, que -si no excluyen la aplicación de la normativa civil- complementan, corrigen o modalizan sus disposiciones, haciendo obligada su conjunta e integradora compilación, tal como sucede, por ejemplo, con el “Derecho del consumo” o el “Derecho de daños”.

Así, relacionado con todo ello debemos buscar referencias en nuestro Código Civil (CC), que en su Título Preliminar (“De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”) el Legislador dispuso en su Capítulo I “Fuentes del Derecho”, en su art. 1.1 (CC):

“Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

Y ya, si nos trasladamos al Título I (“De las obligaciones”, Capítulo I: “Disposiciones generales”) podemos observar el art. 1.089:

“Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.”

En relación con éste, habría que incorporar otros arts. del Título I, y del mismo Capítulo I: los arts. 1.090, y 1091, y del Capítulo II (“De la naturaleza y efecto de las obligaciones”) el art. 1.104 del Código Civil (CC).

En el Título II, “De los contratos”, en el Capítulo I “Disposiciones generales” se observa el art. 1.254 del Código Civil (CC).

En el Título XVI, “De las obligaciones que se contraen sin convenio”, en su Capítulo I “De los cuasi contratos los contratos”, se observa el art. 1.887. Y en su Capítulo II, “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia” el art. 1.902 del Código Civil (CC).

Si acudimos al Código Penal (CP), dentro del Título V (“De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”), el Capítulo Primero “De la responsabilidad civil y su extensión” y el Capítulo II “De las personas civilmente responsables”, se corresponden con los arts. 109 a 122 del CP.

El art. 1.902 del CC, consagra el principio general de que toda persona responde de los daños que "por acción u omisión" cause a otro "interviniendo culpa o negligencia", sentando a continuación el art. siguiente que esta responsabilidad "es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder".

Aunque en muchas ocasiones se insiste en la obligación del médico como de actividad o de medios, tanto si procede del contrato cuanto si se deriva de una relación extracontractual, en rigor, como bien señala la Sentencia, de la Sala de lo Civil del Supremo, de 13 de abril de 1999, no resulta aplicable al ámbito extracontractual la misma idea de obligación de medios¹².

¹² ASÚA GONZÁLEZ, C., *Responsabilidad civil médica*, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson Aranzadi, 2009 (págs. 1178-1180).

Acto Médico

El *Código de Deontología Médica* (9 julio 2011) de la Organización Médico Colegial (OMC), establece en su art. 7.1 que *"acto médico es toda actividad lícita, desarrollada por un profesional médico, legítimamente capacitado, sea en su aspecto asistencial, docente, investigador, pericial u otros, orientado a la curación de una enfermedad, al alivio de un padecimiento o a la promoción integral de la salud. Se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del sufrimiento, así como la preservación y promoción de la salud, por medios directos e indirectos"*.

Según GARCÍA HERNÁNDEZ¹³ y distintos autores analizados, "acto médico" es toda actuación -directa o indirecta- sobre un cuerpo humano por un médico en el ejercicio de su propia profesión, clasificándolos en:

1. La prevención
2. El diagnóstico
3. La prescripción
4. El tratamiento
5. La rehabilitación
6. Otros actos médicos
 - 6.1. Acto médico asistencial o de necesidad
 - 6.2. Acto médico de satisfacción (cirugía estética)

También debemos partir de la definición de "médico", que sería el profesional sanitario que estando en posesión de licenciado en medicina y cirugía, o especialista, ejerce la profesión médica por cuenta ajena o de forma privada. Para ello, se presupone su efectiva colegiación en el correspondiente Colegio de Médicos.

ATAZ LÓPEZ¹⁴ establece que la profesión médica es aquella actividad profesional, cuyo objeto es el cuerpo humano, cuya finalidad es la promoción de la salud y con atención primordial hacia el interés social. El Magistrado del Tribunal

¹³ GARCÍA HERNÁNDEZ, T., *Elementos de Derecho Sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, Edisofer, 2002 (págs. 17 y ss.).

¹⁴ ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, 1985.

Supremo, MARTÍNEZ CALCERRADA¹⁵ define el acto médico como la prestación o actividad profesional del médico que persigue, conforme a la técnica o arte correspondiente -la llamada *lex artis ad hoc*-, un efecto terapéutico o de curación de un enfermo o más genéricamente la promoción de la salud.

Llegados a este punto deberíamos preguntarnos si hay aspectos de "medicina estética" como reparadora y no reparadora, en signos puramente estéticos si responden a estas definiciones. Prosiguiendo con GARCÍA HERNÁNDEZ, establece éste que la cirugía estética es un acto médico de satisfacción en el que se responde a lo solicitado, no por un paciente, sino por un "cliente", y cuyas características son que estamos ante un "contrato de obra", en el que hay una valoración de resultados, voluntariedad de la asistencia, el interesado no es un paciente propiamente dicho sino un "cliente", hay rasgos de "subjetivismo" en cuanto que estamos ante cuestiones estéticas, existe también un "derecho de información" por parte del paciente-cliente. La diferencia fundamental entre la "cirugía asistencial" la "cirugía satisfactiva", es que mientras en la "asistencial" el médico no está obligado a obtener un resultado concreto o curación, aunque sí hay una obligación de actuar conforme a la *lex artis* y de poner los medios necesarios para obtener esa curación; sin embargo en la "satisfactiva" se trata de responder o satisfacer a los deseos del cliente en materias relacionadas con la estética de su cuerpo o biología. El médico debe actuar en todo momento con arreglo a la *lex artis*, pero en este segundo caso, está en una posición intermedia entre la obligación de medios y de resultado.

Conceptos de «*lex artis*» y «*lex artis ad hoc*»

Si situamos términos conceptuales genéricos, la "*lex artis*"¹⁶ sería la ley o reglas del oficio o profesión. Expresión utilizada normalmente para indicar las obligaciones que tienen los técnicos o profesionales de cumplir escrupulosamente los protocolos establecidos en cada profesión tanto técnicos como éticos. Así, la "*lex artis*" del médico, del abogado, del procurador, etc. (STS de 12 de septiembre de 2007).

La llamada "*lex artis*" sería, pues, la aplicación de la reglas generales-médicas a

¹⁵ MARTÍNEZ CALCERRADA, L. El derecho médico, Tecnos, 1986 (págs. 74 y ss.).

¹⁶ GÓMEZ ROYO, E. y otros, Fraseología jurídica latina, Edit. Tirant Lo Blanch, 2010 (pág. 137).

casos iguales o parecidos, o la actuación conforme al cuidado objetivamente debido, o sea, no cabe la aplicación de la citada *lex artis* a situaciones no estudiadas, no conocidas o imprevistas en la ciencia médica, sino todo lo contrario, ya que es condición que cualquier médico actúe de igual forma en las mismas condiciones. A ello hay que añadir la cuestión de la "libertad profesional" del médico, aunque esta libertad del clásico procedimiento está más encaminada hacia la investigación y el progreso científico.

La "*lex artis*" ha sido definida por el Tribunal Supremo como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y la trascendencia vital del paciente, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto, de conforme o no, con la técnica normal requerida.

Requiere ello hacer dos consideraciones: uno es la "variabilidad" en la práctica clínica, y el segundo, es el "factor reaccional", ya que cada ser humano tiene aspectos intrínsecos y biológicos diferenciales, por los que no hay dos pacientes iguales, sin embargo el "núcleo principal" de la actuación del médico debe responder a patrones definidos.

Ello, finalmente, conduce al seguimiento de "protocolos de actuación" y la deontología médica. Los "protocolos" limitan la libertad individual del profesional sanitario produciendo una "medicina defensiva", pero minimizan los errores médicos y la errática en los procedimientos.

El citado *Código de Deontología Médica* de la OMC establece en su art. 1 que la Deontología Médica es el conjunto de principios y reglas éticas que han de inspirar y guiar la conducta profesional del médico.

La jurisprudencia del alto Tribunal en esta materia, viene recogida en las diversas Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS de 10 de mayo de 1959, 16 de abril de 1970, 6 de noviembre de 1990, 11 de marzo de 1991, 23 de marzo de 1993, 25 de abril de 1994 y 12 de septiembre de 2007).

En conclusión se podría definir la "*lex artis*" como aquel acto médico en el que se ha empleado la técnica correcta, que responde a la buena técnica médica y a los principios esenciales que tienden hacia su normal desenvolvimiento. Ello lo deberíamos incardinar con el llamado buen deber "*del juramento hipocrático*". Estaríamos, pues, ante las normas más elementales de la deontología médica, y la observancia del "buen saber y deber".

Ya la Constitución hace referencia a la salud de los ciudadanos al recoger en su art. 51 que «*Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*». También la Carta Magna en referencia a la protección de la salud hace hincapié en circunstancias especiales de algunas personas (disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, edad avanzada (arts. 49 y 50).

El ciudadano o paciente en cuanto consumidor está también protegido por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Asimismo debemos tener en cuenta:

- la Ley General de Sanidad de 25 abril de 1986, que se refiere al ejercicio de las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, reconocido en el art. 43 de la Constitución.

- la Ley de extracción y trasplante de órganos de 27 octubre 1979 (actualmente Real Decreto 2070/1999, de 30 diciembre).

- el Decreto de 25 agosto 1978, sobre garantías de los usuarios de los hospitales.

- la Ley del Medicamento de 20 diciembre 1990.

- la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 22 noviembre 1988.

- las normas reguladoras de deberes de carácter moral y ético del denominado *Código Deontológico Médico Español* de 1990 (aunque a este respecto, la OMC-Organización Médico Colegial ha establecido disposiciones posteriores a las que haremos referencia en el capítulo de lo que denomino “Responsabilidad Social del Médico”);

- la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica de 14 de noviembre de 2002, que ha derogado los artículos correspondientes a la obligación de información y consentimiento informado de la Ley General de Sanidad.

Desde el punto de vista del autor de esta tesis, en la medida en que el Código Civil regula de forma separada el régimen jurídico de la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, lo primero es determinar, en aras de acotar el marco regulador aplicable, si entre el paciente y el médico o prestador de asistencia sanitaria media o no contrato. A este respecto, nos podremos encontrar ante las situaciones que, a continuación, expongo:

1. Con una prestación de asistencia médica de urgencia o espontánea (sin contrato).
2. Con una prestación de asistencia médica en base a un contrato, con o sin dependientes.
3. Con una prestación de asistencia médica en base a un contrato entre paciente y centro sanitario: contrato de hospitalización.
4. Con una prestación de asistencia médica en base a la afiliación del paciente a la Seguridad Social.
5. Con una prestación de asistencia médica en base a un seguro médico.

Respecto a la responsabilidad civil derivada de delito, sería aplicable, como hemos dicho, el art. 121 del Código Penal de 1995, en cuya virtud las Administraciones Públicas responden subsidiariamente de los daños causados por las personas penalmente responsables de los *delitos dolosos o culposos* cuando estas personas sean autoridad, agentes y contratados por la Administración o bien funcionarios públicos en el ejercicio

de sus cargos, y siempre que la lesión ocasionada sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos. Ello sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que será exigible por el procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

2. Responsabilidad contractual *versus* responsabilidad extracontractual

La vulneración de los deberes de conducta del médico genera responsabilidad por la infracción del artículo 1.101 del Código Civil, si se entabla una acción de responsabilidad civil contractual, o del artículo 1.902, si se acude a la vía extracontractual.

De esta manera, para lograr un resarcimiento del daño en favor de la víctima, se admite la concurrencia de ambos tipos de responsabilidades. En este sentido, la jurisprudencia mayoritaria sostiene que el perjudicado puede optar entre ambas acciones de resarcimiento (ejercitándolas incluso alternativa y subsidiariamente): la originada por el contrato y la derivada del acto ilícito extracontractual cuando *“el hecho causante del daño sea al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro”*.¹⁷

Y ello porque, bien de manera expresa, bien de modo tácito, existe un contrato entre médico y paciente, de modo que los posibles daños derivados de la actuación del profesional médico se derivan de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de dicho contrato, y por tanto, en virtud del citado art. 1.101 CC.

No obstante, dada la enorme variedad de casos y supuestos que se recogen en la práctica médica, en muchas ocasiones también se considera que los daños derivan de

¹⁷ SSTs de 22 de febrero de 1991, 6 de octubre de 1992, 15 de febrero de 1993, 1 de abril y 29 de noviembre de 1994, 15 de junio de 1996, 28 de junio y 31 de diciembre de 1997, 6 de mayo y 24 de julio de 1998, 8 de abril y 10 de noviembre de 1999, 8 de febrero de 2000 y 24 de marzo de 2001, entre otras.

relaciones extracontractuales, aplicándose entonces el mencionado art. 1.902 CC, sin cuestionar, sin embargo, que el origen de la actuación que ha provocado los daños sea contractual.

Nuestro derecho consagra la máxima de que el autor de un daño responde de éste, y dicha responsabilidad conlleva la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a la víctima de los citados daños. La cuestión estriba en cómo se traduce esa responsabilidad, pues no es lo mismo la reclamación por la vulneración de un contrato que si se opta por la vía de la responsabilidad extracontractual.

Ello se ve claramente en un aspecto que podemos utilizar de ejemplo: los muy distintos plazos que existen para el ejercicio de la acción de reclamación en uno y otro caso. Mientras las acciones derivadas de los contratos prescriben a los 15 años, la acción ejercida en el ámbito extracontractual lo hace en solamente 1 año.

Es importante tener en consideración, que aunque el perjudicado alegue en su reclamación solo la responsabilidad contractual, o solo la responsabilidad extracontractual, por parte del médico, en algunas ocasiones puede que el órgano jurisdiccional, en virtud de la doctrina de la unidad de culpa civil, admita una u otra acción -de responsabilidad contractual o extracontractual-, incluso si no se hubiera calificado de manera correcta en la demanda, siempre que los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de las dos acciones, y sin por ello suponer ni incongruencia de la resolución, ni indefensión de los demandados.

El Tribunal Supremo se ha preocupado por el problema de la incongruencia, como hemos dicho, si el demandante ha fundado su pretensión solo en las normas de responsabilidad contractual o solo en las de responsabilidad extracontractual y ha concedido la indemnización con base en las normas de la extracontractual en el primer caso y de la contractual en el segundo. Por ejemplo, si el demandante fundara la pretensión de indemnización sobre la base del art. 1.101 CC y el tribunal la concediera con base en el art. 1.902 CC, la resolución no se ajustaría al contenido de la demanda.

El Tribunal Supremo ha seguido la tendencia de la indiferencia del fundamento jurídico: cuando los hechos puedan servir de fundamento a cualquiera de las dos acciones, el tribunal puede admitir una u otra sin incurrir en incongruencia, siempre y

cuando la pretensión sea la indemnización de daños y no se altere la petición del demandante, el *petitum*, por el tribunal.

Si el tribunal concede la indemnización, la alteración del fundamento jurídico es irrelevante. Al demandante le basta con aportar los hechos y una pretensión de indemnización, sin aportar un fundamento jurídico de su pretensión, pues será el tribunal quien especificará la base del fundamento jurídico de la pretensión indemnizatoria en la sentencia.

Existe otra tendencia del Tribunal Supremo más restrictiva, que ha dado lugar a sentencias que entienden que la congruencia también afecta al fundamento jurídico de la demanda y no solo a los hechos aportados. En los casos donde pueden concurrir el art. 1.101 CC y el art. 1.902 CC, el demandante es libre de proporcionar solo los hechos al tribunal sin aportar un fundamento jurídico u otro, o de ejercitar solo una de las dos acciones. Y el tribunal podrá conceder en cada uno de estos casos sobre la base de uno u otro fundamento jurídico sin incurrir en incongruencia. Pero si el demandante escoge uno de estos fundamentos, el tribunal no lo puede alterar pues incurriría en incongruencia.

Esta tendencia es minoritaria. La mayoría de sentencias defienden la primera tendencia al ser más beneficiosa para las víctimas del daño que pretenden la reparación. Sin embargo, la minoritaria parece la más ajustada al principio de congruencia, tal y como resulta del art. 218.1 LEC:

"Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes."

En resumen, la tesis mayoritaria del Tribunal Supremo se basa en que si se suscita la demanda con un fundamento jurídico, el tribunal no está condicionado por éste y puede basar la sentencia que condena al pago de una indemnización en otro, y ello no será incongruente si los hechos pueden servir de fundamento a cualquiera de las dos acciones y existe una pretensión indemnizatoria.

Un claro ejemplo se recoge en la Sentencia (STS) del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1998: un niño prematuro se queda ciego por exceso de oxígeno en la incubadora. Tres años y medio más tarde, se interpone una demanda por responsabilidad extracontractual. Según el art. 1.902 CC, esta acción estaba prescrita, pero la demanda se planteó alegando solo el art. 1.902 CC. Los tribunales apreciaron que era un caso de responsabilidad contractual cuyo plazo es de 15 años, por lo que la acción no había prescrito y condenaron al hospital. Los condenados alegaron incongruencia, pero el Tribunal Supremo dio relevancia a los hechos aportados y a la petición de indemnización. El objetivo era claro: proteger a las víctimas de accidentes de la torpeza de sus abogados.

3. La culpa como base de la responsabilidad civil

Para la apreciación de responsabilidad civil, ha de mediar existencia de culpa. Esa es la conclusión de la generalidad de la doctrina tradicional y en la actualidad, entendiendo que para que nazca la responsabilidad civil debe existir en aquel a quien se le impute, una actuación culposa. Este concepto derivado del Derecho Romano, se recoge ya en la Ley Aquilia, incluso específicamente referido a la responsabilidad médica:

"También la impericia se considera culpa. Es el caso del médico que no operó bien a su esclavo, o le recetó mal, originando con ello su muerte" (Instituciones IV.3.7).

Aunque algunos autores puedan considerar que el requisito de la culpa es obsoleto y que la responsabilidad fundada en ésta es residual y tendente a su desaparición, la mayoría de la doctrina le atribuye el grado de garantía, pues constata que siendo cualquier persona potencial causante de daños a los demás, solo responderá de aquellos causados por actos culpables y no fortuitos, dejando claro que somos responsables de

nuestros actos en cuanto que seres libres con capacidad de elegir, y no así de los efectos debidos a circunstancias ajenas a nuestras decisiones.

La culpa es un concepto abstracto, incluso objeto de uso cotidiano, tanto por profesionales o expertos en la materia, como por el ciudadano corriente, y que carece de una definición clara, sino muchas diferentes, a veces incluso contradictorias.

El criterio seguido por el Tribunal Supremo, repitiendo lo recogido en el art. 1.104 CC, indica que la culpa consiste en:

"La omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (STS de 9 de junio de 1969).

Pero, cuando hablamos de culpa, ¿nos referimos también al dolo? ¿Existe alguna diferencia entre ambos a efectos de responsabilidad civil? Dentro del concepto amplio de culpa ¿se comprende en nuestro ordenamiento jurídico tanto la culpa propiamente dicha como el dolo?

El Código Civil define el dolo como la actuación del contratante que, con palabras, o maquinaciones insidiosas, induce a otro a otorgar un contrato que si no, no se hubiera celebrado (art. 1.269 CC), pero no tiene una definición análoga para la culpa, teniendo en cuenta, además, que el dolo se contempla en el ámbito contractual, pero no en el extracontractual.

La doctrina civilista generalizada ha presentado la culpa como la actuación negligente de una persona, mientras que por contraposición, el dolo es la actuación voluntaria y deliberada de causar daño, si bien, es mínima la jurisprudencia que contempla el dolo en este ámbito, y ello porque tales supuestos, normalmente son constitutivos de delito penal.

Como hemos dicho ambos -culpa y dolo- son diferenciados en materia contractual en el art. 1.101 CC, pero no así en materia extracontractual en el art. 1.902 CC. Fundamentalmente entiende el legislador que la conducta dolosa tiene su propia sanción y tratamiento, que son los del ámbito penal, estimando que el Código Civil solo

debía ocuparse de -los cuasi delitos - de la conducta culposa o negligente, como así lo ha reconocido el Tribunal Supremo cuando en su Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1995¹⁸ ha señalado que hay que descartar por principio en todo médico, salvo prueba en contrario evidente, la actuación dolosa del facultativo.

Ahora bien, para que el médico responda debe haber actuado antijurídicamente (su conducta debe ser contraria a derecho, es decir, debe vulnerar una norma genérica o específica) o debe serle el daño imputable subjetivamente. Por otro lado, es posible la responsabilidad por hecho de otro, como sucede en el caso de la clínica u hospital respecto del médico contratado, en virtud del artículo 1.903 del Código Civil.

Del mismo modo, es preciso que la conducta del médico sea causa, o una de las causas, de la producción del daño (es decir, debe existir una relación causa-efecto). En este sentido, por ejemplo, la Sentencia (STS) de 9 de octubre de 1995 consideró que no existía relación causal entre el retraso en la realización de una intervención quirúrgica y el fallecimiento del paciente. La declaración de responsabilidad exige, por tanto, la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del y el daño ocasionado.

Además, cuando, unido a la falta de diligencia del médico, las pruebas revelen que otras conductas negligentes han concurrido en la causación del daño, podrá apreciarse una concurrencia de culpas, realizándose una equitativa moderación de la responsabilidad y un reparto proporcional de la cuantía de la indemnización de ambas conductas, la del médico y la víctima (o la de un tercero). En sentido contrario, cuando resulte probado que la actuación del médico no intervino causalmente en el resultado, quedará éste exento de responsabilidad.

¹⁸ STS, de 11 de marzo de 1995: Siendo obligación del personal sanitario una disposición de medios y no de resultado en la aplicación de dichos medios procedentes al caso concreto, es donde radica la negligencia del personal sanitario que prestó atención a la enferma, pues si la misma ingresó en la clínica como consecuencia de un intento de suicidio (ya pretendido en dos ocasiones más) la más elemental prudencia no ya solo sanitaria sino incluso humana, aconsejaba ingresar a dicha enferma en lugar específico en que no existieran medios que le facilitarían la repetición, fácilmente previsible, de sus propósitos suicidas, lo que no se verificó en el caso presente, pues fue ingresada en una habitación no idónea para enfermos psíquicos, por cuya ventana, de fácil apertura y sin reja, se arrojó la joven cuya pertinacia en sus propósitos suicidas ya constaba en el historial clínico del Centro sanitario.

4. Obligación de medios y obligación de resultados

Como regla general, la naturaleza de las obligaciones contractuales profesionales del médico es de medios y no de resultados. Es decir, aunque la máxima que se persiga sea lograr la curación del paciente (obligación de resultados), se entiende que no siempre es posible que se cumpla, por lo que la obligación -suministrar todos los cuidados necesarios al paciente en consonancia con el estado de la ciencia y de la denominada "*lex artis ad hoc*"- es de medios.

Por tanto, en cuanto a la naturaleza de las obligaciones contractuales profesionales del médico, como regla general, se trata de una obligación de medios. En estos casos, señala la jurisprudencia, no nos encontramos ante una obligación de resultado (lograr la salud del paciente), sino de medios: suministrar todos los cuidados necesarios al paciente en consonancia con el estado de la ciencia y de la denominada "*lex artis ad hoc*". Es decir "tomando en consideración el caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que tenga lugar" (SSTS de 25 de junio de 2003 y 31 de julio de 1996).

El médico asume una obligación de medios, y por ello se compromete, no solo a utilizar las técnicas protocolizadas para la patología concreta, de acuerdo a la ciencia médica que corresponde a una correcta praxis, sino también a aplicar las citadas técnicas con la precaución y precisión exigibles según las circunstancias y riesgos inherentes a la intervención. Así, lo recoge la Sentencia (STS) de 16 de enero de 2008, cuando especifica que la *lex artis* exigible a toda actividad médica no es más que un parámetro de valoración de la corrección de un acto médico concreto realizado por un profesional médico.

En resumen, la naturaleza de la obligación del médico, es de medios o de actividad, no de resultado, tanto si deriva de un contrato -en la mayoría de los casos de prestación de servicios- como de una relación extracontractual.

Existe una excepción a esta regla general, cuando la labor del médico no consiste en curar, sino en realizar alguna intervención para obtener un resultado específico deseado por el paciente, por ejemplo, la mejora de su aspecto físico (el caso de la cirugía estética u odontología).

Y así, entre otras, la STS de 25 de abril de 1994 señala que cuando se trata de curar o mejorar el estado de salud de un paciente estaríamos frente a un contrato de arrendamiento de servicio, mientras que cuando en condiciones de salud normal se acude a un profesional médico para obtener, de manera voluntaria, algún resultado concreto, nos aproximamos a un contrato de arrendamiento de obras.

5. Responsabilidad objetiva y actuación negligente

La responsabilidad objetiva, en su forma más amplia, es aquella en virtud de la cual el agente es responsable, aún cuando demuestre que no medió ninguna clase de culpa o negligencia por su parte. Es la forma más dura de llevar a la práctica una responsabilidad civil, pues ninguna clase de prueba de diligencia libraría al autor de un daño, de "pagar" por las consecuencias de éste.

En el caso de responsabilidad contractual, sí podríamos aproximarnos a este tipo de responsabilidad. Sin embargo, en materia de responsabilidad civil médica, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, han sido nunca partidarias de estimar el criterio de responsabilidad objetiva, lo cual cambiaría totalmente las bases actuales en materia de responsabilidad civil. Y así lo ha entendido el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 7 de febrero de 1990, cuando manifiesta:

"...la mera relación causal material no es suficiente si no se añade la realidad de un elemento intencional o culposo, sin el cual, en la materia de que se trata, referente a la responsabilidad médica, no existe responsabilidad, pues, según se indica en Sentencia de 22 de febrero de 1946, en el nexo causal entre la conducta del agente y la procedencia del daño ha de hacerse patente la responsabilidad de aquel y su obligación de repararlo y, bajo otro aspecto, en concreta relación con los profesionales sanitarios en cuanto, en general, queda descartada en su actuación profesional toda idea de responsabilidad más o menos objetiva".

Por tanto, el médico se encuentra sujeto a responsabilidad por culpa o negligencia, resultando de aplicación el artículo 1.101 y 1.902 del Código Civil a la hora de atribuir al médico dicha responsabilidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, si el médico no actúa diligentemente, es decir, si en el desempeño de su labor no proporciona los medios y cuidados adecuados de acuerdo con el estado de la ciencia, será responsable de los posibles daños que produzca.

Por esa razón, es necesario revisar su conducta, en relación con su *lex artis*, para determinar si su conducta se ha ajustado a la diligencia exigida al profesional médico medio, en relación con los artículos 1.104 y 1.902 del Código Civil:

Art. 1.104 CC:

"La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia."

Art. 1.902 CC:

"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."

Debe tenerse en consideración que se impone el nivel de diligencia exigible al profesional médico medio, que será aquel que se tome como referencia para analizar y calificar su actuación. No será, por tanto, responsable por los riesgos atípicos ni tampoco cuando en su actuación hubiera utilizado uno de los procedimientos o de las técnicas válidamente alternativas, que se recogen en los protocolos aceptados por la profesión médica en cada una de las especialidades y patologías.

Asimismo, el nivel de exigencia no puede ser el mismo a un especialista que a un médico generalista, aunque en ambos casos se les exigirá haber actuado de la mejor forma de acuerdo con su ámbito de especialización y su formación, sin olvidarnos de la posible responsabilidad aparejada al tratamiento de un paciente careciendo de conocimientos suficientes, teniéndose en cuenta el deber de reciclaje de sus conocimientos, exigido en este tipo de profesión.

Del mismo modo, el nivel exigido a un médico rural en el diagnóstico de una enfermedad no será el mismo que el exigido a un profesional de un hospital, que dispone de los medios y de las técnicas necesarias para emitir un diagnóstico preciso. Por eso, resulta necesario analizar las conductas en cada caso concreto, en virtud de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Ahora bien, la jurisprudencia, al igual que sucede en otros ámbitos de la responsabilidad, viene ampliando la interpretación de este artículo 1.104 del Código Civil, que define la culpa o negligencia, exigiendo al médico una mayor diligencia para evitar el resultado dañoso. Partiendo de la premisa anterior, se percibe una actitud a flexibilizar el concepto de culpa, e incluso se buscan nuevos deberes de diligencia, para atribuir la responsabilidad al médico. El fundamento de esta actitud resulta claramente expresado, entre otras, en las STS de 22 de mayo de 1995:

"La actividad de diagnosticar como la de sanar ha de prestarse con la aportación profesional más plena y entrega decidida, pues la importancia de la salud humana así lo requiere, siendo su protección mandato constitucional (arts. 43 y 51 CE), por lo que no cabe en esta cuestión regateo de medios ni de esfuerzos."

En estas circunstancias, es posible observar un incremento de diligencia impuesto en la actuación del médico analizando alguna de sus obligaciones contractuales y deberes profesionales, como el diagnóstico, el tratamiento y la información al paciente.

Por tanto, carece de fundamento la aplicación de una responsabilidad objetiva en los casos de responsabilidad profesional médica, además, si el legislador hubiera deseado imponer este tipo de responsabilidad al médico, lo hubiera declarado expresamente. Lo contrario entrañaría un enorme riesgo para la profesión médica, ya que abriría una vía para reclamar judicialmente al médico, siempre que no se hubiera logrado curar al paciente.

6. Presunción de culpa y carga de la prueba: Inversión de la carga

La presunción de culpa puede apreciarse desde dos ópticas distintas: presunción *iuris et de iure* de la culpabilidad, o bien, presunción *iuris tantum*.

La presunción *iuris et de iure* es aquella que no admite ninguna prueba en contra para descartarla, lo que equivaldría al establecimiento de una responsabilidad objetiva. Por los motivos ya expuestos, rechazando la responsabilidad objetiva del médico, podemos rechazar de modo igualmente válido la presunción *iuris et de iure* de responsabilidad.

Por otro lado, la presunción *iuris tantum* alude más bien a la forma de ejercicio de la responsabilidad y no tanto al fondo de la cuestión. Sí admite prueba en contrario, pero se trata de favorecer la prueba de la culpa, eximiendo al perjudicado de su demostración, que en la práctica equivale a una inversión de la carga de la prueba, según veremos a continuación.

Reza el art. 1.214 CC, que corresponde la prueba de las obligaciones a aquel que reclama su cumplimiento. Como hemos visto, en el ámbito de la responsabilidad civil médica, la jurisprudencia descarta la existencia de una responsabilidad objetiva y la aplicación de la inversión de la carga de la prueba. El paciente (o sus familiares) debe probar la realidad de los hechos y el nexo causal existente entre la conducta negligente del facultativo y el daño sufrido, en consonancia con el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 26 de mayo de 1986, 12 de junio de 1988, 7 de febrero de 1990, 8 de mayo de 1991, 20 de febrero y 13 de octubre de 1992, 15 de noviembre de 1993, 26 de septiembre de 1994, 31 de julio y 10 de diciembre de 1996, 25 de enero y 20 de junio de 1997, 29 de mayo y 19 de junio de 1998, 12 de marzo y 18 de septiembre de 1999, 23 de octubre de 2000, 20 de marzo y 4 junio 2001, 4 de febrero y 25 de junio de 2002 o 25 de junio de 2003.

En esta última, apunta su ponente MARTÍNEZ CALCERRADA que: “*a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no*

hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer relación de causalidad culposa, por depender de la misma el resultado dañoso”.

Por ello, incumbe al paciente probar la omisión por parte del médico de la diligencia exigida a estos profesionales en un supuesto similar al acontecido, cotejándola, así, con la llamada jurisprudencialmente como *lex artis ad hoc*. Ahora bien, el rigor de dicha prueba se flexibiliza, admitiéndose la prueba *prima facie* y las presunciones.

Aunque, como hemos visto, la doctrina jurisprudencial general exige la existencia de culpa para estimar la responsabilidad, existen excepciones:

- En primer lugar, cuando nos encontramos ante una intervención satisfactoria, pues varía la naturaleza de la obligación contractual (ya que nos encontramos ante una obligación de resultado). En este caso, será el médico quien deba probar que el incumplimiento de la obligación no se debió a su conducta negligente.
- En segundo lugar, también se considera acertada la inversión de la carga de la prueba cuando se da una situación de facilidad o disponibilidad probatoria, en consonancia con el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En tal caso, el deber de probar recae sobre el médico *“que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión”* (STS de 21 de enero de 2003).¹⁹
- Así, lo estiman, entre otras, las SSTS de 3 y 29 mayo 2000, 8 febrero 2001, 31 de julio y 23 de diciembre de 2002.

¹⁹ Así, lo estiman, entre otras, las SSTS de 3 y 29 mayo 2000, 8 febrero 2001, 31 de julio y 23 de diciembre de 2002.

7. La doctrina del daño desproporcionado

Existe un tercer supuesto, en el que también se considera acertada la inversión de la carga de la prueba, debiendo ser el médico el que pruebe que ese daño no fue debido a su actuación por encontrarse en mejor posición para justificar su conducta.

Se trata de aquellos casos en los que se ha producido un daño anormal y desproporcionado, a lo que comparativamente es usual, entre la intervención médica y el resultado²⁰ :

“El profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción” (STS de 31 de enero de 2003).

Por ello, aunque se rechaza la objetividad de la responsabilidad, se considera probada la culpa cuando se ha producido este daño desproporcionado. Por lo tanto, el médico para quedar liberado de responsabilidad en estos supuestos deberá acreditar suficientemente el cumplimiento del deber de diligencia que le es exigible en su actividad profesional.

Las tres excepciones que hemos visto no constituyen una objetivación de la responsabilidad, sino una apreciación de la culpa derivada del incumplimiento de la obligación de resultado en el supuesto de cirugía satisfactoria, de un resultado

²⁰ En este sentido, se pronuncian también las SSTS de 2 de diciembre de 1996, 17 de febrero y 13 de diciembre de 1997, 19 de febrero y 9 de diciembre de 1998, 29 de junio y 9 y 21 de diciembre de 1999, 19 de julio y 29 de noviembre de 2002 o 30 de enero de 2003.

desproporcionado o de una disponibilidad probatoria que no queda desacreditada por prueba en contrario.

En definitiva, como regla general, el paciente deberá probar la existencia del daño y del nexo causal entre la conducta del médico y el resultado dañoso. Respecto a la culpa, deberá probar la actuación negligente del médico, salvo en los casos en los que: se haya producido un incumplimiento del arrendamiento de obras (se considere o no en puridad como tal los supuestos cirugía estética), un daño desproporcionado o exista una facilidad probatoria por parte del médico. En estos tres casos, la inversión de la carga de la prueba impone al médico la necesidad de demostrar mediante prueba pericial su conducta diligente para exonerarle de toda responsabilidad.

Por último, no debemos olvidar que, además de la aplicación de los artículos 1.902 y 1.101 del Código Civil, algunas sentencias aplican también la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (SSTS de 1 y 21 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998 y 29 de noviembre de 2002, entre otras). Esta Ley establece, en su artículo 28, un sistema objetivo de responsabilidad respecto a los daños causados por servicios sanitarios mencionados en su párrafo segundo.

Esta apreciación supone un cambio en la carga de la prueba de la negligencia médica, ya que dicho artículo permite atribuir la responsabilidad al hospital sin necesidad de probar previamente la culpa o negligencia de su personal médico. Esta Ley entiendo que sólo resulta de aplicación en el ámbito hospitalario, y no, como sostienen algunos autores, en relación a la responsabilidad personal del médico.

IV. SEGUNDA VERTIENTE: LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO.

Debemos partir nuevamente de nuestra Carta Magna, así, la Constitución Española de 1978 declara, en su art. 15, que: *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”*.

El sentido primordial del derecho constitucional a la vida²¹ es el impedir que el Estado mate seres humanos, legalice la muerte de éstos o de algún modo lo permita. De este derecho a la vida, constitucionalmente consagrado, derivan para el Estado dos clases de deberes:

- a. El deber de proteger las vidas humanas frente a los ataques homicidas procedentes de particulares.
- b. El deber de respetar las vidas humanas, excluyendo ataques a las mismas que procedan del propio Estado (proscripción de la pena de muerte).

Sin embargo, no conlleva el deber por parte del Estado de eliminar todos los riesgos para la vida que comporta la propia convivencia social. A pesar de la mencionada protección constitucional, ello está sujeto o condicionado por múltiples incertidumbres. La cuestión fundamental estriba en la determinación por criterios científico-naturales o valorativos. Esto es, si la vida ha de entenderse en un sentido puramente físico-biológico, o por el contrario, depende también de contenidos valorativos (el interés que tenga el propio titular del derecho a la vida, o la sociedad en general).

La vida humana es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen su reflejo en el status jurídico

²¹ AA.VV., Memento Penal Francis Lefebvre, Ed. Francis Lefebvre, 2010 (pág. 600).

público y privado del sujeto vital. Dentro de los cambios cualitativos del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular importancia el nacimiento, en cuanto que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en sociedad, este espíritu se recoge en la Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional (TC).

Esta diferencia cualitativa entre las fases pre y posnatal se encuentra destacada en diversas sentencias dictadas en relación con la Ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, y también con la Ley 35/1988, de técnicas de reproducción asistida. En esta línea, el Tribunal Constitucional (TC) ha admitido expresamente, a través de sendas Sentencias 212/1996, y 116/1999, que la implantación o anidación del embrión en el útero materno puede ser otro de los momentos en que se produce un cambio cualitativo en el desarrollo de la vida humana capaz de justificar una variación significativa en el nivel de protección jurídica que se le dispensa.

Ello nos conduce, a la distinción de dos valores o bienes jurídicos de diferente rango, cuyo substrato común es la vida humana:

- a. La vida humana independiente o extrauterina, que se tutela en el Título I “*Del homicidio y sus formas*” del Código Penal (arts.138-143 CP).
- b. La vida humana dependiente o intrauterina, a cuya protección se dedican los
- c. preceptos contenidos bajo la rúbrica “*Del aborto*” en el Título II, del Libro II, del Código Penal (arts.144-147CP).

Por tanto, la responsabilidad se deriva del acto médico, que fue muy bien definido por RODRÍGUEZ BERZOSA y el magistrado MARTÍNEZ CALCERRADA, como "la prestación o actividad profesional del médico que persigue, conforme a la técnica o arte correspondiente en cada caso, la denominada *lex artis ad hoc*, un efecto terapéutico o de curación del enfermo, o bien de la salud en general".

En conclusión, para una acertada valoración de la responsabilidad hay que decir que, con independencia de que el acto consista en una acción o en una omisión, existen

una serie de circunstancias que si concurren van a ser los fundamentos que determinen la responsabilidad médica:

- Incapacidad: Solo puede ejercer como médico quien reúna las condiciones legales necesarias: titulación, colegiación, etc.

- Impericia: Entendida como la falta de conocimientos considerados básicos a poseer una capacitación concreta, que conduce a que las técnicas empleadas se realicen sin que esté presente la *lex artis ad hoc*.

- Ilícitud: De todo acto médico que vaya en contra del Derecho, lo que actualmente encuentra su máxima expresión en la falta de conocimiento o consentimiento del paciente.

- Imprudencia: Determinada por la inobservancia y la falta de diligencia a la hora de prever las consecuencias de un acto médico incorrecto.

- Negligencia: Determinada por la inobservancia y la falta de diligencia a la hora de prever las consecuencias de un acto omitido de forma incorrecta.

La responsabilidad penal surge cuando se comete un delito o una falta (infracción grave o leve). El principal problema que se plantea en esta jurisdicción es la exigencia de responsabilidad por imprudencia. Para que un acto médico no incurra en responsabilidad penal (y esta constituye, como es lógico, la mayor preocupación de los profesionales de la medicina) debe reunir necesariamente tres requisitos.

1. En primer lugar, que se lleve a cabo por un facultativo debidamente titulado. La respuesta de nuestras leyes, en los casos en que el primer requisito no exista, es establecer el delito de intrusismo, castigando la usurpación de funciones y la quiebra de la confianza de la sociedad en la actuación titulada de los profesionales.
2. En segundo término, que se haya obtenido el consentimiento del paciente, bien sea expreso (oral o escrito), tácito o implícito (que es en principio la regla general), o presunto según los casos (por ejemplo en el supuesto de inconsciencia). La falta de consentimiento plantea una serie de cuestiones

importantes que ahora solamente se enuncian: ¿cuándo se incurre en el delito de coacciones o en el de detención ilegal, es decir, cuándo se menoscaba la voluntad de los pacientes?, o ¿cuándo la falta del mencionado consentimiento lleva consigo que el Código Penal (CP) contemple la figura del homicidio por imprudencia o la de las lesiones? Pongamos como ejemplo el supuesto de un cirujano que liga las trompas a una mujer sin que exista situación de urgencia alguna, contra el consentimiento de ella, por entender que la posibilidad de un nuevo embarazo, tras la tercera cesárea, la colocaría en una situación de riesgo inminente para su vida, lo que constituye un delito de lesiones por esterilización.

3. En tercer y último lugar, y como ya se ha mencionado a lo largo de la presente tesis, hay que observar las reglas propias de la profesión, esto es, la *lex artis*, el deber objetivo de cuidado que se debe prestar en la atención sanitaria y cuya infracción puede originar el delito o la falta de imprudencia.

1. Asistencia sanitaria: faltas y delitos

Las conductas punibles, es decir, merecedoras de castigo en vía penal, pueden revestir la modalidad de delito o de falta. SEGURA GARCÍA²² relaciona las distintas conductas punibles en las que pueden incurrir los profesionales sanitarios, siguiendo la ordenación sistemática del Código Penal:

1. El homicidio imprudente por imprudencia grave y el homicidio cometido por imprudencia profesional (art. 142.1 y 3).
2. El art. 143 tipifica conductas punibles en relación a las decisiones relativas al final de la vida, penalizando de mayor a menor intensidad la cooperación al suicidio hasta el punto de ejecutar la muerte, la inducción al suicidio, la cooperación con actos necesarios al suicidio de la persona. La pena se reduce

²² SEGURA GARCÍA, B., y otros, LARIOS RISCO, D. (Coordinador), Responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria. Marco jurídico de las profesiones sanitarias. Lex Nova. 2007 (págs. 355 y ss.)

por el legislador para los casos de cooperación activa o causación de la muerte de otro previa petición expresa, seria e inequívoca de la víctima que sufra una enfermedad grave que le conduciría inevitablemente a la muerte, o le produjera padecimientos difíciles de soportar (eutanasia).

3. Bajo la rúbrica "Del aborto" se penalizan diversas conductas que pueden desarrollarse en el entorno sanitario, en los arts. 144 a 146, en concreto: la producción del aborto no despenalizado, con o sin el consentimiento de la mujer, y dentro del campo de las imprudencias se penaliza el aborto por imprudencia grave y el aborto cometido con imprudencia profesional.
4. Lesiones por imprudencia grave o por imprudencia profesional (art. 152). Dichas lesiones podrán afectar a la integridad corporal o salud física o mental del perjudicado (art. 147), causar la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o un sentido, la esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad somática o psíquica (art. 149), o causar la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad (art. 150).
5. Lesiones al feto por imprudencia grave o por imprudencia profesional (arts. 157 y 158).
6. Delitos relacionados con la manipulación genética (arts. 159 y ss.). Las conductas punibles dentro de esta categoría de delitos son las siguientes:
 - a) La alteración del genotipo por manipulación de genes humanos.
 - b) La producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana utilizando para ello la ingeniería genética.
 - c) La clonación.
 - d) La fecundación asistida sin el consentimiento de la madre y la fecundación no reproductiva de óvulos.
7. Denegación de asistencia sanitaria o abandono del servicio (art. 196). El Código Penal después de tipificar como conducta punible la omisión del

deber de socorro de que puede ser sujeto activo cualquier ciudadano, contempla la denegación de la asistencia sanitaria y el abandono del servicio por los profesionales obligados a dispensar tal asistencia. Así dispone el legislador que "el profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado...". Conviene recordar con relación a este tipo penal que requiere la concurrencia de cuatro elementos:

- a) Que el autor sea profesional sanitario.
 - b) Que exista denegación de la asistencia o abandono del servicio cuando se esté obligado a dispensarlos.
 - c) Que se produzca un riesgo grave para la salud de las personas. Por tanto estamos en presencia de un delito de los llamados de riesgo, en el que acreditada la existencia del riesgo relevante y cierto para la salud de la persona a la que no se dispensa la asistencia sanitaria, se produce el tipo.
 - d) Que exista consciencia de la existencia del riesgo, por parte del profesional.
8. Divulgación del secreto profesional y acceso no autorizado a la información (arts. 197 a 199). En este ámbito el legislador describe una serie de conductas punibles que pueden tener lugar en el medio sanitario si tenemos en cuenta que para que la relación médico-paciente cumpla el fin al que va destinada, el paciente deberá confiar al profesional información que afecta a su intimidad. Asimismo hay que tener presente que esta información y todos los datos del proceso asistencial del paciente se consignan en la historia clínica de papel o informática correspondiendo su custodia a los titulares de las consultas y centros asistenciales públicos o privados según los casos. Toda la información mencionada afecta a datos de carácter personal y a la salud, por lo que merecen especial protección. Por ello se establece como conducta punible en el art. 197.2 y 5, el mero acceso en perjuicio de tercero y por cualquier medio, a datos de carácter personal custodiados en un archivo o

registro público o privado así como su alteración o utilización en perjuicio del titular o de un tercero. Esta conducta merece mayor reproche penal por el legislador cuando se trata de datos de carácter personal que afectan a la salud. En relación con la violación del secreto profesional, el art. 199 castiga genéricamente al que revelare secretos ajenos, que conozca por razón de su oficio o relaciones laborales, y en particular, y en mayor medida, al profesional que con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona.

9. Delitos en neonatología (arts. 220 y ss.). Contemplan una serie de conductas delictivas que pueden tener lugar en neonatología y que podemos sintetizar en tres:
 - a) La suposición del parto.
 - b) La entrega de un hijo a un tercero, modificando la filiación.
 - c) La sustitución de una criatura por otra.

10. Exposición a radiaciones ionizantes, (art. 343). En el ámbito de la radiología se penaliza la exposición a las personas a radiaciones ionizantes, que pongan en peligro su vida, integridad o salud, por imprudencia grave.

11. Delitos contra la salud pública, que afectan a los profesionales sanitarios en el ámbito de la farmacia (arts. 359 y ss.), como la elaboración, despacho o comercialización de sustancias sin autorización; despacho de sustancias que no cumplan los requisitos o estén caducados o deteriorados; alteración y simulación de medicamentos.

12. Falsedades documentales (arts. 390 y 397 y ss.): entre otros, alteración de elementos esenciales en documentos, simulación de documentos, falsificación de certificados médicos.

13. Intrusismo profesional (art. 403). Por ejercer actos propios de una profesión sin tener el correspondiente título académico, entendiéndose por tal, no solo

el título universitario, sino los referidos a centros oficiales de enseñanza oficial o extranjeros homologados.

14. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos por funcionarios públicos (art. 413 y ss.): custodia de las historias clínicas y documentos oficiales.
15. Falso testimonio (arts. 459 y 460). En relación a los peritajes, se considera conducta punible la declaración de peritos que faltasen a la verdad maliciosamente en su dictamen, o la declaración que sin faltar sustancialmente a la verdad, la altere con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que conociesen.

Y entre las faltas:

1. Lesiones de menor gravedad, causadas por imprudencia grave, imprudencia leve con resultado de muerte y la imprudencia leve causante de lesión no constitutiva de delito (art. 621).
2. Abandono de jeringuillas u otros instrumentos peligrosos, de modo que pudieran causar daños a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores (art. 630).
3. Realización de actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil exigidos legalmente (art. 636).

2. La imprudencia en el ámbito sanitario

La exigencia de responsabilidad frente a resultados dañosos producidos en el ámbito sanitario se reivindica cada vez con mayor fuerza en los distintos órdenes jurisdiccionales, de ahí la importancia de determinar cuándo existe realmente una responsabilidad por imprudencia, cuál es la gravedad de la misma, y ajustar la respuesta sancionadora al acto de que proviene, así como la correspondiente indemnización.

Según recoge DOMÍNGUEZ IZQUIERDO²³ a medida que la ciudadanía se ha ido concienciando de los derechos que le asisten, el aumento de la actividad médica, así como el progreso de la ciencia, y su mayor especialización y complejidad, ha determinado el aumento de los casos en que se pide responsabilidad penal a los médicos.

Esta creciente judicialización de la actividad médica acarrea como consecuencia irremediable y hasta comprensible, que los médicos, ante el temor de verse sometidos a un proceso judicial, practiquen una “medicina defensiva”, lo que, al tiempo, puede originar un retraso en la aplicación de un tratamiento, ya que el profesional tiende a asegurar su diagnóstico con pruebas innecesarias e interconsultas seriales para estar seguros frente a posibles reclamaciones, al menos en lo que se refiere a una hipotética responsabilidad por imprudencia.

Sobre la actividad judicial penal derivada de responsabilidad sanitaria, el magistrado URBANO CASTRILLO²⁴ ha puesto de manifiesto la creciente canalización de las reclamaciones por presuntas negligencias médicas por la vía civil y contencioso-administrativa -sobre todo por esta última- buscando, antes que nada, un resarcimiento económico. La mayoría de los casos acaban en sobreseimiento y archivo de las actuaciones penales o en absolución. Siendo de destacar como en algunos casos, expresamente, se remite al denunciante a la vía civil por ser dicha jurisdicción la idónea, en principio, para el ejercicio de las acciones de reclamación correspondientes, y es mínima la proporción de casos que llegan a la Sala de lo Penal del TS. Haciendo un análisis comparativo, en el Código Penal anterior, la denominada “negligencia profesional” constituía una forma distinta de imprudencia que daba lugar a una pena privativa de libertad más grave y facultaba para elevar la responsabilidad ante resultados de especial entidad. El vigente texto, contempla para las imprudencias profesionales idéntica pena privativa de libertad que la prevista para la imprudencia grave común de

²³ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M., La imprudencia médica y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión. La responsabilidad jurídico-sanitaria, La Ley, 2011.

²⁴ De URBANO CASTRILLO, E., Intervención acerca de “La responsabilidad penal médica: estado actual de la cuestión”, en las Jornadas sobre Derecho y Medicina, Las Palmas, 8 y 9 de marzo de 2012.

la respectiva figura delictiva, añadiéndole la pena privativa de derechos, pues en todos los casos se contempla la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión.

Así ocurre en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, manipulación genética y sustitución de un niño por otro en centro sanitario. De este modo, la imprudencia profesional se configura como una modalidad cualificada de la imprudencia grave como consecuencia de ser el sujeto que incurre en ella un profesional y cometerla en el ámbito de su profesión, donde le es exigible un mayor conocimiento y cuidado.

No obstante, apunta DOMÍNGUEZ IZQUIERDO que la imposición de la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión y su cumplimiento resulta un tema controvertido que requiere, en primer término, determinar el significado y alcance de la categoría de “imprudencia profesional”, pues de ella se deriva el mayor número de supuestos de responsabilidad penal en el ámbito médico.

No han sido muchas las sentencias que han condenado a la inhabilitación profesional en el ámbito médico. En los casos de imprudencia grave constitutiva de delito porque se ha hecho una interpretación muy restrictiva de la imprudencia profesional considerando como tal únicamente aquella catalogable como “imprudencia profesional” *stricto sensu*, haciendo caso omiso a la redacción actual del Código Penal (CP), que ya no alude a los términos “impericia o negligencia profesional” sino que utiliza únicamente la expresión “imprudencia profesional”.

Continúa DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, que en los casos excepcionales de imprudencias graves constitutivos de falta -los referidos a los resultados lesivos poco graves que se contemplan en el art. 147.2 (CP) del Código Penal- y en los de imprudencias leves, aun cuando provengan de una actuación de un profesional de la medicina, no se ha previsto en el art. 621 de texto punitivo la pena de inhabilitación, sino únicamente la pena de multa. Esta se convierte en una vía de escape para evitar la pena privativa de derechos ya que, en la mayoría de los casos, es suficiente con rebajar la calificación de la imprudencia de grave a leve, incluso tratándose de una verdadera imprudencia profesional.

Sostiene GARCÍA RIVAS²⁵, que de acuerdo con la opinión general de los penalistas y, también, del Tribunal Constitucional español (TC), al Derecho Penal le compete únicamente la protección de los bienes jurídicos (vida, salud, etc.) sólo frente a los ataques más graves. Por ello, los comportamientos negligentes únicamente se castigan cuando el resultado de esa imprudencia (el daño) tiene una entidad notable.

Como quiera que la actividad sanitaria atañe a la salud y la vida de las personas, que son bienes jurídicos de la máxima relevancia, las conductas negligentes adquieren, en ese ámbito, relevancia penal. Los arts. 142, 152 y 621 del Código Penal así lo acreditan. En ellos se contempla no sólo la imprudencia grave sino también la simple negligencia leve. Al margen de esos supuestos, también aparecen tipificadas las lesiones imprudentes al feto (art. 158 CP) y la omisión imprudente de aborto (art. 146 CP). En ambos casos, sólo se castiga penalmente la imprudencia grave, no así la de carácter leve.

Como una especie agravada se tipifica la imprudencia profesional, cuya convención jurídica más destacada es la imposición, como pena principal, de la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión.

2.1. El delito imprudente

El Derecho penal está regido por el principio de legalidad, que asegura al ciudadano que el Estado sólo le podrá perseguir penalmente por la comisión de aquellas conductas que aparecen claramente establecidas en las normas penales (recogidas, en su inmensa mayoría, en el Código Penal, CP). Sin embargo el propio carácter circunstancial de la imprudencia impide prever en ellas la inmensa gama de posibles negligencias (en lo que se refiere al ámbito médico desde la utilización de material sin esterilizar hasta la amputación del miembro sano). Por ello, la norma de cuidado contra la que atenta el sujeto imprudente sólo puede ser fijada en función del caso, esto es una vez conocidas todas las circunstancias en las que el hecho se desarrolló, para que el juez

²⁵ GARCÍA RIVAS, N., Algunos aspectos de la responsabilidad penal del personal sanitario. Derecho Sanitario y Bioética, Tirant lo Blanch, 2003.

pueda "construir" el modelo de comportamiento correcto para ese caso y determinar si el acusado se comportó de acuerdo con ese modelo o su conducta se desvió más o menos respecto del mismo.

Este carácter circunstancial y dependiente del caso ha llevado a algunos penalistas a considerar que se podría estar vulnerando ese principio de legalidad al que antes me refería. Es cierto que nada puede contrariarlo tanto como el hecho de que sea el juez quien determine a su antojo cuál es la norma aplicable, pues se trataría de una pura y simple arbitrariedad. Sin embargo, no es ésta la tarea que compete al juez en los casos de imprudencia. En realidad, se limita a extraer de la experiencia social una pauta de comportamiento correcto ya existente cuando el sujeto realiza la conducta juzgada. Lógicamente, dicha norma no aparece prevista con anterioridad en ninguna ley, pero sí en la conciencia social. En consecuencia, la tarea del juez no consiste en una "creación" de la norma de cuidado sino más bien la "detección" de la misma.

Quizá el mejor ejemplo de esa "construcción" de la norma de cuidado con independencia de la norma positiva lo encontremos en el caso juzgado por el Tribunal Supremo (TS) en 1991 como consecuencia de la transmisión de VIH a través de transfusiones sanguíneas. El 10 de octubre de 1986, la Generalitat de Cataluña dictó una Orden que obligaba a cribar la sangre trasfundida; uno de los posibles perjudicados había recibido la transfusión con anterioridad a esa fecha, concretamente el 30 de junio de ese mismo año. La Audiencia Provincial de Barcelona lo había descartado como tal perjudicado basándose en la fecha de la transfusión o, mejor, en que no existía aún ninguna norma positiva que obligase a analizar la sangre trasfundida. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que la infracción del cuidado debido no se basaba en que existiera o no una Orden de la Generalitat, sino en el hecho comprobado de que la comunidad científica consideraba ya en junio de 1986 (fecha de la transfusión) que la sangre era una vía de transmisión del VIH. Basándose en esa opinión, el Tribunal Supremo entendió que en junio de 1986 la transfusión sanguínea debía realizarse cumpliendo ese criterio de cuidado debido, a saber: analizar antes de realizar la transfusión para comprobar que no existía riesgo de transmisión del VIH.

En virtud de esa "norma de cuidado", que el Tribunal Supremo (TS) consideró infringida en el caso analizado, sí incluyó al sujeto transfundido en junio de 1986 en el elenco de perjudicados por las transfusiones negligentes.

2.2. La previsibilidad del daño

La obligación de tener cuidado o, si se prefiere, de observar un deber de cuidado en una situación de riesgo requiere comprobar, con carácter previo, si el daño generado en dicha actividad era o no previsible. No parece lógico exigir ciudadano que tenga cuidado respecto de algo que resulta imprevisible para la generalidad de las personas. Sólo se puede tener cuidado si el efecto dañoso de nuestro comportamiento es una consecuencia previsible del mismo.

Cuando comenzó a detectarse la presencia del VIH no se conocían las vías de transmisión. Ningún médico podía saber que el virus podía transmitirse mediante una transfusión sanguínea. En esos inicios de la enfermedad no se podía tener cuidado con las transfusiones para evitar la transmisión del VIH porque ambos fenómenos aparecían desconectados en la ciencia médica. Sólo cuando se convirtió en previsible que esa era una posible vía de transmisión surgió el deber de detectar la presencia del virus antes de realizar cualquier transfusión.

Al margen de esa puntualización marcada por la mera lógica del razonamiento humano, la exigencia de la previsibilidad del resultado constituye una garantía penal inherente al modelo de Estado democrático. En efecto, por muy "ilógico" que pudiera parecer una condena penal por negligencia cuando el VIH era prácticamente desconocido, un modelo distinto de Estado y de sistema penal quizá hubiera podido exigir dicha responsabilidad por el simple hecho de haber causado el daño. Sin embargo, en un sistema democrático, regido por el principio de culpabilidad, el ciudadano sólo debe responder de aquellos daños causados por él y que además fueran previsibles para cualquier persona normal (figura que, en la jerga penal, se denomina "espectador objetivo"). De ahí que las consecuencias imprevisibles no generen ninguna responsabilidad penal. El Tribunal Constitucional (TC) español ha reconocido la vigencia del principio de culpabilidad en numerosas sentencias (STC 105/1988, de 8 de

junio; 150/1991, de 4 de julio; 161/1997, de 2 de octubre; 45/2009, de 19 de febrero), por lo que puede afirmarse sin lugar a dudas que dicho principio está consolidado en nuestro sistema punitivo.

Conviene no confundir la previsibilidad con la efectiva previsión que tenga la persona que actúa. En efecto, esta última depende de la propia capacidad del sujeto para ser consciente de la situación de riesgo en la que se halla involucrado, y es perfectamente posible que quien genera un altísimo riesgo no sea capaz de captarlo, es decir, actúe con absoluta inconsciencia del peligro. Ahora bien, para comprobar la previsibilidad del daño no hay que "preguntarle" al autor (que puede demostrar una absoluta inconsciencia) sino al "espectador objetivo", a esa figura modelo que se identifica con alguien normal. Habrá que comprobar si, conforme al juicio de éste, es posible prever en esa situación un posible daño. Será su criterio (y no el del sujeto que actúa) el que determine pues, la previsibilidad del resultado. Y el ciudadano tiene obligación de prever lo mismo que él; por tanto, la previsibilidad podría considerarse, de alguna manera, un deber de prever, deber establecido a partir de lo que prevería un "espectador objetivo".

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª), de 12 mayo 2000, contempla el caso de una médica de "medicina general" que actuaba como anestesista en una intervención de cirugía estética. Según consta en dicha resolución, "cuando la acusada señora G. comprobó que la paciente comenzaba a despertar de la anestesia y estando ésta todavía intubada, procedió a cerrar el suministro de oxígeno y de protóxido de nitrógeno, hasta el momento suministrados en mezcla al 50%, abriendo a continuación el grifo correspondiente a este último gas y dejando cerrado el correspondiente al suministro de oxígeno". Es indudable que la acusada no era consciente del riesgo que estaba creando para la vida de la paciente y que, por tanto, no previó dichas consecuencias (letales). Ello no impide que, para un "anestesista medio" sí fuera previsible que el cierre del suministro de oxígeno derivaría probablemente en un coma neurológico y, posteriormente, en la muerte.

Para concluir con este apartado, conviene advertir de que ese deber de prever se establece conforme a los conocimientos existentes en la ciencia médica. Ejemplo de ello fue la sentencia citada sobre transfusión de sangre contaminada por VIH. Si el deber de

prever se rigiera por esa norma positiva de la Generalitat, no podría reprocharse penalmente ninguna omisión anterior. Lo cierto es que, el Tribunal Supremo si consideró reprochable una transfusión realizada en junio del mismo año en virtud de un deber de previsión existente en ese momento (sin norma positiva) porque, aunque "no había entonces criterios uniformes, comúnmente aceptados, pero la anamnesis, el cribado de la sangre, los test anti-SIDA o incluso las pruebas serológicas, que permitían detectar la presencia de anticuerpos, eran ya prácticas conocidas y sabidas". Aunque un tanto titubeante, el Tribunal Supremo aclara aquí que el criterio de referencia para establecer el deber de prever (previsibilidad) que la sangre era una vía de transmisión se construye a base del conocimiento científico imperante en el momento del hecho.

El juicio-pronóstico "en qué consiste la previsibilidad", presenta en el campo de la medicina características peculiares.

En efecto, suele decirse que el curso de una enfermedad y su hipotética curación dependen de multitud de factores, pero lo que interesa aquí, en primer lugar, es señalar que cualquier pronóstico médico se basa en un diagnóstico previo, el cual puede ser acertado o erróneo.

Cabría preguntarse entonces -retóricamente- si existe un "deber médico" de diagnosticar correctamente todas las enfermedades que se le presenten. La respuesta jurídica a esa pregunta es, por pura lógica, rotundamente negativa: una de las constantes de la jurisprudencia (penal) del Tribunal Supremo en materia de negligencia médica es la negación de la responsabilidad penal por el mero error de diagnóstico. No se exige infalibilidad al profesional sanitario, ni cabría exigirlo. Así lo afirma la STS (Sala de lo Penal) 4618/2006, de 6 de julio, citando otras muchas anteriores, donde puede leerse que "no cabe incriminar como delito el simple error científico o diagnóstico equivocado, salvo cuando cualitativa o cuantitativamente resulte de extremada gravedad", criterio que sigue fielmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales inferiores hasta nuestros días.

2.3. Configuración del deber de cuidado: *lex artis* médica

La tarea del profesional sanitario, cuya misión consiste en procurar la sanación del paciente, debe valorarse en atención a las circunstancias que concurren en cada caso, entre las que debe integrarse también la propia constitución física del paciente, variable por definición. Por ello, pese a que se asiste a un proceso de progresiva protocolización del acto médico, la jurisprudencia nunca pierde de vista que las variables del caso pueden modificar en mayor o menor medida ese baremo general. En virtud de ello, aunque las reglas del buen hacer del profesional sanitario suelen recibir la denominación de *lex artis*, es preferible hablar en este ámbito de una *lex artis ad hoc*, esto es una guía del buen hacer para enfrentarse a una determinada patología, pero vinculando esas reglas generales al caso concreto²⁶.

Dado que el juez no es versado en medicina, su criterio sobre la adecuación de la conducta juzgada al deber de cuidado sólo puede modelarse atendiendo a las pruebas periciales practicadas en el proceso, pruebas que consisten en dictámenes emitidos por especialistas en los que se valora cuál sería el comportamiento adecuado en la situación en la que se encontraba el sanitario cuya conducta se somete a enjuiciamiento. Como es lógico, puede existir más de un dictamen: tanto la defensa, como la acusación, como el propio tribunal, de oficio, pueden recabar estos informes. Al igual que ocurre en cualquier otro proceso penal, el juez o tribunal se rige por el principio de libre valoración de la prueba, establecido en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), lo que significa que no valen más unas pruebas que otras (como ocurría en el Derecho penal del Antiguo Régimen) y que todas ellas concurren por igual en la conciencia del juzgador para arrojar luz sobre el hecho cometido. Pero esa libertad de valoración judicial tiene como contrapartida el deber de explicar en la sentencia por qué le convenció más este o aquel dictamen, para preservar el derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales, derecho reconocido por nuestro Tribunal Constitucional en numerosísimas sentencias pero de manera particular en la STC

²⁶ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*. Tirant lo Blanch, 2003.

55/1987, de 8 de mayo²⁷, que se refiere precisamente al “delito imprudente” y a su carácter "abierto" (no escrito), lo que añade un deber ulterior de motivación por parte del juzgador:

"En la actualidad ya no caben dudas respecto del carácter 'abierto' de los tipos que describen estos hechos punibles [imprudentes], toda vez que la infracción del deber de cuidado que los caracteriza sólo puede definirse -a los efectos de la subsunción- cuando el Tribunal tiene conocimiento de todas las circunstancias del hecho. Tal definición no puede practicarla, como es claro, el legislador, quien únicamente podrá dar pautas orientadoras genéricas, demasiado amplias a los efectos de la subsunción, inclusive cuando establece reglamentos específicos en ciertos ámbitos sociales (por ejemplo del tráfico, la seguridad en el trabajo, etc.). Asimismo, es preciso que se establezcan motivadamente de qué manera la infracción del deber de diligencia se conecta con el resultado producido. Sin llevar a cabo fundadamente la concreción del deber de cuidado o de la diligencia exigida y su vinculación con el resultado en el caso que es objeto de

²⁷ La exigencia de motivación de las Sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado Democrático de Derecho (art. 1 de la Constitución Española) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Ley (art. 117.1 de la Constitución). Precisamente de ello se deduce la función que debe cumplir la motivación de las Sentencias y consecuentemente, el criterio mediante el cual se debe llevar a cabo la verificación de tal exigencia constitucional. La Constitución requiere que el Juez motive sus Sentencias, ante todo, para permitir el control de la actividad jurisdiccional. Los fundamentos de la Sentencia se deben dirigir, también, a lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano. En este sentido deben mostrar el esfuerzo del Tribunal por lograr una aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad. Por otra parte, la motivación de la Sentencia es una exigencia sin la cual – como es generalmente reconocido – se privaría, en la práctica, a la parte afectada por aquélla del ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el ordenamiento jurídico. Sólo si la Sentencia está motivada es posible a los Tribunales que deban entender en el trámite de algún recurso, controlar la correcta aplicación del Derecho y al Tribunal Constitucional, en el caso del recurso de amparo por la vía del art. 24.1 de la Constitución, si el Tribunal de la causa ejerció la potestad jurisdiccional 'sometido únicamente al imperio de la Ley', de la forma en que lo establece el art. 117.1 de la Constitución. Una verificación de esta naturaleza sólo es posible si la Sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica. De otra manera, la Sentencia no podría operar sobre el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos, ni podría permitir el control correspondiente a los Tribunales que todavía pudieran intervenir por la vía de los recursos previstos en las Leyes".

juzgamiento, no cabe estimar que la sentencia esté suficientemente fundada, pues sin esta especificación no puede orientarse a convencer a la opinión pública ni al acusado de su corrección y justicia, de la misma manera que no podrá posibilitar plenamente a otro Tribunal que disponga de competencia para ello, el control de la potestad jurisdiccional vinculada a la Ley y al Derecho".

Respecto a la estructura de ese *deber de cuidado*, existen dos tendencias doctrinales claramente diferenciadas:

- a) La primera afirma que, ese deber sólo puede configurarse con carácter objetivo, es decir, igual para cualquier persona, independientemente de la capacidad ("habilidad") que ésta tenga para desenvolverse en la situación de riesgo.

- b) La segunda sostiene que, el deber de cuidado es personal y que exige a todos por igual la evitación del daño, en la medida de lo posible, de acuerdo con sus características personales, lo que obliga a tener en cuenta esa capacidad o habilidad del sujeto para determinar cuál era el cuidado debido. Al margen de la disquisición doctrinal, la polémica adquiere gran repercusión de cara a la justificación de una modalidad agravada de negligencia, aplicable por regla general al personal sanitario, denominada imprudencia profesional.

Cabe aquí mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1990, que enjuició la conducta de un MIR, adscrito al servicio de Anestesia y Reanimación, al tener que practicarse una intervención y sin razón de urgencia que lo aconsejase, en vez de avisar al Jefe del Servicio que se hallaba de "guardia localizable", decidió intervenir por su cuenta y practicó a la paciente anestesia general -para lo que no se hallaba autorizado-, y una vez finalizada la operación ésta sufrió un "espasmo de glotis", con una grave insuficiencia respiratoria, sin que el acusado lograra hacer frente a tal complicación, para lo cual requirió la ayuda de un enfermero, que la intubó cuando ya sufría lesiones irreversibles. Este caso demuestra que el deber de cuidado se configura en función de la capacidad del sujeto para hacer frente a la situación de riesgo que se le presenta. Si la tiene, su deber es proceder a la intervención y procurar la correcta reanimación del paciente. Si no la tiene, como en este caso, su deber se establece en función de su capacidad, y consiste en abstenerse de intervenir. Como

puede observarse, el deber de cuidado se personaliza en función de la capacidad del autor: intervenir con cuidado es distinto de abstenerse de intervenir. De ahí que pueda hablarse de un deber personal de cuidado²⁸. Este planteamiento afecta directamente a la consistencia de la imprudencia profesional, que suele justificarse por el mayor grado de reproche que merece quien se comporta de manera descuidada en el ámbito de su profesión, cuya supuesta pericia está acreditada mediante un título académico y provoca una confianza en el ciudadano que se frustra por la impericia del sujeto. A ella me referiré más adelante.

Por último, pertenece también al contenido propio de la *lex artis*, la exigencia del “consentimiento informado del paciente”, piedra angular de la Ley de Autonomía del Paciente de 2002.

Lejos de constituir un mero formalismo para salvaguardar la responsabilidad del profesional sanitario, el consentimiento informado se erige como un requisito fundamental para configurar la *lex artis médica*.

Sin él, la actuación del profesional sanitario vulnera el derecho fundamental a la salud, reconocido en el art. 15 CE como un derecho humano básico sujeto a la libre disponibilidad de la persona.

Esa es la razón que llevó al Tribunal Supremo, en su Sentencia (STS 308/2001), a condenar al médico que confundió la rodilla a operar incluso tras haberse comprobado que el acto estaba indicado por la existencia de una dolencia desconocida en la rodilla operada. Para el Alto Tribunal debe resaltarse "la relevancia que la autorización o consentimiento del paciente tiene como determinante de la atipicidad de esta clase de conductas o como causa excluyente de la punibilidad que ya puso de relieve la Sentencia del TS de 26 de octubre de 1995, cuando advertía que salvo situaciones de extrema urgencia en que exista un riesgo inminente para la vida de la persona el médico

²⁸ CÓRDOBA RODA, *Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código Penal*, en DERECHO Y SALUD, 1996. ROMEO CASABONA, *Responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 2002. (pág. 140)

no puede llevar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada ni, por supuesto, en contra de ella".

2.4. La responsabilidad por omisión: posición de garante

Nuestro Código Penal (CP) contiene una regla general en su art. 11, de acuerdo con la cual no sólo se responde cuando se causa un daño mediante una acción sino también cuando no se evita ese daño siempre que el sujeto tuviera la obligación jurídica de actuar. Es lo que técnicamente se conoce con el nombre de comisión por omisión. En el ámbito de la profesión sanitaria se da la circunstancia de que el médico ostenta generalmente esa posición de garante pues la sociedad espera de él que atienda a un enfermo cuando éste recurra a sus servicios, sobre todo en el ámbito de la medicina de urgencias. Si a este servicio acude alguien con una grave dolencia y el médico responsable le ignora olímpicamente, produciéndose la muerte, podrá decirse que la muerte no ha sido causada por el médico (ya que no intervino) pero sí podrá imputársele dicho deceso por no haber actuado cuando tenía obligación de hacerlo.

La Sentencia del Tribunal Supremo 2230/2001, de 27 de noviembre castiga a cuatro profesionales sanitarios como responsables de homicidio imprudente en comisión por omisión, por su inacción tras una intervención de cirugía estética. Tanto el médico de guardia como el anestesista y el cirujano son corresponsables de la degradación del estado físico de la paciente, que hubo de esperar tres horas a ser trasladada a un centro médico que contara con el personal y el material suficientes para sacarle del coma profundo en el que había caído.

El Tribunal Supremo (STS de 27 de noviembre de 2001) concluye que:

"el resultado producido es típico en cuanto entraña la muerte de una persona, resultado que es concreción de la situación de peligro que supuso para la vida de la paciente al prolongar indebidamente el traslado a otro Centro Hospitalario que resultaba necesario para su salud. Puede afirmarse, pues, la imputación objetiva de ese resultado en cuanto en el proceso que culminó en el fallecimiento, conforme a las reglas de la lógica y la experiencia, fue determinante el retraso inexplicable al que se

ha hecho referencia, sin que exista razón lógica alguna en la que pueda sostenerse lo contrario".

2.5. Imprudencia y trabajo en equipo: Principio de confianza

En materia de responsabilidad penal rige el principio de la "responsabilidad personal", que excluye por completo la posibilidad de ser sancionado por los actos de otro o por un comportamiento colectivo. Siempre y en todo caso debe concretar el juez la responsabilidad individual del acusado; en caso contrario, habrá de absolverle.

En materia de imprudencia, por su parte, rige también un principio general según el cual podemos confiar en el comportamiento correcto de otro u otros ciudadanos involucrados en el ámbito del riesgo en el que nos encontramos a condición de que no existan indicios de que dicha persona o personas no se están comportando correctamente, pues en tal caso nuestro personal deber de cuidado debe cubrir también el riesgo que pueda generar ese incorrecto comportamiento de terceros.

Este principio rige en todos los ámbitos en que se manifiesta la imprudencia y también, como es lógico, en el sanitario. Su aplicación al caso concreto depende del tipo de relación existente entre los sujetos implicados en el ámbito de riesgo. Si los sujetos implicados se sitúan en posición de igualdad, todos ellos pueden confiar de igual modo en el respeto al deber de cuidado de los demás. Así ocurre cuando distintos especialistas colaboran en la aplicación de una terapia o intervención determinada (cirujano y anestesista, por ejemplo).

Por el contrario, cuando los sujetos forman parte de un equipo que cuenta con un director y otros miembros subordinados a él (el cirujano y los auxiliares que participan en la operación, por ejemplo), la responsabilidad del director se amplía al ámbito de riesgo que dirige, con ciertos matices: deberá elegir correctamente a quienes intervienen en él, siempre que tenga capacidad para ello. Si elige a algún miembro del equipo que carezca de la cualificación necesaria para afrontar el riesgo que le compete, la responsabilidad sobre las negligencias cometidas por éste se traslada a quien le eligió.

Por otro lado, cualquier signo de comportamiento incorrecto por parte de algún miembro del equipo que fuera perceptible para un jefe de equipo diligente, obliga a quien dirige la intervención -del tipo que sea- a ampliar su deber de cuidado hasta abarcar el ámbito de riesgo adjudicado en principio a ese miembro negligente, de manera que las infracciones del deber de cuidado cometidas por éste serán responsabilidad del jefe de equipo.

Podríamos decir que "delega con cuidado". Si posteriormente resulta que algún miembro del equipo no se comporta con la debida diligencia, el jefe del mismo recupera la competencia sobre ese ámbito de riesgo, con la obligación de adoptar las cautelas necesarias para que el paciente no sufra un daño como consecuencia de aquél.

2.6. Regulación de la imprudencia en el Código Penal.

Clasificación.

En el vigente CP español, la imprudencia se castiga sólo cuando a consecuencia del comportamiento negligente se lesionan determinados bienes jurídicos de especial trascendencia: vida, salud, medio ambiente, etc.

Por lo que se refiere al ámbito de la actuación médica conviene destacar los siguientes delitos: homicidio, lesiones, lesiones al feto y aborto. Por otra parte, nuestro legislador clasifica la imprudencia en grave y leve teniendo en cuenta el grado de infracción del cuidado debido, cifrado en la comparación entre el comportamiento que hubiera debido tener el sujeto y el que realmente tuvo.

Se trata, como es obvio, de una distinción siempre relativa, que puede dar lugar a diferentes valoraciones respecto a un mismo caso. Desde el punto de vista de la gravedad penal del hecho, nuestro legislador relega todos los comportamientos constitutivos de negligencia leve a la calificación de mera falta, mientras que casi todos los comportamientos constitutivos de negligencia grave son calificados como delito; por lo demás, la calificación como imprudencia profesional sólo cabe cuando previamente se ha graduado la imprudencia como grave, todo lo cual permite afirmar que la

calificación como leve o grave del comportamiento negligente reviste suma trascendencia desde el punto de vista de las consecuencias penales para el infractor. Por ello, aunque se trate de una valoración siempre relativa, cabe fijar algunos parámetros de la misma. El primero -y quizá más importante- es que la calificación como grave o leve de la imprudencia no puede basarse en la “entidad del daño infligido”. Una negligencia levísima puede causar daños catastróficos mientras que una gravísima puede no tener consecuencia alguna.

El daño y la negligencia deben estar ligados, pero la gravedad de ésta no depende de la entidad de aquél sino de la suya propia: ¿se infringió de manera grave el deber de cuidado?, pregunta cuya respuesta no puede basarse en la entidad del daño, repito, sino en la diferencia entre el comportamiento debido y el realizado por el sujeto. Dicho lo cual, conviene matizar esa radical separación entre daño y negligencia, ya que el mayor valor de los bienes jurídicos sometidos a riesgo en el ámbito sanitario (ocurre lo mismo en la circulación de vehículos) obliga a configurar un deber de cuidado más estricto que en otros ámbitos, lo que puede dar lugar, con mayor facilidad, a la calificación de la imprudencia como grave.

Los Tribunales reclaman de los profesionales sanitarios una atención mayor cuando el riesgo al que se enfrentan pone en juego la vida del paciente.

En el fondo, lo que nuestro ordenamiento jurídico exige al ciudadano (y también al médico) es que adopte las cautelas oportunas para que el bien jurídico sujeto a riesgo no se vea dañado; a medida que ese riesgo es mayor, también lo debe ser la cautela adoptada²⁹.

La imprudencia profesional

La inclusión de una modalidad agravada de imprudencia basada en la circunstancia de que el hecho se cometa en el ámbito profesional ha sido motivo de controversia. La antigua redacción del Código Penal (vigente desde la aparición de esta modalidad, en los años cincuenta del pasado siglo, hasta 1996) obligaba a imponer

²⁹ GRATACÓS, E. *La imprudencia en el nuevo Código Penal. Especial referencia a la imprudencia profesional y a la inhabilitación especial*, en Derecho y Salud, 1997.

penas durísimas de prisión (más de cuatro años) cuando se producían muertes a consecuencia de ella.

La falta de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y su sanción obligó al Tribunal Supremo a crear una distinción carente de reflejo legal, según la cual no podía castigarse la imprudencia como profesional salvo que supusiera una gravísima impericia, impropia de quien debe enfrentarse a situaciones de riesgo propias de esa profesión (así, todavía, la STS 537/2005, de 25 de abril). Los restantes casos de negligencias cometidas en el ámbito de la profesión se castigaban como imprudencias comunes "del profesional" y, en consecuencia, no eran agravadas. Este dato puede explicar por qué ha tenido un desarrollo precario esta especie de imprudencia v, también, que al modificarse su régimen legal en el Código Penal vigente, que no asigna una pena de prisión superior sino sólo una inhabilitación profesional (que supone una grave limitación de derechos pero menos aflictiva que la privación de libertad), puede aplicarse con menos matices y de un modo más generalizado a cualquier imprudencia cometida en el ámbito de la profesión.

Un análisis doctrinal muestra que son mayoría los autores que defienden la existencia de esta modalidad "agravada de imprudencia", sin embargo, GARCÍA RIVAS se pronuncia en contra de ella porque entiende que carece de justificación³⁰.

En esta Tesis se ha analizado que, la capacidad personal del sujeto se tiene en cuenta a la hora de determinar cuál es su deber de cuidado: si carece de la preparación suficiente para afrontar una situación de riesgo, entonces su deber de cuidado no consiste en controlar "en la medida de lo posible" dicho riesgo, sino sencillamente en no realizar la actividad, precisamente para no "incrementar el riesgo" que dicha situación conlleva. Ese cambio de contenido del deber se basa en la (in)capacidad del sujeto, lo mismo que debe exigirse al profesional muy experimentado y muy capaz que despliegue todo su saber al afrontar una situación de ese tipo.

Es decir, el deber de cuidado se configura en virtud de las capacidades personales del sujeto y ello no quiere decir que se exija más al que más sabe sino al contrario, se le

³⁰ GARCÍA RIVAS, *La imprudencia profesional: una especie a extinguir*, en *El nuevo Código Penal. Presupuestos y fundamentos*. Comares, 1999, p. 369 ss.

exige lo mismo que al menos experto: desplegar todo su saber para evitar la lesión (evitable) del bien jurídico protegido.

Bajo estas coordenadas, el hecho de que el sujeto sea o no sea profesional no puede incrementar la pena por cometer una imprudencia en el ámbito de su profesión. Cabría establecer, si acaso, una correlación estadística entre exposición a situaciones de riesgo y profesión (médica), pero según GARCÍA RIVAS ese dato cuantitativo no permite justificar un incremento cualitativo de la responsabilidad penal.

En este sentido, la inhabilitación especial que prevé nuestro Código Penal como sanción específica para la imprudencia profesional debería desaparecer, teniendo en cuenta que la pena principal (de prisión en la mayoría de los casos de imprudencia grave) conlleva como pena accesoria esa misma inhabilitación, pero por un período de tiempo muy inferior.

Resultados relevantes

Como he introducido en esta parte de la Tesis, en el campo penal se ha distinguido secularmente entre vida humana independiente y vida humana dependiente.

Dicha distinción tiene su raíz, lógicamente, en el distinto (des)valor que se adjudican a los atentados infligidos a cada una de ellas: el delito de homicidio se considera más grave que el aborto, las lesiones, a su vez, más graves que las lesiones al feto. Sin embargo, no resulta fácil delimitar la frontera que separa una y otra clase de vida.

Ningún valor tiene, a este respecto, la definición de "persona" que ofrece el art. 30 del Código Civil, a tenor del cual se exige la "viabilidad" del feto durante las veinticuatro horas siguientes al nacimiento. El momento crítico, lógicamente, es el parto.

Un análisis de una doctrina muy restrictiva, habría que considerar que la independencia total respecto a la madre sólo tiene lugar cuando se corta el cordón umbilical. Si se mantuviera dicha opinión, cuando el feto es extraído del claustro materno y adquiere presencia física exterior no existiría todavía un homicidio en caso de

muerte no fortuita, ya que habría que esperar —como se ha dicho— al corte del cordón umbilical. Aparentemente, ningún tribunal sigue esta doctrina.

El debate doctrinal e ideológico se centra en torno a dos momentos: el comienzo de la expulsión del feto del claustro materno y la primera aparición física exterior de éste, es decir cuando la cabeza del feto comienza a ser visible. En general, se sostiene que la vida humana independiente comienza con la expulsión y que a partir de ese momento ya puede hablarse de homicidio y lesiones si el niño muere (STS de 22 de enero de 1999).

Por lo que se refiere a las lesiones, nuestro Código Penal (CP) distingue el delito de la falta bajo el criterio de la necesidad de tratamiento médico para su curación (siempre que se trate de lesiones dolosas).

El art. 147 CP puntualiza que existirá delito "siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico". Entre los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo, cabe citar la Sentencia 880/2008, de 17 de diciembre, en la que se analiza el concepto normativo "tratamiento médico", que define del siguiente modo: "el concepto de tratamiento médico parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere de la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias o, incluso, una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga mero seguimiento facultativo o simples vigilancias".

Así, la STS 79/2009, de 10 de febrero, considera tal el tratamiento con ansiolíticos por estrés postraumático. Por su parte, el concepto de tratamiento quirúrgico debe entenderse en sentido amplio, que incluye cualquier intervención de cirugía menor, como la aplicación de puntos de sutura, según una reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo, una de cuyas últimas expresiones es la STS 747/2008, de 11 de noviembre.

3. El delito de omisión de asistencia (art. 196 CP)

El Art. 196 CP establece que: "El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente [multa de tres a doce meses] en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años".

El delito que ahora se comenta tiene una estructura parecida a la ya explicada de la comisión por omisión, con una salvedad: el resultado no es de daño sino de peligro, lo que constituye una tutela anticipada de la salud, que aparece en el Código Penal junto al delito clásico de omisión del deber de socorro³¹.

Al igual que se predicaba de la comisión por omisión, sólo puede ser autor de este delito de omisión de asistencia quien esté obligado a ella. Esta restricción del círculo de posibles sujetos activos del delito constituye un elemento diferencial muy importante porque obliga al juez a introducir en su razonamiento toda la panoplia de disposiciones administrativas que regulan la asistencia sanitaria.

En primer lugar, sólo puede aplicarse a un "profesional", expresión que debe relacionarse con la conducta reprochada: denegación de asistencia sanitaria de manera que sólo es aplicable a profesionales sanitarios y no a otros, aunque ejerzan eventualmente un cometido de esa naturaleza (El Auto de la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona [sección 8ª] de 7 de febrero de 2005 duda sobre la aplicación a socorristas de piscinas públicas; seguramente, una interpretación literal del precepto los excluye). En segundo lugar, sólo puede ser acusado quien tenga un deber específico de asistencia, lo que afecta de manera muy especial a la medicina de urgencias, pero -obviamente- no sólo a ella, como lo demuestra la STS 56/2008, de 28 de enero, en la que se confirma la condena al médico de un Centro de Salud a cuyas puertas se acerca una persona en demanda de asistencia urgente y, una vez que el celador se lo comunica al médico de guardia, éste decide no actuar sabiendo que ha sido alertado el 061.

³¹ ESQUINAS VAL VERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios*, Comares, 2006.

Se le reprocha no haberse interesado por el enfermo, no haber intentado siquiera asistirle, haber omitido completamente cualquier intento de ayuda. Podría justificarse la falta de asistencia -sostiene el Tribunal Supremo (TS) en esa sentencia- si para realizarla tuviera que abandonar otro cometido con riesgo grave para otro, pero no era el caso. Ahora bien, pese a lo que afirma el Tribunal Supremo en dicha sentencia, debe advertirse que el art. 196 CP sólo puede aplicarse cuando el profesional omite la asistencia o abandona el servicio sabiendo que con ello crea un peligro para la salud del paciente y no cuando dicho peligro se crea de manera imprudente. Se trata de un delito doloso, y quizá no se ajuste a dicha exigencia la condena ratificada en la STS 56/2008.

Recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de mayo de 2009, que la “tardanza en la asistencia” por encontrarse sobreesaturado el servicio de urgencias constituye una causa de no exigibilidad respecto a los sanitarios que se encontraran de servicio. Por lo demás, el art. 196 no puede aplicarse (a diferencia del delito de omisión del deber de socorro, previsto en el art. 195) cuando no se compruebe que, a consecuencia de la falta de asistencia, se derivó un grave riesgo para la salud de la persona objeto de aquélla; si dicho riesgo no se demuestra, el hecho no puede ser castigado como delito del art. 196, sin perjuicio de que pueda constituir una omisión del deber de socorro "común", castigada con una pena sustancialmente inferior.

Un análisis de la crónica jurisprudencial española nos conduce a encontrar una larga lista de resoluciones judiciales que archivan o sobreseen denuncias por este delito, ya sea porque en el fondo se está discutiendo el cómo de la asistencia y no tanto si existió o no (y sólo en este último caso puede acusarse realmente por el delito que nos ocupa). Y esa diferencia de criterio puede llevarnos al terreno del cumplimiento de la *lex artis*, que es el propio de la imprudencia, pero no el de la “denegación de asistencia”³²

³² Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 6 de abril de 2009

4. El delito de aborto y los supuestos despenalizados. Ley Orgánica 2/2010

La protección que el Código Penal (CP) dispensa a la vida humana se extiende también a la “vida en formación”, que recibe el nombre técnico de "vida humana dependiente". El momento de la expulsión del claustro materno delimita la frontera entre vida humana dependiente e independiente y sirve para distinguir los delitos de homicidio y lesiones de los delitos de aborto y lesiones al feto, respectivamente.

Aunque desde un punto de vista teórico se podría realizar un extenso discurso sobre el ámbito de aplicación del delito de aborto, su modalidad “imprudente” ya ha sido estudiada y la “dolosa” sólo será aplicable a un profesional de la salud -salvo casos excepcionales- cuando la mujer se someta a la interrupción del embarazo bajo el amparo (real o aparente) de los supuestos despenalizados desde hace veinte años.

Todo ello, nos conduce a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, la cual ha abierto un amplio debate jurídico, social, moral e ideológico.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, modifica sustancialmente el tratamiento jurídico penal de los casos de aborto permitido. Si hasta ahora se establecía un sistema de "indicaciones", en adelante regirá un sistema mixto, que incorpora un sistema de plazo pero mantiene alguna de las indicaciones de la legislación ahora derogada. Sin embargo, el requisito básico consistente en autorizar únicamente el aborto realizado en centros sanitarios acreditados, por un médico y con el consentimiento expreso de la mujer sigue vigente.

A este respecto, el art. 13 de la citada Ley establece que "en el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad". Asimismo establece un deber de información a los representantes legales, deber que cede "cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo".

El Reglamento que desarrolla la Ley (Real Decreto 825/2010, de 25 de junio) se desvía de esta previsión legal al exigir, indebidamente, que "el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de profesional de trabajo social". El Reglamento asigna, pues, una competencia psicológica a un profesional sanitario especialista en interrupción del embarazo, lo que constituye un desatino y vulnera los derechos de esa mujer menor de 18 años.

El art. 14 de la Ley incluye la novedad más importante respecto al régimen jurídico-penal anterior. Si en éste se requería siempre la certificación médica respecto al riesgo para la salud física o psíquica de la embarazada, la nueva Ley permite que la mujer decida libremente en las 14 primeras semanas de embarazo, sin sujeción a indicación alguna. Sin embargo, se establece un deber de información a los centros donde haya de practicarse la interrupción voluntaria del embarazo, referido a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, y deberán transcurrir 3 días desde el momento en que se informe hasta el momento de practicar la intervención.

El art. 17 prevé que dicha información ("clara, objetiva y comprensible", según el apartado 5) se incluirá en un sobre cerrado y deberá contener los siguientes aspectos, desarrollados en el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio:

Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.

Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.

Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

Cuando se omite dicha información o no se cumple el plazo de 3 días de espera para la intervención, el nuevo art. 145 bis del Código Penal sanciona al autor con pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, al responsable de ofrecer dicha información o de cumplir con el plazo establecido. La mujer no será sancionada en ese caso.

Como se decía antes, el sistema de indicaciones sigue vigente: la indicación médica y la eugenésica se equiparan ahora en cuanto al plazo para realizar la intervención: 22 semanas, cuando en la legislación derogada la primera de las indicaciones carecía de plazo. A las anteriores se añade una nueva indicación referida a la detección de "anomalías fetales incompatibles con la vida" o "cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico". Este último caso se diferencia de todos los anteriores por requerir el dictamen de un "comité clínico", de nueva creación, integrado por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra, pudiendo elegir la mujer uno de estos miembros del Comité.

En todos los casos, los dictámenes preceptivos constituyen elementos esenciales para la exención de pena, lo que conlleva el castigo del facultativo que realice la intervención prescindiendo de los mismos. Sorprende, sin embargo, que el castigo previsto para estas conductas coincida, según el art. 145 bis del Código Penal, con el que se reserva a los casos -anteriormente comentados- de ausencia de información a la mujer sobre ayudas sociales vinculadas al embarazo y la natalidad, sobre centros de orientación familiar, etc. Parece evidente que el dictamen que se requiere en estas indicaciones no es un elemento accesorio de la justificación (cuando el aborto se realiza dentro de las 14 primeras semanas de embarazo ésta se basa en el consentimiento y no en la información) sino un elemento esencial de la misma. Únicamente podrá corregirse esa disparidad punitiva cuando el feto cuente con más de 22 semanas, en cuyo caso el art. 145bis CP eleva la pena a la mitad superior, es decir multa de 9 a 12 meses e inhabilitación de 15 a 24 meses.

La competencia para emitir dictamen, en el caso de la indicación terapéutica, no puede recaer en un psicólogo sino solamente en titulados en medicina, pues

expresamente lo requiere el citado artículo del Código Penal y también el art. 6 del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre. El Tribunal Supremo adoptó una solución tajante en reunión del TS del 20 de abril de 2001:

“el certificado emitido por un psicólogo no es válido para legalizar la interrupción voluntaria del embarazo”.

Por consiguiente, según esa decisión, el hecho seguiría siendo punible, aunque se aplicara al facultativo el "error de prohibición vencible", es decir la creencia errónea de obrar lícitamente, un error superable que daría lugar a una pena atenuada. Sin embargo, la regulación de las profesiones sanitarias mediante la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, permite considerar tales a los psicólogos clínicos, lo que matizaría la anterior decisión jurisprudencial.

5. Revelación de secreto profesional

El deber de preservación de la intimidad del paciente, que compete al profesional sanitario, despliega sus efectos en varios ámbitos:

- En primer lugar, el clásico secreto profesional impide la revelación de aquello que -desde un punto de vista jurídico penal- se considere, efectivamente, secreto.
- En segundo lugar, los procedimientos de tratamiento automatizado de datos han dado origen a un conjunto de normas que obligan a quienes tienen acceso a ellos a cumplir un especial deber de secreto, en lo que se refiere a datos sensibles, como lo es la salud.
- En tercer lugar, en el curso de un procedimiento judicial puede plantearse al profesional sanitario un conflicto de deberes, pues frente a la genérica obligación de colaborar con la administración de justicia puede situarse

eventualmente aquel deber de secreto profesional, conflicto que debe dirimirse cabalmente en beneficio de este último³³.

Con carácter preliminar debe dilucidarse, sin embargo, qué se entiende por “secreto”, y cuál es el ámbito de disponibilidad sobre la información que se guarda bajo ese apelativo. Comenzando por esto último, cabe decir que el derecho a la intimidad es disponible por el sujeto, de manera que su autorización -expresa o tácita- convertirá en no antijurídica la conducta de un tercero que la divulgue. Ahora bien, esa disponibilidad no sólo se refiere al carácter secreto de la información sino también al círculo de sujetos que puede acceder a ella.

Así, una persona podría considerar una intromisión en su intimidad la revelación de un secreto por un tercero que tuvo acceso a la información por hallarse en un círculo de confidencialidad determinado.

La Sentencia del Tribunal Supremo (STS 574/2001), de 4 de abril afirmó que:

"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. Para diferenciar la conducta típica de la mera indiscreción es necesario que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender. Por ello se ha tratado de reducir el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica, relevancia que, sin duda, alcanza el hecho comunicado pues lesiona la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana (STC 28-2-1994)".

Por lo que se refiere a la primera cuestión, el art. 199 CP establece que:

"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

³³ GÓMEZ TOMILLO, *Limites al deber de secreto médico y Derecha penal*. en Revista General de Derecho penal, n° 12, 2009. MORALES PRATS, *Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitarios*, en Derecho y Salud, 2001. REQUEJO NAVEROS, *El secreto profesional del médico y su protección jurídico-penal: una perspectiva histórica*, en FORO (Nueva época), n°6, 2007

cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años".

La obligación a la que se refiere este precepto hay que vincularla necesariamente con las obligaciones de confidencialidad contenidas en la Ley 41/2002 de "autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica".

Para comprender el ámbito de lo que nuestra jurisprudencia considera confidencial o secreto, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo (STS 574/2001), de 4 de abril, que condenó a una MIR de la especialidad de neurología "por desvelar a la madre de la afectada que ésta había tenido dos embarazos anteriores", circunstancia que constaba en su historial clínico. Conviene subrayar que la Audiencia Provincial de Valencia, en primera instancia, absolvió a la acusada por entender que el contenido de lo revelado no afectaba a la honorabilidad de la paciente, dado que se habían practicados dos abortos legales.

En contra de la postura de la AP, el Tribunal Supremo considera que, "ese dato forma parte de la intimidad de la paciente, a quien incumbe en exclusiva el derecho a revelarlo o no, incluso a un círculo tan cercano como el familiar".

Este caso -y su tratamiento judicial- revela hasta qué punto se protege la intimidad del paciente y cómo se arbitran mecanismos jurídicos coercitivos para su tutela. Por lo demás, el ámbito del precepto coincide con el de la "propia intimidad del paciente".

Por ello, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de julio de 2005 no archiva la causa contra el psiquiatra que emite dos certificados médicos sobre la patología de una paciente y se lo entrega al marido, con la intención por parte de éste de internar a la esposa de manera involuntaria. Si los certificados son requeridos para la obtención de una licencia o para tramitar una incapacidad laboral, su obtención está justificada siempre y cuando su conocimiento esté limitado al ámbito funcional para el que se emitió y no trascienda a otros.

Las conductas relativas al acceso no autorizado a datos contenidos en ficheros informáticos o la revelación de los mismos aparecen castigadas en el art. 197 CP.

Aunque la redacción es bastante compleja, puede resumirse en que si alguien realiza esas conductas sobre datos relativos a la salud y con ánimo de lucro, el castigo puede llegar hasta los siete años de prisión (art. 197.6º CP).

La mera revelación sin ningún ánimo especial y sin haber accedido ilegalmente a los datos se castiga con una pena de prisión de dos a tres años. El “acceso ilegal”, por último, con pena de prisión de dos años y medio a cuatro.

Finalmente, al profesional sanitario se le puede plantear un “conflicto de deberes” cuando, por alguna causa justificada, se vea en la obligación de revelar datos amparados en la confidencialidad. Así, en primer lugar, cuando el médico tiene conocimiento -en el ejercicio de su profesión- de la comisión de un delito público, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) obliga -aunque bajo la conminación de sanciones mínimas- a denunciar.

El desarrollo de protocolos relativos a la violencia doméstica y la labor que realizan los profesionales sanitarios en este ámbito es buena prueba del cabal cumplimiento de dicha obligación, cuyo valor sobrepasa, sin ninguna duda, el genérico deber de confidencialidad.

El «Caso Leganés»

En línea con lo expuesto podemos citar la revelación efectuada -aunque parece ser que de manera anónima por un facultativo- al Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid, Manuel Lamela, y a su Viceconsejero, Arturo Canalda, lo que desembocó en uno de los casos sobre responsabilidad más controvertidos y debatidos en el ámbito profesional de los Colegios de Médicos, política y mediáticamente: el «Caso Leganés», que se desató el viernes 11 de marzo de 2005, y produjo diversas y variadas sentencias en distintos ámbitos de responsabilidad.

NOTA: *Ver más adelante el estudio en profundidad del citado caso -en el capítulo dedicado a “CASOS PRÁCTICOS” (Sentencia del “caso Leganés”, Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, STS de 23 de febrero de 2011)-.

6. El peritaje médico y el falso peritaje

En segundo lugar, quien ejerce tareas sanitarias puede verse llamado a declarar en un procedimiento criminal como testigo o perito.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) contiene obligaciones muy precisas en este sentido, obligaciones que, por lo demás, parecen no tener en cuenta la evolución normativa y así, mientras dispensa a los religiosos, para que no vulneren el secreto de confesión, no lo hace respecto de aquellos profesionales que, como los médicos y enfermeros, están obligados a guardar confidencialmente los datos de sus pacientes. De ese olvido generalizado se exceptúa lo que dispone el art. 417.2 (LECr) respecto a los funcionarios públicos que para cumplir su deber testifical tuvieran que violar el deber de guardar secreto que les afecte por sus funciones. Esta mención limita extraordinariamente la exención del deber de declarar, ya que sólo alcanza a los funcionarios públicos y no a cualquier sanitario, a quien sin embargo sí incumbe la obligación de no desvelar los secretos de sus pacientes.

Para solventar este problema podría introducirse un factor de flexibilidad, a partir de la definición de funcionario público contenida en el art. 24 CP v entendiendo que es precisamente ese Código el que establece una sanción para quien vulnere el secreto profesional. Dicho art. 24 CP considera que es funcionario público todo aquel que por Ley participe en el ejercicio de funciones públicas. El punto de apoyo es débil, porque sí puede considerarse "función pública" el ejercicio de la medicina en el ámbito de la sanidad pública, pero no parece que pueda decirse lo mismo cuando se trata de medicina privada y el problema se plantea exactamente igual.

Por lo que se refiere al llamamiento judicial como perito, el art. 462 LECr establece que "nadie podrá negarse a acudir al llamamiento del Juez para desempeñar un servicio pericial, si no estuviere legítimamente impedido".

En este caso, si el llamado a ejercer como perito puede vulnerar con su pericia el secreto profesional debe considerarse "legítimamente" impedido para ejercer como tal y anunciarlo así al juez competente.

Por el contrario, en lo que se refiere a los datos contenidos en la pericia, el hecho de haber sido llamado a ejercer como colaborador de la justicia le exime del secreto profesional en lo que se refiere a la pericia misma, que deberá incorporarse al procedimiento abierto pues esa es precisamente su función.

Define DOMÍNGUEZ IZQUIERDO³⁴ la pericial médica como el medio de prueba por el que un médico ajeno al procedimiento judicial aporta sus conocimientos médico-científicos y prácticos, para extraer una conclusión -absoluta, probable o posible- a partir de los datos facilitados.

Para resaltar la importancia de la prueba pericial médica, deber tenerse en cuenta que es un medio probatorio propuesto en un multitud de procedimientos judiciales tanto civiles, penales, laborales o administrativos. Como ejemplos: limitaciones físicas que originen pensiones o indemnizaciones, lesiones por accidentes de tráfico o laborales, etc.

El delito de falso testimonio, la acción falsaria de verter falsa declaración en juicio lesiona el bien jurídico institucional, con la posibilidad de que se dicte una sentencia injusta, poniendo en peligro los legítimos intereses de quienes esperan una resolución de la Justicia. Para la consumación del delito de falso testimonio por el perito médico, no es necesario el efectivo perjuicio o la obtención de alguna ventaja por parte de algún interviniente en el proceso, ni que la declaración haya influido finalmente en la decisión del juzgador.

La modalidad agravada de falso peritaje comprende los siguientes subtipos:

- Tipo básico: Según el art. 459 (en relación con el art. 458 CP), que se corresponde con cualquier dictamen o informe pericial falso, tanto en causa criminal como en aquellas de naturaleza distinta a la penal, siempre que la conducta en cualquiera de los casos suponga una alteración sustancial de la verdad.

³⁴ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., El falso peritaje médico en causa judicial. Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa de médico y otros agentes sanitarios, Dykinson, 2009.

En relación con la alteración de la verdad a través de omisiones y la reserva de datos en las explicaciones exigidas es de suma importancia reseñar que el hecho de silenciar determinados extremos siempre que sean esenciales, sería suficiente para integrar la conducta típica. La doctrina y la Jurisprudencia se pronuncian al respecto mayoritariamente de forma afirmativa³⁵. No existe, por tanto, dificultad en apreciar el delito cuando la manifestación de hechos o datos ciertos va acompañada de la omisión de extremos que, de ser expuestos, alterarían de un modo esencial el sentido de la declaración y las conclusiones que quepa extraer del informe.

Queda claro que se atribuye a los silencios u ocultaciones de informaciones relevantes, incluso de exámenes o pruebas que debieran haberse realizado, todo el valor que en orden a la adquisición de conocimiento de una determinada realidad tienen, por lo que se realiza la acción típica de falso testimonio.

La conducta del perito en este caso quedará integrada bien en el ya mencionado art. 459 CP (en relación con el art. 458 CP), bien en el art. 460 CP³⁶ (tipo atenuado denominado "de reticencias"), en función de que con ello se produzca o no una alteración sustancial de la verdad.

- Tipo agravado: El art. 458.2 CP recoge dos agravaciones para aquellas falsedades vertidas en causa criminal por delito, cuando estas tengan lugar contra el reo (que a estos efectos debe entenderse por acusado, inculpado o imputado, de modo que la modalidad típica podría darse incluso en supuesto de absolución, siempre que se estime que el falso peritaje fue dado en su contra). El fundamento de la agravación se halla en la naturaleza y objeto del proceso penal, pues la conducta de falso testimonio incide en el ámbito del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Además, se aplicará hiperagravación si el informe conduce a una sentencia condenatoria³⁷.

³⁵ MILLÁN GARRIDO, A., El delito de falso testimonio en la doctrina del Tribunal Supremo. Revista general de derecho, n.º 45 (abr. 1979), p. 346-351.

³⁶ El art. 460 CP tipifica la conducta del "testigo, perito o intérprete que, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes, o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos"

³⁷ La Ley procesal permite al perjudicado la reserva de la acción civil para ejercitarla una vez concluido el proceso penal.

El dictamen "maliciosamente" falso se produce cuando el perito manifiesta algo que sabe que contradice la verdad de los hechos con conciencia y voluntad de hacerlo así, incorporando elementos falsos que suponen un peligro para la correcta resolución final del proceso y para los intereses en juego³⁸.

Por último, señalar en relación a la posible retractación de la falsa pericia, que el art. 462 CP establece que "quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio, en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate".

7. Delitos contra la salud pública

El Código Penal español contiene una larga lista de disposiciones para la tutela de la salud pública, aunque el centro de todas ellas está situado en torno al conocido delito de tráfico de drogas, llamado así vulgarmente aunque su radio de acción comprende conductas muy anteriores al tráfico o diversas de él, como favorecer o facilitar el consumo, sin que ni siquiera se exija una contraprestación. Todas estas conductas giran en torno al concepto de "droga", que está necesariamente vinculado a las listas elaboradas en el marco de las Convenciones de Naciones Unidas sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas³⁹.

Aunque el Código Penal no lo dice expresamente, nuestros tribunales exigen que la sustancia objeto del delito esté incluida en dichas listas. Ahora bien, ello no quiere decir que el legislador castigue sólo el favorecimiento o el tráfico con drogas "ilegales", al contrario, gran cantidad de medicamentos contienen sustancias incluidas en dichas listas y su administración al margen de los procedimientos legales (sin receta) puede ser susceptible de calificarse como "tráfico de drogas": las anfetaminas y los barbitúricos,

³⁸ STS de 30 de enero de 1998 (RJ 1998/388)

³⁹ MANJÓN-CABEZA, *Perspectivas de reforma y estrategia de la Unión Europea en la represión del tráfico de drogas*, en AA.VV., *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Valencia, 2009.; y, de la misma autora, *Tipicidad "mínima" en el delito del art. 368: cantidad de droga y atenuación*, en DIARIO LA LEY, n° 6551, 2007. NÚÑEZ PAZ/GUILLÉN LÓPEZ, *Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal*, en REVISTA PENAL, n° 22, 2008, p. 88 ss.

por ejemplo, se consideran sustancias que causan grave daño a la salud y su entrega ilegal o tráfico puede castigarse con penas de 3 a 9 años de prisión.

Por otra parte, cuando el autor del hecho es "facultativo", esa pena se elevará hasta los 13 años y medio de prisión.

Con independencia de esa conducta delictiva, el Código Penal castiga también en su art. 360 la administración de sustancias nocivas a la salud por parte de quienes se hallan autorizados para ello pero no cumplen con las formalidades previstas en leyes y reglamentos.

No se exige que dichas sustancias hayan puesto efectivamente en peligro la salud de alguna persona, basta con su administración ilícita. De alguna manera, este delito sustituye a la clásica infracción de despacho de medicamentos sin cumplir las formalidades reglamentarias (sin receta).

Por el contrario, el art. 361 CP castiga el despacho de medicamentos caducados o deteriorados pero sólo si ese despacho origina un peligro efectivo para la salud de las personas y no en caso contrario. Podría ocurrir que el medicamento estuviera caducado, pero pudiera certificarse que pese a ello no podía peligrar la vida de la persona a la que se le administró.

Junto a estas conductas, suelen aparecer colateralmente delitos de falsedad en recetas médicas. Esta conducta se castiga por sí sola, con independencia de que aparezca relacionada con otro u otros delitos (en este caso, el favorecimiento del consumo de drogas) porque se considera que dicha receta constituye un documento oficial y que con su falseamiento se vulnera el derecho de los ciudadanos a la fidelidad de dicha clase de documentos.

El art. 392 CP castiga estas conductas con penas de entre 6 meses y 3 años de prisión.

V. RESPONSABILIDAD SANITARIA Y DAÑO MORAL

En sus orígenes, el establecimiento de indemnización por el daño moral derivado de actuaciones sanitarias, encontró amplias dificultades. En primer lugar, y como sostiene GONZÁLEZ CARRASCO⁴⁰, por la limitación de la indemnización por el daño moral a los supuestos de responsabilidad de carácter contractual (prestación sanitaria de carácter privado). La jurisprudencia civil mantuvo inicialmente la tesis de que el daño moral sólo era susceptible de ser generado por un ilícito de carácter extracontractual.

Los argumentos utilizados en contra se reducen básicamente a dos: frente a la interpretación amplia que permite el art. 1.902 CC, el art. 1.101 CC sólo contemplaría los daños al interés derivado de la correcta prestación, y, además, el art. 1.106 permitiría únicamente el resarcimiento del patrimonio dañado habida cuenta de que el interés de carácter moral no puede ser objeto de contratos, que tienen, por definición un contenido obligacional de carácter patrimonial. Sin embargo, la expresión "daños y perjuicios" del art. 1.101 incluye el resarcimiento del daño moral.

Pero no es en el art 1.106 CC donde ha de localizarse la cuestión de la posibilidad de un daño moral de carácter contractual, sino en el art. 1.107 CC, ya que el daño moral derivado del incumplimiento contractual no sólo ha de ser consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento, sino además ser previsible al tiempo de contratar. Esto es, si el bien afectado se encontraba dentro de la órbita de intereses que el acreedor estaba obligado a proteger.

Por otra parte, la doctrina de la unidad de culpa civil⁴¹ y la tendencia a la extracontractualidad en la jurisprudencia relativa a la responsabilidad sanitaria⁴²,

⁴⁰ GONZÁLEZ CARRASCO. Responsabilidad sanitaria y daño moral. Derecho y Bioética. Tirant lo Blanch, 2011 (págs. 553 y ss)

⁴¹ Según esta doctrina, cuando un hecho dañoso constituye una violación de una obligación contractual (entendiendo comprendidas en este concepto incluso los deberes accesorios dirigidos a la correcta prestación) y a la vez contraviene el deber general de no causar daño a otro,

diluyen la ya relativa importancia de la distinción sobre el origen contractual o extracontractual de la asistencia sanitaria recibida.

Los tribunales Contencioso-Administrativos negaron durante años el resarcimiento del daño moral en el ámbito de la sanidad pública, por la dificultad de su prueba, dado que afecta a un bien jurídico inmaterial, y por su casi imposible valoración pecuniaria, cuando en la misma no intervienen criterios objetivos, fijos y aisladamente considerados. Sin embargo, esta situación cambió al entra en vigor la CE de 1978, que en su art. 106 cita "cualquiera de sus bienes y derechos", sin distinguir ya su carácter patrimonial o extrapatrimonial. A partir de entonces el TS modificó totalmente su orientación pasando del rechazo al reconocimiento de su carácter indemnizable y posibilidad de su valoración económica, a la extensión de su ámbito a: la demora en la asistencia sanitaria, la pérdida de la autonomía del paciente en relación con las decisiones sobre su propio tratamiento, la pérdida de la libertad de procrear o la incertidumbre sobre el acortamiento de las expectativas de vida, hasta llegar a la reparación integral del daño perseguida desde hacía décadas por la Jurisdicción Civil.

No existe unanimidad de criterios en las resoluciones judiciales sobre indemnización por daños morales derivados de la asistencia sanitaria. Sigue habiendo grandes diferencias ante supuestos de hecho similares: una marcada tendencia a la consideración global de los presupuestos que concurren, deficiencias y falta de determinación en la designación de los sujetos concretos titulares de la indemnización, y en la cuantía que a cada uno le corresponde.

Sin embargo el daño moral efectivo deber ser evaluable económicamente e individualizado. La valoración ha de ser posible, y tanto su existencia como su cuantía han de justificarse conforme a la doctrina constitucional recaída sobre *la motivación judicial del daño moral*, entre otras en las sentencias doctrinales SSTC 42/2006 y 36/2006.

existe una yuxtaposición de responsabilidades que permite que dichas acciones sean interpuestas alternativa o subsidiariamente o incluso, que sean el Juzgador quien aplique la norma que mejor acomodo encuentre a los hechos traídos por las partes al proceso.

⁴² ASÚA GONZÁLEZ, C., Responsabilidad civil médica, en Tratado de Responsabilidad civil, Thomson-Aranzadi, 2009 (pág. 723).

1. Daño moral derivado de daño corporal

Dado que es de aceptación general y de valoración objetiva en ámbitos diferentes al de la responsabilidad sanitaria, esta tipología del daño moral es la que menos problemas plantea. Los perjuicios podrán ser de carácter estrictamente económico o patrimonial, tanto integrantes del denominado daño emergente (gastos derivados de las intervenciones quirúrgicas realizadas o del tratamiento impuesto, de farmacia, de rehabilitación, etc.) como del lucro cesante (salarios y rentas dejados de percibir).

La cuestión esencial, en este tipo de responsabilidad radica, además de en la valoración de los daños morales derivados de lesiones corporales, que a menudo determinan una incapacidad para desarrollar en el futuro una vida normal, en la del daño moral consecuencia de aquéllos, en particular del que se ha convenido en llamar «*pretium doloris*», que comprende, tanto el sufrimiento físico, con sus variadas manifestaciones, como la pena y tristeza derivadas de las lesiones o secuelas.

Ambos aspectos han de ser diferenciados y sometidos a sus propias reglas de valoración, ya que "no hay más daño moral que el que resulte para el estado personal de la víctima la intromisión ilícita en sus derechos de la personalidad. Si esta intromisión tiene repercusiones en su patrimonio, las disminuciones que sufra son daños patrimoniales y como tal han de ser tratados (STS –Sala 1ª- de 25 noviembre de 2002 y 13 abril de 2005). Ha de tenerse presente que ese «precio del dolor» es también aplicable al que experimentan los familiares cercanos por la muerte de un ser querido, concepto indemnizatorio independiente en estos casos del que deriva de la pérdida de ingresos que trae consigo el fallecimiento de quien sostenía económicamente al actor.

Otra dificultad estriba en que en el sistema de responsabilidad médico-sanitaria, no existe ningún baremo indemnizatorio que incluya los daños morales derivados de los corporales, como sí ocurre en otros ámbitos, en los que es el propio legislador quien ha

puesto precio de forma objetiva a este tipo de daños morales derivados de los corporales través de un baremo indemnizatorio inclusivo de aquéllos⁴³

La tendencia jurisprudencial⁴⁴ es favorable a la utilización orientativa del baremo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor. Por su parte, la doctrina muestra una corriente favorable al establecimiento de un baremo de cuantías por daños derivados de la actuación médico-sanitaria que acompañe al establecimiento del seguro obligatorio de responsabilidad civil impuesto por el art. 46 de la Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

Estas posturas conllevan ventajas e inconvenientes. Se corre el peligro de reproducir en el ámbito de la responsabilidad sanitaria los defectos de este sistema de baremos aunque será positivo siempre que se establezca con carácter orientativo.

La principal ventaja sería la mayor cota de seguridad jurídica y objetividad, habida cuenta de que en la actualidad, las cantidades que corresponden a los distintos conceptos se modulan por los Tribunales de forma genérica a través de la concurrencia de culpa del paciente en la producción del daño o en la agravación de las secuelas, fijando finalmente el monto global que ha de satisfacer el demandado en una cantidad global discrecional carente de separación conceptual.

En segundo término, se propiciaría la cobertura real de los profesionales sanitarios, que tras abonar la prima pactada en la póliza se encuentran con una situación de desprotección prácticamente total, habida cuenta de que en estos contratos de seguro se suele excluir expresamente la cobertura de la responsabilidad civil por los daños morales irrogados al paciente, que es precisamente la consideración que las decisiones judiciales otorgan a los daños patrimoniales que, por razones éticas o económicas, resultan difíciles de cuantificar.

⁴³ Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor aprobado por RD Leg. 8/2004 de 29 de octubre, actualizado por Resolución de 31 de enero de 2010, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, BOE 5.2.2010

⁴⁴ SSTs (3ª) 4 abril 2000, (1ª) 8 marzo 2004, STSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo).

2. Afectación psicológica grave

La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable "consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico [...] o espiritual, [...] impotencia, zozobra, ansiedad, angustia", estados de ánimo permanentes o de una cierta intensidad (STS -Sala 1ª- de 31 de mayo de 2000). Sin embargo, también ha afirmado el TS que por daño moral "no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave" (STS -Sala 1ª- de 14 marzo de 2007, STS -Sala 3ª- de 3 de octubre de 2000)

Habida cuenta de la diversidad de situaciones que se presentan en la práctica, la jurisprudencia ha sido incapaz de determinar con criterios fijos, cuando existe dicho estado en el sujeto pasivo del daño o cuando, por el contrario, se trata de presuntas alteraciones del ánimo para las que difícilmente pueden encontrarse parámetros de detección y ponderación y que por lo tanto no son susceptibles de incluirse en el concepto de daños morales.

Como ejemplo, se estima existente ese sufrimiento psíquico grave como daño moral, concurrente independiente de la valoración económica del órgano perdido o del coste del tratamiento frustrado en los casos de esterilización por diagnóstico erróneo o demora en la asistencia (STS -Sala 1ª-, de 8 noviembre de 2007), en los casos de lesiones dermatológicas crónicas derivadas de implante capilar carente de información previa sobre su real grado de dificultad y los riesgos inherentes a la intervención (STS -Sala 1ª-, de 4 octubre de 2006)⁴⁵, y en general, en todo supuesto en que se produzca un daño corporal susceptible de secuelas futuras.

Por el contrario, no se ha considerado concurrente el requisito en los casos de demoras en la asistencia sin lesiones corporales subsiguientes, ni en la omisión de conductas cuya finalidad trasciende a la procura de la salud y el bienestar, aun psicológico, del paciente, y que tienden únicamente a confortarlo anímica o

⁴⁵ Por más que reitere la doctrina del acercamiento de las intervenciones propias de la medicina satisfactiva al contrato de arrendamiento de obra y consiguiente obligación de resultado, la sentencia es claro exponente del traslado de riesgos independientemente de la *lex artis ad hoc* que origina la falta de información completa previa al consentimiento del paciente y de la vinculación de la clínica a la sencillez y eficacia prometidas en la publicidad.

espiritualmente o a hacer más benigno el trance de la muerte desde un punto de vista estrictamente humanitario, solidario o espiritual y, en general, de forma triste y paradójica, de otros deberes éticos situados en la esfera moral (STS de 5 diciembre de 2006).

3. Privación de asistencia sanitaria o de decisión sobre el tratamiento.

En todos los casos que se analizan en este apartado, la angustia ocasionada por no haber podido recibir la asistencia sanitaria, o bien no haber cumplida información previa acerca de la finalmente recibida, no es seguida de una lesión corporal, o al menos no hay prueba de que la lesión corporal posteriormente aparecida pueda conectarse causalmente con aquella ni siquiera en términos de pérdida de oportunidad, habida cuenta de que la misma no podría haberse evitado siquiera de haberse recibido la asistencia debida, o bien la asistencia prestada sin información previa era la única indicada para la dolencia que finalmente no pudo evitarse con aquella. Es pues, característica de este tipo de daños morales derivados de la asistencia sanitaria la ausencia de incertidumbre acerca de la falta de asistencia o de la falta de información como elemento causal. Por lo tanto, no nos encontramos ante casos de pérdida de oportunidad de curación indemnizables⁴⁶, sino ante daños.

Tanto del análisis de la jurisprudencia civil como de la recaída en el Orden contencioso-administrativo sobre responsabilidad patrimonial por daño moral derivada de la asistencia sanitaria pública podemos concluir que el requisito de la prueba misma y de la valoración del daño se relaja y tiende a la concesión de indemnizaciones meramente equitativas en los casos en que se ha producido una falta de información sanitaria que ha imposibilitado la prestación de un consentimiento verdaderamente informado o en los casos de denegación de asistencia sanitaria sin incidencia en un resultado dañoso final.

A pesar de que una completa información asistencial previa a la obtención del consentimiento informado forma hoy parte indiscutible de la *lex artis ad hoc* en la

⁴⁶ ASÚA GONZÁLEZ, C. Perdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria, Thomson Aranzadi, 2008.

jurisprudencia del TS, la sola infracción de la misma no debería llevar consigo la consecuencia indemnizatoria si entre la infracción y el daño sufrido no existe relación de causalidad. De ahí que si, ante una información inadecuada o inexistente, y una actuación técnicamente adecuada a la *lex artis* se produce un resultado dañoso, la forma correcta de determinar la existencia de nexo causal es atender a las probabilidades de rechazo del tratamiento en el caso de que hubiese existido la información adecuada. En los casos de intervenciones necesarias requeridas por el estado crítico del paciente y por su pronóstico infausto, el resultado de la anterior operación lógica sería la absolución por inexistencia de nexo causal entre la actuación (sin duda culposa) del médico y el daño producido. Sin embargo, las consecuencias de lo dicho han de ser necesariamente otras si, buscando el siempre necesario nexo causal, lo que se desplaza del punto de mira es el daño mismo.

Como ejemplo de lo anterior, incorporo la STS (Sala 3ª) de 4 abril de 2000 en la que, a consecuencia de una intervención para corregir una coartación aórtica congénita, el paciente sufría desde los diecisiete años una paraplejía con un déficit de su capacidad del 70%, por la que solicitó una indemnización de cien millones de pesetas o, alternativamente, una renta vitalicia de catorce pagas anuales de 100.000 pesetas cada una actualizables con el IPC.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJ-Galicia) había desestimado el correspondiente recurso sobre la base del futuro que esperaba al paciente por razón de su grave enfermedad, del porcentaje mínimo de riesgo que implicaba la intervención frente a la evolución segura de su estado —que ya había comenzado a manifestarse—, y de la adecuada actuación técnica del equipo médico, añadiendo que por todo ello "no se ha de entender como decisivo el elemento (no demostrado, desde luego) de que no se hubiese informado por los médicos a quienes debían decidir en el caso, acerca del riesgo mínimo que se corría con la intervención".

El Tribunal Supremo reconoce que "la circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido, puesto que del relato de hechos de la sentencia de instancia que hemos aceptado se desprende que la operación se desarrolló adecuadamente, *que era prácticamente necesaria* y que,

atendidas las circunstancias, la decisión tomada en el caso por el equipo médico de no aplazar la operación fue la esperable también de cualquier persona situada en la tesitura de arriesgarse a un porcentaje tan mínimo de riesgo como el de autos frente a un seguro futuro tan problemático respecto de la salud y en el momento en que ya empezaban los síntomas al respecto como era el de la hipertensión. Los daños corporales derivados de la operación no están, pues, ligados al funcionamiento anormal del servicio público⁴⁷ sanitario y no son indemnizables". Pero lo que posteriormente lleva al TS a conceder una indemnización -inferior a la solicitada- conlleva una variación importante de la *causa petendi*, porque ya no considera (como sí lo hacen los demandantes) que el daño solicitado es el correspondiente a la lesión corporal sufrida, sino que indemniza el daño moral sufrido por la privación del derecho a la autodeterminación sanitaria.

Con posterioridad, la STS (Sala 1ª) de 17 de abril de 2007 expresó con mayor claridad esta cuestión: reclamándose 65.000.000 de pesetas por la muerte de un paciente a causa de la omisión de trasladarlo a otro centro hospitalario, el TS confirma la falta de causalidad entre la muerte y la conducta del facultativo, debido a las escasas expectativas de supervivencia de aquél, inferiores al 20%. No obstante, el TS concede 5.000.000 de pesetas al entender que la privación de la expectativa de curación es un daño moral indemnizable y su toma en consideración no es incongruente con el objeto de la litis.

En la STS (Sala 3ª) de 25 abril 2005, probada la falta de consentimiento informado, la corrección de las intervenciones realizadas a la paciente y la imposibilidad de imputar a la Administración sanitaria la secuela padecida, concluye el TS en que en "el único daño que podemos imputar a la Administración es el daño moral que se ha derivado para la interesada por no habersele informado adecuadamente de las consecuencias que podría tener la intervención", lo que valora en seis mil diez euros. En definitiva, una derogación de la propia doctrina jurisprudencial que exige que la cuantía indemnizatoria compense un daño real susceptible de ser valorado económicamente

⁴⁷ Debería decir que existe un funcionamiento anormal del servicio que no tiene como consecuencia directa el daño corporal sufrido, pues existiendo un quebrantamiento de la *lex artis* consistente en el incumplimiento de los deberes de información clínica, el daño corporal sufrido no tiene su causa en aquella actuación.

para dar paso a la aceptación jurisprudencial de los daños punitivos como mecanismo de interacción en la calidad de la asistencia sanitaria.

La misma abstracción de la causalidad entre el comportamiento negligente (omisión del deber de información) y el daño indemnizable se detecta en el Orden civil en las numerosas sentencias en que, dando por bueno que la actuación médica fue correcta y que el daño se habría producido igualmente, se condena a la indemnización por un *daño moral grave, distinto, y ajeno al dan corporal derivado de la intervención*.

En todo caso, la función preventiva de este tipo de condenas es patente, porque como ha puesto acertadamente de manifiesto ARCOS VIEIRA⁴⁸, permiten evitar la absolución de quien ignoró los derechos de los pacientes facilitando una explicación aceptable desde la perspectiva del nexo causal, moderando al mismo tiempo las consecuencias de tales infracciones, puesto que las condenas en estos casos resultan ser menores de las correspondería como indemnizaciones íntegras de las secuelas y de los daños patrimoniales sufridos por el paciente.

La justificación teórica que ha permitido esta eclosión indemnizatoria derivada de incumplimientos de deberes profesionales sin necesidad de prueba del perjuicio moral padecido es la generalizada elevación jurisprudencial de rango experimentado por el derecho a la información asistencial derivada del art. 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

La alegación de un mero malestar derivado de una prestación sanitaria tardía o poco respetuosa con los deberes éticos del profesional sanitario no es, como regla, suficiente para justificar la existencia de un daño indemnizable. Pero el daño existe y su indemnización está justificada, con independencia de la existencia de lesión corporal, cuando se lesiona un interés elevado jurisprudencialmente a rango constitucional, como lo es el derecho a la información asistencial y al consiguiente consentimiento informado a los actos sanitarios o a la autodeterminación en materia de salud.

⁴⁸ Vid. ARCOS VIEIRA M. L., en *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente* (Cuadernos de Aranzadi Civil núm. 27/2006).

Esta elevación de rango del derecho a la información previa al consentimiento del paciente es la solución últimamente acogida por el Tribunal Constitucional (TC), que en la STC 37/2011, de 28 de marzo, insiste en su ubicación dentro del derecho fundamental a la integridad física.

4. Daños morales y daños patrimoniales

En muchos de los casos en los que se pone de manifiesto el componente subjetivo en la valoración del daño sanitario como daño moral se está enmascarando el reconocimiento de un concreto resultado como daño patrimonial del que todavía no se conoce su alcance. Con ello se pone de manifiesto otra función de los daños morales: aligerar la tarea de valorar los daños patrimoniales que resultan, por razones diversas (económicas o éticas), difíciles de cuantificar. Como ha afirmado magistralmente GÓMEZ POMAR⁴⁹ la crítica al enmascaramiento de daños patrimoniales bajo la rúbrica de los daños morales no responde a un prurito académico, sino a la constatación de que dicha forma de proceder *imposibilita todo control externo de los criterios jurisprudenciales de la cuantificación de daños. Así, resulta imposible medir el ajuste de la indemnización al daño patrimonial realmente producido y la jurisprudencia pierde mucho de su valor como tal.*

Esta utilización del daño moral como aseguramiento de la cobertura de futuros daños patrimoniales se hace especialmente patente en los supuestos de resultados consistentes en daños corporales invalidantes y permanentes o duraderos en el tiempo, sobre todo cuando es un tercero el obligado a atender las necesidades del sujeto que los sufre. En estos casos, el perjuicio sufrido se indemniza, sin demasiada atención a la delimitación de la legitimación, a modo de compensación por un sufrimiento psicológico que alude sin rubor a los mayores gastos que conllevará la atención al discapacitado.

⁴⁹ Según GÓMEZ POMAR, F. (Daño moral. Indret 1/00), con ello se evita tener que explicitar los criterios de valoración económica del daño, ya que tales criterios, según reiterada jurisprudencia del propio TS, no existen para los daños morales.

5. Diagnósticos prenatales erróneos y contracciones fallidas

El CC otorga al concebido no nacido (sin exigencia de antigüedad alguna en el seno materno) la consideración de nacido a todos los efectos "que le sean favorables" (art. 30). Pero también identifica la atribución de personalidad (capacidad jurídica) con la forma humana unida a la supervivencia de 24 horas fuera del seno materno. Nuestro sistema jurídico ha optado por una concepción gradual del estatuto jurídico del "concepturus". Las decisiones que le afectan son consideradas como propias del tratamiento de la madre gestante, y es ésta la que debe otorgar el consentimiento en nombre propio a una intervención sobre su cuerpo, sin necesidad de otorgarlo asimismo por representación de su hijo aunque la intervención le afecte también a él, y de forma principal.

"Los supuestos conocidos con la expresión inglesa de wrongful conception designan aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas. Distintos de los supuestos anteriores son los casos de nacimientos de hijos con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de una premisa común: al no informar en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. En tales casos, si quien ejercita la acción es la madre se habla de wrongful birth, y de wrongful life, si quien lo hace es el propio hijo" (STS - Sala 1ª- de 11 de mayo de 2001).

5.1. Wrongful birth

Este término, construido por la literatura jurídica anglosajona, se refiere a la acción por negligencia médica que ejercitan los padres por el nacimiento de un niño con malformaciones detectables durante el embarazo que, si se hubieran conocido a tiempo, les habría permitido plantearse la posibilidad de abortar. Se pueden incluir en este concepto los supuestos en los que el médico no informa a la paciente del riesgo de concebir un hijo con malformaciones, ni de las técnicas de diagnóstico prenatal, también aquéllos en los que estas técnicas se realizan de manera defectuosa y producen

resultados erróneos y los casos en los que los resultados no llegan a ser conocidos por los padres o llegan a serlo fuera de los plazos en los que la interrupción del embarazo ya no es posible.

El ámbito de una acción de daños en estos supuestos está condicionado por tres elementos:

- a) Los avances en tecnología médica, que hacen posible el diagnóstico prenatal y permiten detectar algunas malformaciones del feto.
- b) La existencia de anomalías, enfermedades o malformaciones que no encuentren su causa originaria en la actividad médica de seguimiento del embarazo.
- c) La despenalización del aborto en el caso en que el feto esté afectado por anomalías físicas o psíquicas graves (hoy notablemente ampliado por la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo 2/2010 de 3 de marzo), esto es, el denominado "aborto eugenésico", si bien basta con que el aborto se encuentre exento de reproche penal en el plazo en que pudieron haberse detectado las anomalías congénitas, con independencia de los motivos legales en que se funde dicha posibilidad.

He resaltar que, en esta materia, el Tribunal Supremo (TS), tras una etapa vacilante, ha consolidado una línea jurisprudencial según la cual la ausencia de información sobre el estado real del feto permite el ejercicio de una acción de daños debido a que se priva a la madre de la posibilidad de decidir si interrumpe el embarazo, acto que, si se realiza en los plazos establecidos legalmente y/o con motivo de las malformaciones que sufre el feto, no es punible.

Como reconoció el propio Tribunal Constitucional (TC) en la STC 53/1985, de 11 de abril, sobre la anterior ley de despenalización del aborto, la decisión legislativa para no sancionar el aborto en los supuestos legalmente previstos, se justificaba por la necesidad de resolver el conflicto entre los diversos valores protegidos constitucionalmente, que se suscitaba en cada uno de los supuestos. De este modo,

mientras que en el supuesto del aborto terapéutico, se encontraba en juego la vida del *nasciturus* como "bien constitucionalmente protegido" frente al derecho fundamental a la vida de la madre (Cf. art. 15 CE), en el supuesto del aborto "ético" el conflicto se presentaba de nuevo entre el "bien" vida del *nasciturus* y la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, así como la integridad física o moral de la madre. En términos parecidos, justifica el Tribunal Constitucional la despenalización del aborto eugenésico, como vía para resolver el conflicto entre, por una parte, la vida del *nasciturus* como "bien constitucionalmente protegido" y, por otra parte, la dignidad y el libre desarrollo de la madre, reconocidos en el art. 10 CE).

Partiendo de estos presupuestos, el Tribunal Supremo considera que el daño derivado de un diagnóstico prenatal erróneo que impidió a la gestante optar por interrumpir el embarazo es la lesión de dichos bienes y derechos constitucionales - derecho de autodeterminación, derecho a la información necesaria para la preparación psicológica ante el nacimiento en condiciones adversas- y no el nacimiento del hijo con anomalías congénitas (SSTS de 30 de junio de 2006, y 14 de marzo, 10 de mayo y 16 de octubre de 2007).

Otra cosa es que la congruencia entre esta consideración y las cuantías que se consideran finalmente indemnizables haya obligado posteriormente al Alto Tribunal a reconocer que junto con el daño moral han de indemnizarse otros de carácter material consistentes en los mayores gastos ocasionados por la atención de un hijo con anomalías congénitas (SSTS -Sala 1ª- de 21 de diciembre de 2005 y -3ª- del 4 noviembre 2008 y 16 junio 2010).

Se pone así de manifiesto otra función de los daños morales, cual es aligerar la tarea de valorar los daños patrimoniales que resultan, por motivos diversos, complicados de cuantificar. En definitiva, una pirueta al borde del deber de congruencia procesal, "la falacia del daño moral", según la denomina el propio Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, el Magistrado XIOL RÍOS⁵⁰. De este modo se acaba socializando por la vía de los tribunales y a costa de los propios profesionales el coste

⁵⁰ XIOL RÍOS, J.A. El daño moral y la pérdida de oportunidad. Revista Jurídica de Catalunya, nº1, 2010.

de esa vida digna que los Poderes Públicos deberían asegurar a los discapacitados, ya que las pólizas de seguros de responsabilidad civil médica no cubren daños morales derivados de falta de consentimiento informado.

5.2. *Wrongful life*

En las acciones de *wrongful life*, es el hijo nacido con anomalías quien reclama, por su parte, una indemnización por haber nacido en circunstancias adversas; es decir, estas últimas acciones generalmente interpuestas por los padres en nombre del hijo cuando éste todavía es menor, presuponen que, para el nacido, hubiera sido mejor no nacer.

Por supuesto, estas acciones han de diferenciarse de aquellas que puede interponer con éxito el discapacitado (representado por sus padres o en su propio nombre una vez llegado a la mayoría de edad) cuando los daños fueran causados directamente por la negligencia médica (daños prenatales) y por lo tanto fueran distintos del propio hecho de no haber evitado su nacimiento informando a la madre de las anomalías congénitas inevitables. Todos los países de nuestro entorno, salvo Bélgica y Holanda, rechazan la indemnización al hijo por su propia vida.

Desde la Sentencia del TS de 5 junio 1998, el TS entiende que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo (en igual sentido, SSTS -Sala 1ª- de 19 junio 2007 y 23 noviembre 2007). Pero además, el nexo de causalidad entre el error de la prueba genética y las anomalías congénitas sería, en todo caso, inexistente. ¿En qué se basaría entonces la reclamación del hijo o en su nombre? Única y exclusivamente en la pérdida de oportunidad de una opción que, por definición, no le correspondía a él ejercitar, y en la infracción de un deber (el de informar correctamente sobre las anomalías detectadas) del que por definición no es acreedor.

Podría argumentarse en contra de lo anteriormente dicho que el hijo, por sí o legalmente representado por sus padres, reclamaría por el hecho de no haber podido ser abortado, para lo cual debería considerarse que, una vez descartada la posibilidad de que el daño sufrido por el hijo sea la privación del derecho a la autodeterminación, no cabría otra posibilidad que la de presentarse a sí mismo

5.3. *Wrongful conception*

Las acciones de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy* consisten en reclamaciones de los progenitores por la procreación que concluye en una vida sana, pero no deseada, tras haberse sometido uno de los progenitores (o ambos) a una técnica de esterilización que resulta fallida.

Aunque según la ciencia médica ningún método anticonceptivo es totalmente seguro, en ocasiones su fracaso —que da lugar al nacimiento de un hijo sano pero no previsto— puede imputarse a la negligencia médica o a un defecto del propio mecanismo anticonceptivo.

Los supuestos de *anticoncepciones fallidas* conocidos por la jurisprudencia española pueden agruparse en dos grandes categorías:

- 1) Operaciones de esterilización (vasectomías o ligaduras de trompas) negligentemente practicadas o practicadas de modo correcto pero en las que se omite la oportuna información relativa a sus consecuencias.
- 2) Colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo intrauterino (DIU), o puesta en circulación o comercialización de un mecanismo anticonceptivo ineficaz, que no impiden el embarazo.

El fundamento de este tipo de acciones es completamente distinto al de las *wrongful birth* y *wrongful life*. En aquellas, la anomalía del hijo que finalmente constituye el resultado dañoso (aunque se afirme que lo indemnizable es la lesión al derecho del libre desarrollo de la personalidad en el primer caso o la pérdida de oportunidad de haber evitado una vida afectada por defectos congénitos graves en el segundo) no está directamente relacionado con una actuación técnica negligente del médico, sino con una falta de información que, aunque también integrante de la *lex artis ad hoc*, deriva en un daño distinto de aquélla.

En la estimación de acciones por *Wrongful conception* existe siempre una relación de causalidad directa entre la infracción de la *lex artis* en sentido técnico (bien por ejecución defectuosa de la intervención, bien por infracción de los deberes de

información sobre las pautas de conducta a seguir por el paciente de las cuales depende el éxito de la intervención) y el resultado indeseado (la procreación). Sin embargo, *la existencia de un hijo sano no constituye, en sí mismo, un daño indemnizable*. Así lo ha reconocido la STS (Sala 1ª) 5 junio 1998, al afirmar que "la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. En la línea que propone el Derecho comparado, no puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores".

La mayoría de las sentencias relativas a vasectomías rechazan indemnizar a los padres porque no se ha demostrado que el médico que practicó la operación hubiera actuado de forma negligente. Sólo se concedió indemnización en la STS (Sala 1ª) de 25 abril 1994, referente a una vasectomía correctamente practicada, en la que el médico incumplió el deber de informar sobre las posibilidades de recanalización espontánea. El paciente no adoptó mecanismos anticonceptivos adicionales y meses después de la operación su esposa concibió gemelos. La Sentencia de la Audiencia Provincial había concedido una indemnización de 9.000.000 ptas. en concepto de daños morales y materiales y rechazó que se indemnizaran los alimentos debidos a los hijos. El TS confirmó esa cuantía, pero precisó que se otorgaba, no "como indemnización por daños morales, sino como "ayuda" a la alimentación y crianza de mismos (de los hijos no previstos)".

La vasectomía, es de naturaleza híbrida, en lo que se refiere a la relación contractual o extracontractual. Existe amplia referencia jurisprudencial sobre el particular, que puede verse en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2006 sobre responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria ante la práctica de una vasectomía que produjo un hijo no deseado, aludiendo, de nuevo, a la aludida diferencia entre medicina curativa, de medios que persigue la curación, y satisfactoria, de resultados pues a ella se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, donde no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional, que acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención, y donde, como

se ha dicho, hay un reconocimiento del plus de responsabilidad que comporta la obtención del buen resultado, o del cumplimiento exacto del contrato.

En esta Sentencia de 29 de marzo de 2006, se considera que la vasectomía es una intervención híbrida entre ambas, ocupando una posición intermedia entre el arrendamiento de servicios y el de obra, especificándose que en el caso de la vasectomía, sin embargo, existe un porcentaje de fracasos reducido, sobre cuya cuantía discrepan los especialistas, por lo cual, aun manteniendo la prevalencia de la obtención del resultado de esterilización como criterio normativo de la intervención, la vasectomía (sección y ligadura de los conductos deferentes, con el fin de impedir el paso de los espermatozoides y provocar la esterilización) es una intervención de naturaleza híbrida entre la medicina curativa y la satisfactiva.

En esta interesante decisión judicial, a continuación se citan algunas resoluciones jurisprudenciales de la Sala Primera de lo Civil del mismo Tribunal Supremo (a partir de la Sentencia de 25 de abril de 1994), lógicamente ceñidas al carácter jurídico-privado de las relaciones contempladas, en las cuales se declaran que en los supuestos de cirugía satisfactiva -cirugía estética, pero que también incluye casos de vasectomía como el que se debate en la supradicha sentencia- el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada, como se evidencia en la Sentencia de 25 de abril de 1994⁵¹.

Sobre la misma cuestión versa la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2007, en que se recuerda la obligación de resultado y del deber de información en los casos de medicina no curativa, ante demanda de una pareja en la que el marido se había sometido voluntariamente a una intervención de

⁵¹ Aun poniendo en cuestión la legitimidad jurídica de esta categoría atípica de contrato intermedio entre el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra, no cabe duda de que las conclusiones obtenidas en cuanto al distinto peso y relevancia en una y otra modalidad de asistencia médica entre adecuación de medios y obtención de un resultado desempeña un papel determinante también en el examen de la concurrencia o no de los criterios de responsabilidad objetiva.

vasectomía practicada por el demandado y la mujer había quedado embarazada después de tal intervención y alumbrado una hija que, tras practicarse las correspondientes pruebas de paternidad, resultó ser hija suya.

En esta sentencia se vuelve a recordar la doctrina de la Sala de lo Civil en cuanto a la especial intensidad del deber de información para las intervenciones no estrictamente curativas o necesarias, precisamente por el mayor margen de libertad de decisión que tiene el paciente a la hora de afrontar los riesgos de la intervención y sus consecuencias, tras lo cual se acepta la valoración probatoria sobre la paternidad del actor, así como la negligencia del médico por la omisión de la debida información.

Con el mismo planteamiento de partida, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de noviembre de 2007, ante un caso de reclamación de indemnización por responsabilidad médica por mala praxis durante embarazo y parto en un caso de intervención quirúrgica relativa a la ligadura de trompas de la demandante, quién posteriormente quedó embarazada, en que se alegó falta de información previa al paciente, lo que, a su juicio, provoca la ausencia de consentimiento informado, consideró improcedente el recurso porque, además de documento escrito en el que se manifiesta de modo suficiente dicho consentimiento, la sentencia recurrida considera probado que la información verbal complementaria le ha sido facilitada a la paciente⁵², declarando inaplicable, como hemos visto en el apartado correspondiente a los consumidores, el entonces vigente art. 28 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios al supuesto debatido.

⁵² Basado el recurso en la falta de consentimiento informada ante la inexistencia de información previa al paciente, se rechaza tal motivo, pues la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen; de modo que el consentimiento prestado mediante documentos impresos constituye una exigencia impuesta por el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1.986 , si bien se permite su práctica en forma verbal, concluyéndose que en el caso, aparte del documento transcrito, la sentencia recurrida considera probado que la información verbal complementaria le ha sido facilitada a la paciente.

Igual confusión de daños morales con daños patrimoniales se produce en los casos en que se indemnizan los gastos de embarazo y parto, así como el lucro cesante producido por la frustración de la esterilización incorrectamente realizada a través de ligadura de trompas. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo, STS (Sala 1ª) de 10 octubre de 1995, la ligadura de trompas practicada de forma negligente no impidió que la paciente concibiera una hija, que nació con malformaciones y murió meses después. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial admitieron la demanda y condenaron al médico y al Insalud a pagar una indemnización de 15.000.000 ptas.

He de subrayar, y a modo de contraste, con lo que la teoría expuesta anteriormente afirmaba, sin embargo, que en este caso el Tribunal Supremo tiene una postura contraria, y así mostró su diferente criterio, el TS declaró haber lugar al recurso de casación.

VI. TERCERA VERTIENTE: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

El concepto de responsabilidad aboca a la obligación de soportar las consecuencia de los propios actos y, dentro de ellos, de los actos dañosos o que hayan causado un daño a otro (a otra persona). Las normas jurídicas, en cuanto organizadoras de las relaciones sociales humanas, establecen el principio general de que el que causa un daño a otro, ha de repararlo o compensarlo (salvo excepciones contadas, aquéllas en las que ese daño tiene excusa justificativa), es decir, como manifiesta ESPINOSA FERNÁNDEZ⁵³, la responsabilidad en términos jurídicos obliga a responder por nuestros actos.

1. Responsabilidad objetiva

La responsabilidad objetiva de la Administración que actualmente aparece recogida en el art. 106 de la Constitución Española, es creación del legislador, y a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, donde tardó en establecerse, ya estaba recogida en la Constitución de 1931, en sentido análogo al apartado segundo del mismo artículo de la Constitución vigente anteriormente mencionado; en el art. 129 de la Ley del 31 de octubre de 1935; en los art.s 405 y siguientes de la Ley de Régimen Local de 1955; y en los art.s 376 y siguientes del Reglamento de Organización y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales; en el art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa; en el art. 54 de la Ley 7/1985 del 2 de abril; y antes de su derogación, en el art. 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado (*LRJAE), y actualmente en el art. 139 y siguientes de la Ley del Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*en adelante LRJ-PAC), regulación efectuada bajo el principio de que no pese sobre determinada persona las consecuencias de los actos de la 106

⁵³ ESPINOSA FERNÁNDEZ, F., Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria. Manual sobre responsabilidad sanitaria., Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Abogacía General del Estado., Thomson Reuters, 2009 (pág. 119).

Administración, por cuanto el reparto de la indemnización de la que resulta deudora por su responsabilidad objetiva, se verifica entre todos los miembros de la sociedad por medio de los correspondientes impuestos.

El carácter objetivo de la responsabilidad implica la concurrencia de los siguientes requisitos, según doctrina jurisprudencial, reiterada en múltiples ocasiones:

- a) la efectiva realización del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado.
- b) que el daño o lesión sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación de directa causa-efecto, sin intervención extraña que pueda influir en el nexo causal.
- c) que el daño o perjuicio no se hubiera producido por fuerza mayor.
- d) que la lesión efectiva en los bienes y derechos de los particulares, que genera la obligación a cargo de la Administración debe ser entendida como un daño o perjuicio antijurídico, que los afectados no tienen el deber de soportar.

2. Responsabilidad por funcionamiento normal

El sentido objetivo absoluto también se ha puesto de manifiesto dentro del ámbito sanitario, incluyendo la responsabilidad cuando se responde por el funcionamiento normal del servicio, pues es claro que siempre se va a responder por los daños causados por el funcionamiento anormal del propio servicio público, si concurren los demás elementos.

Y así se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo, STS de 23 de marzo de 1992, donde se determina:

“aún en los casos en que se hubiera originado el daño o perjuicio con ocasión del perfecto o normal funcionamiento del repetido servicio, excepción hecha de que la causa exclusiva de este fuera un evento de fuerza mayor o la conducta del propio

perjudicado, y como en este caso está justificado que no existió antijuricidad alguna que sea atribuible a éste ni revestir el carácter de fuerza mayor aquellas circunstancias denominadas “sobrevenidas” por la resolución que se impugna, pues las mismas por sí solas, no hubieran producido para la empresa actora la lesión patrimonial cuya reparación demanda de no haberse adoptado por la Administración medida cautelar de referencia..., es indudable que, de todos modos, la Administración ha de responder ante un evidente supuesto de funcionamiento normal de un servicio público sanitario, en la medida en que el administrado en quien se individualiza el perjuicio que tal medida origina no tiene el deber de soportarlo”.

Son llamativas y -especialmente- trascendentes, en la calificación valorativa que se realiza en la anterior STS de 23 de marzo de 1992, las menciones de las expresiones: «fuerza mayor» y «circunstancias sobrevenidas».

3. Límites a la responsabilidad objetiva

Por tanto, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, los límites que el carácter objetivo que esta responsabilidad presenta son consecuencia de su propia esencia como servicio público. Esta orientación ha sido recogida por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre otras la STS de 5 de junio de 1998 que señala:

“no es acorde con el referido principio de responsabilidad patrimonial objetiva más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta y concurrente, de manera que, para que exista aquella, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, y que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, lo que en otras palabras, significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas convierta a estas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de

prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

Respecto a los fundamentos de la responsabilidad patrimonial, el magistrado LESMES SERRANO⁵⁴ recoge que del principio de equitativo reparto de las cargas públicas, inicialmente basado en el principio de culpabilidad por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, se ha evolucionado hacia la responsabilidad objetiva o por resultado, en donde lo relevante es el daño ilícito y no la culpa, por lo que cabe la responsabilidad en los casos de funcionamiento normal. El fundamento último es el principio de solidaridad que resulta del estado social y democrático de derecho, el aseguramiento colectivo de los daños derivados de la actuación de la Administración.

4. Inversión de la carga de la prueba

En aras a probar que el funcionamiento del servicio ha sido irregular y ello ha provocado el daño antijurídico, y como consecuencia de que la Administración sanitaria responde casi exclusivamente por el funcionamiento anormal de los servicios, el principio probatorio relativo a que la prueba de las obligaciones corresponde demostrarla a quien reclama su cumplimiento y la de su excepción al que lo opone, según establece el art. 217.2 de la vigente LEC, puede invertirse dicha carga y pasar la Administración a tener que probar la ausencia de responsabilidad en la producción del daño, y ello en virtud de la facilidad probatoria, pues con carácter general le es más sencillo a la Administración acceder a datos o documentos integrados en la propia historia clínica de los pacientes u otros medios que a los propios perjudicados. Claro ejemplo del principio de inversión de carga probatoria por su facilidad en el acceso se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso, STSJG de 24 de septiembre de 2008, que recoge:

⁵⁴ LESMES SERRANO, C., Intervención acerca de “La responsabilidad de las Administraciones Públicas por la defectuosa asistencia sanitaria”, en las Jornadas sobre Derecho y Medicina, Las Palmas, 8 y 9 de marzo de 2012.

"Cuando de infecciones tras asistencias sanitarias se trata, si el origen del agente contaminante no ha sido endógeno, por proceder de la propia paciente (hipótesis que nadie sostiene), o, lo que es igual, si ha tenido un origen externo, en el material quirúrgico, el quirófano, los profesionales que llevaron a cabo la intervención, la malla implantada, etc., del mismo modo que si la Administración no prueba que se habían adoptado todas las medidas de asepsia y desinfección exigibles, concurrirá aquel supuesto de la antijuridicidad del daño, pues el paciente no tendrá la obligación jurídica de soportarlo, y será de apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración. En este sentido, las normas generales de la carga de la prueba, contenidas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exigen una matización derivada del principio de disponibilidad y facilidad probatoria, pues si bien, con carácter general, "Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición" (217.2) e "Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior" (217.3), sin embargo "para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio". En efecto, en el caso de autos es la Administración quien tiene a su disposición y a quien le es más fácil acreditar, por su mayor proximidad a las fuentes de prueba, que se han adoptado todas las medidas de asepsia, descontaminantes y preventivas necesarias, de modo que si no cumple con dicha carga probatoria no puede deducirse que el origen del germen contaminante es endógeno. En definitiva, una vez que, como en este caso sucede, resulta constatada la realidad de un daño y su vinculación, como resultado anómalo, con una intervención quirúrgica, la demostración de los presupuestos condicionantes de responsabilidad -daño y relación causal con el servicio sanitario- invierten la carga de la prueba, exigiendo de la Administración la demostración del hecho impeditivo que excluye aquella responsabilidad, debiendo tener en cuenta, en todo caso, que una infección derivada de una intervención quirúrgica no

puede ser considerada nunca un supuesto de fuerza mayor, por faltarle la nota de ajenidad al servicio que viene exigiendo reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2000)”.

Asimismo, cuando existe evidente desproporción entre la mínima entidad de la asistencia sanitaria y el resultado dañoso producido, también se da la inversión de la carga de la prueba. La existencia de alguna causa que impida la responsabilidad por el daño, en atención a la desproporción del mismo dará lugar a la denominada teoría de los daños desproporcionados, también de aplicación y a tener en cuenta de cara a determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria.

5. Obligación de medios

Cuando la Administración sanitaria pone a disposición del paciente los medios adecuados para la asistencia, tratamiento y diagnóstico e incluso prevención de la propia enfermedad o dolencia, implica la ausencia de responsabilidad patrimonial, pues ello implicaría que el paciente ha tenido a su disposición todas las medidas, posibilidades y alternativas terapéuticas para su asistencia, curación o mitigación de sus dolencias. El Sistema Nacional de Salud (*en adelante SNS) establece una cartera de servicios mínimos (RD 1030/2006, de 15 de septiembre) que el usuario puede exigir en todo el territorio nacional, independientemente de la Comunidad Autónoma donde se encuentre. De este modo se resuelve el problema de definir cuál es la extensión de los medios que se encuentran sujetos a criterios técnicos, asistenciales e incluso económicos, lo cual influirá en su posible limitación. Esto no es obstáculo para que cada Comunidad Autónoma fije su propia cartera de servicios, siempre respetando la cartera de servicios mínimos del SNS, pudiendo ampliar estos servicios, sin cargo a la financiación general del SNS.

Por tanto, la obligación de medios se medirá a través de tres parámetros cuya ausencia podrá ser generadora de responsabilidad:

- a) puesta a disposición del paciente de cuantos medios conozca la ciencia médica en relación con el proceso patológico concreto.

- b) información al paciente o, en función de las circunstancias, a sus familiares o allegados del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, especialmente en el caso de intervenciones quirúrgicas.
- c) continuidad asistencial hasta el alta médica.

Es importante reseñar que la obligación de medios antes que de resultados, va a verse también condicionada no solo por la lógica limitación de todo servicio público, sino y derivado de ello, por la priorización en la utilización de los mismos y el plazo en que estos podrán ser puestos a disposición del usuario, incidiendo por tanto en el posible daño causado al paciente y en la hipotética responsabilidad de ello resultante. Así lo constata la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (STSJA) de 28 de mayo de 2009:

"Y es que, como ya se resolviera en un caso semejante seguido en esta misma Sección Tercera con el número 1122/2201 (Sentencia de 26 de abril de 2007), la Sala no comparte el criterio de que la consideración de darse una insuficiencia de medios pueda fundamentar la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo sea "mediante una previa valoración judicial de cuál sea la frontera para alcanzar la suficiencia exigible en el número de Equipos de Emergencias del 061" en una determinada población o zona atendiendo al número de sus habitantes como allí se pretendía, lo sea sin siquiera efectuar tal valoración judicial según se pretende al caso presente. Se añadía en dicha sentencia: "La Administración dispone siempre de medios limitados, y sería antijurídico por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el mismo sentido común, pedir otra cosa singularizadamente. Como refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre del 2001, lo que hay que acreditar es que los medios materiales y personales disponibles dentro del sistema, estaban operativos y ocupados en atender a otros pacientes que habían precisado antes dicha atención, como así fue al caso que nos ocupa, pues no se trata, prosigue dicha sentencia, de probar que con más medios dicha prestación asistencial se hubiera realizado con anterioridad al paciente", por cierto, sin constancia al supuesto presente de con qué resultado".

La obligación de medios no se refiere solo a medios técnicos y estructurales, sino también a medios humanos y a la diligencia propia de estos, por la trascendencia que la intervención de los mismos tiene para el paciente. Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que abordan la obligación de medios, entre ellas la de la Sala de lo Civil, STS de 26 de junio de 2006:

"es constante doctrina de esta Sala manifestada en numerosas sentencias cuya cita resulta excusada por conocida que la obligación contractual o extracontractual del médico y en general del profesional sanitario no es en todo caso obtener la sanidad o recuperación del enfermo o lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino de proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia".

6. Medicina curativa versus satisfactiva

Estrechamente unida a la cuestión de la obligación de medios está la distinción entre la medicina curativa o necesaria, y la medicina satisfactiva o voluntaria, cuyo exponente en la sanidad pública sería la medicina en materia anticonceptiva o el caso contrario, en materia de reproducción asistida, y en el ámbito de la sanidad privada sería la medicina estética, y que sí persiguen un resultado deseado versus la obligación de medios de la medicina curativa. La jurisprudencia del Tribunal Supremo delimita ambos conceptos, incluyendo a la medicina curativa dentro del campo del arrendamiento de servicios, mientras que la medicina llamada "satisfactiva" estaría incluida en el arrendamiento de obra, dada la voluntariedad de la relación entre paciente (cliente) y el prestador del servicio, teniendo en cuenta que esta modalidad se asocia con una mayor información de los riesgos y consecuencias, explicadas precisa y exactamente en el correspondiente documento de consentimiento. De entre las sentencias que aluden a ello podemos reseñar la Sentencia del Tribunal Supremo, STS de 3 de octubre de 2000 que indica:

"Esta distinción, aplicada al campo de la cirugía, ha permitido diferenciar entre una «cirugía asistencial» que identificaría la prestación del profesional con lo que, en el ámbito del Derecho privado, se asocia con la locatio operarum y una «cirugía

satisfactiva» (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente) que la identificaría, en el mismo terreno de las relaciones entre particulares, con la locatio operis, esto es, con el reconocimiento del plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso (Sentencia de la Sala Primera de este Tribunal de 11 de febrero de 1997, núm. 83/1997, rec. 627/1993). El resultado, en la cirugía satisfactiva, opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, de tal suerte que su consecución es el principal criterio normativo de la intervención. Por el contrario, cuando se actúa ante un proceso patológico, que por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que abordar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquel en la salud convierte en necesaria la asistencia y eleva a razón primera de la misma los medios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. El criterio normativo aplicable se centra entonces en la diligencia y adecuación en la instrumentación de aquéllos, teniendo en consideración las circunstancias".

7. Estado de la ciencia y riesgos de desarrollo

El estudio de los denominados riesgos del desarrollo -acepción generalmente adoptada por la doctrina- ha venido acompañado siempre de un cúmulo de problemas sobre los que la Doctrina y la Jurisprudencia no se han pronunciado de una manera definitiva y clara. La situación de incertidumbre ha sido mantenida por el legislador, a la vista de la falta de referencia expresa sobre esta cuestión en las normas donde debiera haberse hecho. Menciona RODRÍGUEZ LÓPEZ⁵⁵, que solo en la Ley 4/1999, de 13 de

⁵⁵ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., Responsabilidad patrimonial de la administración en materia sanitaria, Atelier, 2007 (pág. 139).

enero, de modificación de la LRJ-PAC se soluciona formalmente la cuestión de la exoneración o no de responsabilidad por los riesgos del desarrollo⁵⁶.

La ciencia médica, a pesar de todos esos avances y de todos los esfuerzos de investigación, no es una ciencia exacta. Existe, por tanto, desde el punto de vista empírico la posibilidad del fallo, la evidencia de que no todas las enfermedades tienen solución por mucho que el médico y el paciente lo deseen, y la posibilidad de un diagnóstico no certero; estos peligros aumentan de forma proporcional al incremento de actos médicos, a la universalización de la asistencia y a la aparición de nuevas enfermedades. El riesgo del desarrollo médico es el riesgo desconocido y excepcional, aquél que no ha sido explicado aún por la literatura médica debido a sus limitaciones. Se trata de riesgos que, por hipotéticos, no forman parte del deber de información del médico al paciente.

El precepto habla de "estado" de esa ciencia y de "estado" de esa técnica, pues ambas se hallan sujetas a un proceso inexorable de cambio, que suele verse como avance, y por eso se habla de "adelanto" de la ciencia, porque se piensa que ese proceso implica siempre una "ganancia", aunque los hechos, en ocasiones, vengan a desmentir esa creencia.

En el ámbito de la asistencia sanitaria algún sector doctrinal, antes de la Ley 4/1999, ya había intentado considerar como un supuesto de fuerza mayor la transmisión del SIDA o de la hepatitis C, con anterioridad al conocimiento de los medios adecuados para su detección, que podemos centrar entre octubre de 1985 y abril 1987. De esta forma las personas afectadas lo han sido como consecuencia del estado de la ciencia en un momento determinado que no ha permitido evitar la contaminación; por lo que, al

⁵⁶ Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Art. 141. Indemnización.

1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

tener esta calificación el riesgo, la Administración quedaría exonerada de responsabilidad.

Como recoge el magistrado GUERRERO ZAPLANA⁵⁷, en la actualidad la norma ha reflejado la doctrina jurisprudencial y ha determinado la exclusión de la responsabilidad en caso de riesgos de desarrollo, aunque dicha exclusión no debe aplicarse con efecto retroactivo.

8. Doctrina de la pérdida de oportunidad

La doctrina de “la pérdida de oportunidad” se plantea como consecuencia de un tipo de incertidumbre en torno a uno de los presupuestos de una reclamación indemnizatoria, la relación de causalidad.

Su virtualidad se produce pues a propósito de dificultades probatorias, de ahí su especial relevancia en el ámbito sanitario.

En el campo sanitario la figura tuvo una entrada en 1998, en que resultó admitida por la Sala Primera, del Tribunal Supremo (TS).

Desde entonces se replegó a las instancias inferiores, especialmente de la jurisdicción contencioso-administrativa y es ahora cuando, desde abajo, está llegando nuevamente al Alto Tribunal, tanto a la Sala de lo Civil como de lo Contencioso-Administrativo.

Nos encontramos ante una responsabilidad que derivaría, no de la inadecuada o nula asistencia recibida, sino de las expectativas restadas al paciente por la posibilidad de que una intervención o asistencia diferentes hubieran podido modificar el resultado.

Para que se aprecie dicha responsabilidad deben darse las siguientes circunstancias:

⁵⁷ GUERRERO ZAPLANA, J., Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria, Lex Nova. 2006 (págs. 135 y ss.)

- que exista, de acuerdo con la experiencia, una probabilidad de restablecimiento o mejora si se hubiera prestado una asistencia sanitaria adecuada o diferente,
- que el daño sea cierto y no sea hipotético o futuro,
- que haya nexo causal directo entre la asistencia prestada (o la falta de asistencia) y la disminución de las posibilidades de restablecimiento o supervivencia.

Lo que en estos casos genera la responsabilidad de la Administración es la “falta de diligencia”, ya que, a pesar de la incertidumbre sobre qué consecuencias hubieran provocado actuaciones distintas, se indemniza la probabilidad de que hubiera sido posible otro resultado más favorable para el paciente, y así lo indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, STSJLR de 24 de febrero de 2006, cuando dice que:

"Ha de aplicarse al supuesto de autos la teoría de la pérdida de posibilidades u oportunidades terapéuticas porque ante un conocimiento puntual y en su tiempo de la diagnosis, tal vez hubiera podido reaccionar de otra manera y posiblemente aminorar los resultados de la enfermedad diagnosticada, es decir, si la Administración hubiera actuado de manera más diligente el paciente hubiera tenido quizás la oportunidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su vida".

Sostiene el magistrado CÓRDOBA CASTROVERDE⁵⁸, que el concepto de pérdida de oportunidad en materia sanitaria puede estar conectado con una infracción de la lex artis -como ejemplo el retraso en el diagnóstico o la realización tardía de pruebas médicas [STS, Sección 4ª, de Septiembre del 2011 (recurso: 6280/2009)]-, y en otros casos se conecta con la falta de servicio adecuado por parte de la Administración sanitaria [STS -Sala 3ª-, Sección 6ª, de 7 de Julio del 2008 (rec. 4776/2004); STS -Sala 3ª-, Sección 6ª, de 25 de Junio del 2010 (rec. 5927/2007)].

⁵⁸ CÓRDOBA CASTROVERDE, D., Intervención acerca de “La pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad patrimonial”, en las Jornadas sobre Derecho y Medicina, Las Palmas, 8 y 9 de marzo de 2012.

9. El daño desproporcionado

Como ya se ha apuntado, uno de los ámbitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria donde se invierte la carga de la prueba por la falta de correlación entre asistencia y daño, es el concerniente al resarcimiento por daño desproporcionado. La Administración debe probar que el daño fue debido a causas externas a la propia asistencia sanitaria, pues se presume que si se hubiera actuado correctamente no se habría producido dicho daño, de ahí la inversión de la carga de la prueba. Es lo anormal de la consecuencia lo que provoca la existencia de responsabilidad, que se declarará si se aprecian los siguientes cuatro requisitos, los dos primeros de carácter subjetivo, y los dos últimos de índole objetiva:

- conducta no diligente que provoca el daño.
- falta de intervención activa del perjudicado en la producción de dicho daño.
- el daño inesperado.
- que dicho daño ocurra en el ámbito jurídico del responsable, la sanidad pública.

Y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo cuando, en la STS de 26 de junio de 2006, Sala de lo Civil, recoge:

"asimismo debe establecerse que no obstante ser la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la "lex artis ad hoc", no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia, y el descuido en su conveniente y temporánea utilización".

Por tanto, si se produce el resultado dañoso por falta de diligencia, responde quien lo ha realizado, y así sigue esta misma Sentencia STS de 26 de junio de 2006:

"La doctrina que funda la responsabilidad médica en la producción de un resultado desproporcionada, es reiterada en la jurisprudencia; así, entre otras, declara

la Sentencia de 31 de enero de 2003: "la responsabilidad del médico demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias: 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999 y 30 de enero de 2003 , que dice esta última que el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo que responde a la regla "res ipsa loquitur" (la cosa habla por sí misma)".

Sin embargo, determinadas circunstancias objetivas pueden tener incidencia de tal entidad en el daño resultante, que provoquen que se excluya la responsabilidad.

Así ocurre cuando la gravedad de las secuelas no resulta desproporcionada con lo delicado de la intervención, la necesidad de practicarla y la previsión de complicaciones. Ya que, la doctrina del daño desproporcionado tiene su aplicación cuando se parte de una situación no comprometida y se llega a un resultado que, por su gravedad, es desproporcionado con la situación de partida.

Como ejemplo, la anestesia en el seno de una intervención trivial, ya que el propio acto anestésico genera en sí mismo un riesgo para el paciente, ajeno a la dolencia originadora de la intervención quirúrgica. Así lo constata la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, SAP de Madrid de 22 de octubre de 2004, cuando señala:

"La referida doctrina no jurisprudencial al parecer de esta Sala no puede considerarse aplicable al caso presente en el que el resultado lesivo se ha producido como consecuencia de un incidente anestésico toda vez que esta corriente jurisprudencial viene aplicándose a aquellos supuestos en los que se parte de una situación no comprometida o banal y se llega al resultado que por su gravedad, es completamente insólito y desproporcionado con la situación de partida. Lo relevante para esta sentencia lo constituye que "el acto anestésico es por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente, ajeno a la propia dolencia originadora de la intervención quirúrgica".

Como hemos visto, la pérdida de oportunidad es una teoría jurídica que permite indemnizar al paciente que se ha visto privado de la posibilidad de curación. La

diferencia que existe con los casos de responsabilidad en los que se imputa al médico la causa de un fallecimiento o de una lesión es que en este tipo de casos el paciente ingresa en el hospital con un daño preexistente y lo que se atribuye al facultativo es la frustración de las expectativas de sanación. Este asunto ha sido abordado por María GUILLÓ, magistrada de la sección 6ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid, en una jornada sobre la responsabilidad de las administraciones públicas, organizadas por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, el 2 de abril de 2012.

La magistrada ha explicado que la aplicación de esta teoría surge “como consecuencia de la necesidad del juez de resolver un conflicto entre dos intereses”. Sobre todo cuando “los parámetros normales de actuación no son suficientes”. GUILLÓ ha recordado que la medicina “no es una ciencia exacta y lo que hay que garantizar son los medios y no los resultados”. La reclamación en estos casos no viene por el daño en sí o por las secuelas, sino por la falta de unos medios de los que disponía la Administración y no se han facilitado al paciente. En palabras de la jueza la teoría de la pérdida de oportunidad “no debe ir más allá de los cauces para la que fue concebida, porque a veces basta con aplicar la *mala praxis*”.

Por su parte, opina SÁNCHEZ CARO, responsable del Área de Bioética y Derecho Sanitario de la Comunidad de Madrid, que esta doctrina sea “acogida con prudencia porque si se hace extensiva puede crear problemas al mundo de las existencias sanitarias”.

El experto ha abogado por una reforma normativa que garantice la seguridad jurídica. Se ha mostrado partidario de evitar algunos problemas “que pueden crear discriminaciones en función de las resoluciones judiciales, por lo que sería conveniente que se baremen los daños sanitarios, con ciertos márgenes para los magistrados”.

Para SÁNCHEZ CARO esta teoría supone la “alteración del sistema tradicional de administración de la incertidumbre” y por ello insta a una reforma legislativa que “requiera fijar reglas o criterios”.

10. La reparación del daño: lucro cesante y daño emergente

La reparación del daño conlleva la cobertura de todos los daños y perjuicios hasta su reparación integral -sin que dicho resarcimiento pueda convertirse en un motivo de lucro-, e incluirá el daño sufrido por el paciente así como el lucro que haya dejado de generarse, pero no las meras expectativas o el lucro dependiente de circunstancias futuras aún no determinadas ni determinables, así la Sentencia del Tribunal Supremo, STS de 27 de junio de 1997, manifiesta que:

"los daños alegados y probados por el perjudicado lo que supone la inclusión de los valores de los intereses económicos evaluables y los conceptos de lucro cesante y daño emergente".

11. Valoración del daño: baremos

La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que se produjo la lesión -sin perjuicio de incluir los correspondientes intereses de demora- según lo dispuesto por la Ley General Presupuestaria o IPC, y con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables. También se ponderará con las valoraciones vigentes en el mercado. Así lo señala el art. 141 de la LRJ-PAC.

Es importante señalar que es compatible la indemnización recibida por el mismo acontecimiento pero con distinto fundamento, evitando así la duplicidad indemnizatoria. Para conseguir la fijación del importe de la indemnización, es necesario aplicar criterios objetivos de valoración de las lesiones, como son los baremos, que se aplicarán de manera análoga a cómo se lleva a cabo en la Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (*LRCSCVM), con una regulación muy detallada, y así se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo, STS de 28 de junio de 1999:

"en la Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor, se contiene a partir de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, que le dio esa

denominación, un Anexo en el que se regula el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, regulación que es sumamente detallada. Es claro que esta regulación no podría ser aplicada más que de forma analógica al caso que nos ocupa".

En este sentido, observo otra muestra de las diferentes teorías de los tribunales. Aunque la aplicación del baremo mencionado es la más habitual en la práctica, existen otras posturas, encontrándose resoluciones que aplican dicho baremo y otras que no lo hacen.

Así, expone esta controversia la Sentencia de la Audiencia Nacional, SAN de 19 de abril de 2000, cuando expone que la propia jurisprudencia contencioso-administrativa duda respecto a la aplicación de este tipo de baremos, no aplicándolos en ciertas ocasiones por entender que:

"el principio de responsabilidad directa patrimonial del Estado con motivo del funcionamiento de sus servicios está establecido por una Ley general y con la técnica de la cláusula general por lo que no cabe seguir otros sistemas especiales reguladores de reparaciones debidas por la Administración por otros conceptos y distintos especialmente establecidos para reparaciones específicas".

12. Responsabilidad por actos de concesionarios y contratistas

Para cerrar el régimen jurídico de responsabilidad de la Administración Pública es preciso hacer referencia a la intervención de concesionarios o contratistas en el actuar administrativo. Esta responsabilidad se contempla en los arts. 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) de 16 de diciembre de 1954 y la vigente Legislación de Contratos de los Entes Públicos.⁵⁹

⁵⁹ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La relación contractual que liga al contratista o concesionario con la Administración es independiente de las relaciones jurídicas que puedan surgir entre el particular perjudicado por la ejecución de una contrata o el desarrollo del servicio público y la persona responsable de la indemnización de tales daños. Como regla la obligación de responder corresponderá al concesionario o contratista, salvo en los casos en que medie alguna cláusula u orden directa de la Administración.

La ley prevé la reclamación previa a la Administración para que resuelva sobre a quién corresponde la responsabilidad del daño, si al concesionario o a la Administración. Así lo disponen los arts. 121.2 y 123 LEF y el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo de 14 de noviembre de 2011, en una misma línea reguladora: responden los contratistas con respecto a terceros por su actividad “prestacional”, si bien la Administración Pública responderá por la actividad vinculada del gestor del servicio (cuando actúa por orden de la Administración, es decir, como agente de la Administración, o por vicios del proyecto elaborado por la Administración).

La problemática se agudiza en material de responsabilidad patrimonial por actividad sanitaria de la Administración Pública.

Así, la Sala 3ª del Tribunal Supremo entiende que las Mutualidades públicas responden directamente por las reclamaciones efectuadas por razón de intervenciones médicas y quirúrgicas realizadas por las entidades aseguradoras contratantes, a pesar de lo recogido en el art. 280 del vigente TRLSCP. Sin embargo, no opina así el Consejo de Estado que en su dictamen 3283/1998, de 3 de diciembre, señala que la actividad de centro de la aseguradora ADESLAS no es imputable a la Administración.

En este sentido, ya desde la STS de 6 de octubre de 1994⁶⁰, la Sala 3ª había estimado la responsabilidad extracontractual del antiguo INSALUD por asistencia sanitaria defectuosa en clínica privada concertada. La Administración respondería objetivamente sin perjuicio de acción de repetición contra la aseguradora médica y, en su caso, contra el centro concertado. Considera ESPINOSA FERNÁNDEZ, y la

⁶⁰ STS de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7465), Casación 2842/1992.

ABOGACÍA DEL ESTADO, que con ello se está creando una responsabilidad objetiva en los centros médicos cuando actúen como concertados de la Administración pública, con la inquietante consecuencia de que dos operaciones médicas efectuadas, en el mismo quirófano, una por "privado" y otra por centro concertado supondrían que en la primera la responsabilidad potencial sería por culpa, mientras que en la segunda la responsabilidad sería objetiva y ello con el mismo médico interviniente, mismo equipo y casi misma unidad temporal, lo cual no le parece muy razonable, por lo que requeriría concreción normativa de *lege ferenda*.

VII. CUARTA VERTIENTE: RESPONSABILIDAD SOCIAL DEL MÉDICO

1. Bioética

Una de las primeras definiciones de bioética señala que es "El estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, en cuanto que esta conducta es examinada a la luz de los valores y principios morales"⁶¹, aportando importantes precisiones sobre el objeto del estudio: la conducta humana en dos terrenos específicos, las ciencias de la vida (biología) y los cuidados de la salud.

Históricamente la bioética ha surgido de la ética médica, centrada en la relación médico-paciente. Los problemas de injusticias notorias en el campo de la investigación biomédica, los nuevos problemas causados por los avances de la propia medicina y de la tecnología médica y, finalmente, los cambios sustanciales en los modelos de atención de la salud, sobre todo en los sistemas públicos, llevaron a la urgente necesidad de implementar de nuevo una visión ética de la ciencia, que iba más allá de los límites de la ética médica. Así nace la bioética como ética aplicada, como disciplina con una importante repercusión en el debate intelectual iniciado a finales del siglo XX y la preocupación por la tajante separación que se estaba produciendo entre las ciencias y las humanidades, entre un progreso científico y técnico notable y, a la vez, una crisis del humanismo. Según LEÓN CORREA⁶² son cuatro los catalizadores de este nacimiento:

- los inicios de una ética ecológica,
- los problemas de la investigación con seres humanos,
- los progresos científicos y técnicos de la medicina moderna,
- y los cambios en la atención de salud con el nacimiento de los sistemas, más o menos universales, de seguro social.

⁶¹ REICH, W.T., *Encyclopedia of Bioethics I*, The Free Press, New York, 1978.

⁶² LEÓN CORREA, F.J., *Bioética*, Palabra, 2011 (pág. 17)

Y como centro del análisis propio de la bioética se encuentra la dignidad de la persona, su libertad, autonomía e individualidad. Es importante tener esto presente a la hora de enfocar el papel de la investigación científica, pues la ciencia, la técnica, y cualquiera de los avances médicos deben estar al servicio de la dignidad humana.

2. Deontología profesional

La Organización Médica Colegial de España (OMC) promulgó su primer *Código de Ética y Deontología Médica* en 1978 al amparo de la Constitución de 1976, que establece el reconocimiento y la necesidad de regular los colegios profesionales y el ejercicio de los profesionales titulados. Dicho Código fue actualizado en 1990 y 1999, siendo éste de 2011 el primer código de deontología médica del siglo XXI.

Fue elaborado por la Comisión Central de Deontología Médica, y aprobado por la Asamblea General el 9 de julio de 2011

La Directiva Europea de Servicios 2006/123/CE, y su transposición a través de la Ley Ómnibus, estableció la necesidad de que la profesión médica disponga obligatoriamente de un código de conducta elaborado por los Colegios profesionales, como principales garantes d/e los comportamientos éticos y responsables de los profesionales de la Medicina.

Está estructurado en 21 capítulos y 66 artículos, 109 epígrafes, una disposición adicional y cinco disposiciones finales, entre las principales aportaciones del nuevo Código Deontológico cabe subrayar: seguridad, respeto, humanismo y comportamiento ético y responsable del profesional, partiendo de una realidad social cambiante. Se erige, por tanto, como el principal garante, de la mano de los Colegios de Médicos, de la mayor competencia y mejor comportamiento de los profesionales de la Medicina.

Juramento hipocrático

Es un juramento público que quienes se gradúan en medicina realizan ante los otros médicos y ante la comunidad. Tiene un contenido ético, para orientar la práctica

del oficio, y se basa en la responsabilidad del médico como ser humano.

Tiene como “padre” al médico griego Hipócrates (siglo V a. C.), y adoptó su forma definitiva de la mano de Galeno, un griego que ejerció la medicina en la Roma imperial en el siglo II. Se cree que el juramento se creó cuando Hipócrates, apartándose de la tradición de los médicos de oficio, comenzó a instruir a aprendices que no eran de su propia familia. Reza así:

Juro por Apolo médico y por Asclepio y por Higia y por Panacea y todos los dioses y diosas, poniéndoles por testigos, que cumpliré, según mi capacidad y mi criterio, este juramento y declaración escrita:

Trataré al que me haya enseñado este arte como a mis progenitores, y compartiré mi vida con él, y le haré participe, si me lo pide, y de cuanto le fuere necesario, y consideraré a sus descendientes como a hermanos varones, y les enseñaré este arte, si desean aprenderlo, sin remuneración ni contrato.

Y haré participes de los preceptos y de las lecciones orales y de todo otro modo de aprendizaje no sólo a mis hijos, sino también a los de quien me haya enseñado y a los discípulos inscritos y ligados a por juramento según la norma médica, pero a nadie más.

Y me serviré, según mi capacidad y mi criterio, del régimen que tienda al beneficio de los enfermos, pero me abstendré de cuanto lleve consigo perjuicio o afán de dañar.

Y no daré ninguna droga letal a nadie, aunque me la pidan, ni sugeriré un tal uso, y del mismo modo, tampoco a ninguna mujer daré pesario abortivo, sino que, a lo largo de mi vida, ejerceré mi arte pura y santamente.

Y no castraré ni siquiera (por tallar) a los calculosos, antes bien, dejaré esta actividad a los artesanos de ella.

Y cada vez que entre en una casa, no lo haré sino para bien de los enfermos, absteniéndome de mala acción o corrupción voluntaria, pero especialmente de trato erótico con cuerpos femeninos o masculinos, libres o serviles.

Y si en mi práctica médica, o aún fuera de ella, viviese u oyere, con respecto a la vida de otros hombres, algo que jamás debas ser revelado al exterior, me callaré considerando como secreto todo lo de este tipo.

Así pues, si observo este juramento sin quebrantarlo, séame dado gozar de mi vida y de mi arte y ser honrado para siempre entre los hombres; así lo quebranto y cometo perjurio, sucédame lo contrario.

3. El derecho de información del paciente

El derecho de información del paciente es un derecho autónomo -independiente de una eventual intervención médica- y, a la vez, el antecedente de un consentimiento informado, de modo que su omisión o cumplimiento defectuoso origina responsabilidad del profesional médico. El mencionado derecho constituye uno de los pilares de la autonomía del paciente, base a su vez de la nueva y actual relación médico-paciente, que ha evolucionado desde una medicina paternalista derivada de la autoridad y cualificación del médico, a una práctica asentada en la autonomía de la persona y el respeto a la pluralidad ideológica. Así lo expresa ABEL LLUCH⁶³, remarcando la importancia de este derecho que se recoge, entre otros, en el *Convenio de Oviedo* (1977)⁶⁴, y en la reciente 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 (LDP). El derecho a la información sanitaria, con anterioridad a la vigente LDP, había sido objeto de atención por el legislador ya en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cuyo art. 10, apdo. 5º, regulaba, en relación con la Administración Pública, el derecho de información del usuario:

"Todos tienen los siguientes derecho con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias:

5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares y allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento".

⁶³ ABEL LLUCH, X., El derecho de información del paciente como presupuesto del consentimiento informado. El juez civil ante la investigación biomédica., CGPJ, 2005 (págs. 19 y ss.)

⁶⁴ "Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina" (CEDHB), Oviedo 4 de abril de 1977, en vigor en España desde el 1 de enero de 2000, en virtud del Instrumento de Ratificación de fecha 23 de junio de 1999.

4. La libertad de información y decisión

Aunque el espíritu liberal no ha sido capaz de dar al traste con el monopolismo de las profesiones sanitarias, sí ha socavado paulatinamente los seculares fundamentos del paternalismo.

Poco a poco, al enfermo se le ha ido considerando como un ser adulto, autónomo, capaz de recibir toda la información y libre de tomar a la vista de ella las decisiones que considere pertinentes sobre su propio cuerpo, es decir, sobre su salud y su vida. Frene al paternalismo médico ha empezado a cobrar fuerza la autonomía del enfermo. El enfermo es quien, en última instancia, debe decidir sobre su cuerpo y su vida. Es un derecho humano fundamental y primario. Todo ser humano es autónomo, y el enfermo también.

Sin embargo, sostiene GRACIA GUILLÉN⁶⁵ que para que la autonomía del paciente sea real deben cumplirse tres condiciones: intencionalidad, conocimiento y ausencia de control externo. De lo anterior se desprende la obligación del médico de comunicar la verdad al enfermo. La veracidad es una obligación moral del médico, lo cual no quiere decir que no haya casos de muy difícil manejo, como aquellos en que la comunicación de la verdad pueda acortar la vida del paciente. Esta reserva conocida en la literatura doctrinal como "privilegio terapéutico", es la única excepción al principio de veracidad.

5. Falta de información debida

También se ha condenado al médico, a veces, no por su impericia o negligencia profesional, sino por la falta de una debida información al paciente sobre las consecuencias posibles de un determinado acto médico⁶⁶ y así, en la Sentencia del

⁶⁵ GRACIA GUILLÉN, D., Fundamentos de bioética, Triacastela, 2008 (págs.. 151 y 578)

⁶⁶ En la sentencia de 17 de noviembre de 2005, de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo de España, se concluye la desestimación de la demanda por la que una paciente reclama una

Tribunal Supremo, de la Sala de lo Civil, de 23 de abril de 1992 una menor tenía una enfermedad con probabilidades de mejorar o curar en virtud de varios tratamientos, siendo uno de ellos la operación. Pues bien, el médico opera a la niña sin informar a sus padres de la existencia de otras posibilidades de actuación médica y tras la operación, la enferma queda parálitica, condenándose al médico a pagar una indemnización importante porque actuó negligentemente, al no informar a los padres de los riesgos de la operación y de la existencia de otras alternativas, todo lo cual aparece ahora ampliamente contemplado en la 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 clínica⁶⁷.

indemnización al médico que la intervino con fundamento en la falta de información sobre las posibles secuelas y riesgos en los que podía incurrir a resultas del acto quirúrgico a que fue sometida, en un caso en que se pretendía la responsabilidad civil médica, siendo que ni en primera instancia, ni en apelación, ni en el recurso de casación, la parte actora obtiene sentencia favorable, y el Tribunal Supremo, aplicando doctrina consolidada, manifiesta que la exigencia de la constancia escrita de la información médica tiene mero valor "*ad probationem*" y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso, de suerte que, por consiguiente, habiendo declarado la Sala de instancia que existió el consentimiento informado considera el Alto Tribunal que no cabe atribuir ausencia de información alguna al demandado.

⁶⁷ El art. 10 de la 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, en relación a las condiciones de la información y consentimiento por escrito, señala que el facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica sobre las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contraindicaciones, tras lo que añade que el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente, disponiéndose en el siguiente art., sobre las instrucciones previas, que 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, de suerte que 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, siendo preciso que cada servicio de salud regule el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito, y sin que sean aplicadas las instrucciones previas 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, debiendo de quedar en la historia clínica del paciente constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones, tras lo que se concluye que las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier

En similar sentido a la última decisión judicial mentada se ha producido la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2005 donde los padres de un niño nacido con Síndrome de Down formulan demanda de responsabilidad civil contra el Servicio Vasco de Salud, el hospital que atendió a la madre y la compañía aseguradora, en reclamación de una indemnización porque, durante la gestación, la madre se sometió, dada su edad (40 años), a una prueba de diagnóstico prenatal y se le comunicó por el servicio hospitalario que el feto era cromosómicamente normal y que no padecía Síndrome de Down, manifestando el Tribunal Supremo que el consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y que como tal forma parte de toda actuación asistencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico.

Tras todo ese razonamiento considera el Alto Tribunal que, en el caso examinado, dado que no se informó o explicó a la paciente las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, se establece una relación de causalidad directa y negligente entre la actuación profesional del Centro Médico en el que se realizaron las pruebas y el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico para, en función de esa información, poder tomar la decisión que, según su propia y libre convicción, se ajustaba más efectivamente a su proyecto de vida, como es la opción de interrumpir el embarazo⁶⁸.

momento dejando constancia por escrito y que 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 registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

⁶⁸ 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 se refiere al consentimiento informado como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud, destacando en el apartado 2 del art. 2 que "toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes y usuarios", lo cual aparece condicionado a que el paciente haya recibido una información adecuada, añadiéndose en el apartado 6 del citado art. 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

En el caso de daños producidos o relacionados con la anestesia, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1.997, sobre un caso de fallecimiento postoperatorio por reacción anafiláctica, confirma la condena únicamente del cirujano por no haber informado al intensivista del historial alérgico del paciente.

También en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1998 se trató del deber de información, una vez rechazados los motivos en los que el recurso se fundamentaba, al no quedar demostrado que los problemas de impotencia e incontinencia urinaria que el paciente padecía fueran debidos, efectivamente, a una actuación quirúrgica negligente, alegándose que este deber de información había sido infringido, sobre todo en el punto relativo a los riesgos de la intervención, en especial la impotencia y la incontinencia urinaria.

En efecto, aun existiendo falta de información al paciente, en cualquier caso resulta absolutamente necesaria la prueba del nexo causal del daño vinculado a la omisión o intervención médica para la procedencia de la reclamación como concluye la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 407/2008, de 14 de mayo⁶⁹, en que ninguno de los informes que han sido objeto de una razonable valoración sitúa el origen del daño en una mala praxis médica, sino en una previa enfermedad sufrida por la actora, habiendo reiterado la Sala Primera que la carga de probar la base fáctica del nexo causal corresponde a la parte demandante, que es quién debe soportar las consecuencias desfavorables de su falta de acreditación, como ocurre en este caso, en que, a mayor abundamiento, se concluye que, aun admitiendo falta de información al

documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente".

⁶⁹ El pleito del que trae causa el recurso versó sobre la responsabilidad civil ligada a un acto médico, del que derivaron para el paciente daños consistentes en parálisis intestinal y falta de sensibilidad de las caderas hacia abajo, necesitando muletas para caminar, con pérdida de control de sus necesidades fisiológicas más elementales, revocando la Audiencia la sentencia parcialmente estimatoria del juzgado, y rechazando la demanda en su totalidad y en la que el único motivo casacional cuestiona la valoración probatoria, defendiendo acreditada la relación de causalidad entre el daño y la intervención quirúrgica en su día practicada a la actora, lo que se entiende que se hace supuesto de la cuestión, pues se pretende sólo sustituir la valoración de la prueba que ha realizado la Audiencia Provincial, en uso de la facultad que al efecto le corresponde, por la propia de quien recurre..

paciente, no existe en este caso daño alguno vinculado a su omisión o a la propia intervención médica⁷⁰.

En la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2007, frente a la alegación de la falta de información del riesgo de la operación, el Tribunal Supremo centra el problema en este caso en que no hay constancia escrita de que se haya informado a los padres del menor de la concreta técnica quirúrgica que se iba a utilizar, por lo que no hay consentimiento autorizado específico para ello, de suerte que existe la autorización escrita, para la intervención quirúrgica, y hubo información verbal, pero no consta si ésta se extendió al particular expresado y ello plantea el problema si se dio el debido cumplimiento al deber de informar *ex art.* 10.5 de la Ley de Sanidad 14/86, de 25 de abril (de aplicación por razones de derecho intertemporal)⁷¹.

Ponderadas las diversas circunstancias concurrentes en el caso, en esta Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2007 se concluye que debe estimarse que la omisión expresada no supone incumplimiento del deber de información del art. 10.5 (y tampoco del 10.6, por cierto no aludido en el motivo) de la Ley de Sanidad, que ahora, tras su derogación, tiene su regulación más detallada en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de

⁷⁰ En concreto, la cita en el motivo del entonces vigente art. 10 de la Ley 14/1986, General de Sanidad sugiere que no se le informó de los riesgos que conllevaba la intervención, razonando el Supremo que la sentencia recurrida no da respuesta a la ausencia de información en el proceso del que resultaron las secuelas sufridas por la actora, bien es cierto que su carácter de absolutoria permite extender la desestimación de la demanda a todos sus pedimentos, incluido el de la falta de información, que no conlleva en el caso una pretensión económica autónoma, sino asociada a la negligencia médica. Ahora bien, aun reconociendo que la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*, basta para desestimar esta alegación el hecho de que no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica puesto que las secuelas aparecen asociadas al proceso degenerativo de la enfermedad padecida por la actora y no es posible en esta alzada, sobre la base de hechos distintos de los que resultan probados, calificar de negligente el actuar del demandado pues sería tanto como pretender la revisión de la actividad probatoria, que compete exclusivamente al tribunal de instancia.

⁷¹ De manera específica, en el cuerpo del motivo al respecto de dicha falta de información, se argumenta que no consta autorización específica ni acreditación de haberse informado a los actores sobre la técnica quirúrgica a la que iba a ser sometido su hijo, y que debió informarse de ella porque en el implante de lente intraocular hay evidentemente riesgo, añadiendo que no se puede manifestar que no existía alto riesgo cuando el niño ha quedado ciego por la cadena consecencial que trae causa del implante de la lente intraocular.

derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁷², señalando que al efecto debe tenerse en cuenta la absoluta necesidad de la intervención y que la técnica de implante de lente intraocular era ya técnica habitual, con claras ventajas y beneficios para el paciente respecto de alternativas operatorias anteriores, las que incluso son calificadas en uno de los informes periciales como obsoletas respecto de la efectuada⁷³.

En el caso resuelto por la Sentencia, de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007, la cuestión litigiosa se centra principalmente en la determinación de si el documento firmado por la actora -antes de la intervención quirúrgica consistente en la ligadura de trompas que le fue practicada durante su segundo parto con cesárea, quién quedo posteriormente embarazada, y también por este procedimiento, dio a luz un niño con una afección diagnosticada de cardiopatía congénita- cumplía o no las exigencias necesarias para considerarlo como suficiente en el ámbito del consentimiento informado, lo que se confirma, al igual que en las dos

⁷² En la 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 se declara, en su art. 8, que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información pre vista en el art. 4 de dicha Ley haya valorado las opciones propias del caso, especificándose que el consentimiento será verbal por regla general, tras lo que se añade que, sin embargo, 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, señalándose a continuación en el apartado 3 de dicho precepto que el consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este art., dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos, concluyendo dicho precepto con el apartado 4, en que se dice que todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud, así como el último en que se reconoce que el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

⁷³ A ello debe añadirse, por un lado, que, según sienta la sentencia recurrida con sustento en la pericial médica, y ello ha devenido incólume y vinculante para el Tribunal Supremo, no hay relación de causalidad entre la implantación de lente intraocular y la infección determinante de la pérdida de la visión, y, por otro lado, que el juicio médico acogido por el juzgador "*a quo*" conceptúa la complicación de "causal", "poco frecuente", "excepcional" e "inevitable", cuya calificación excluye la apreciación, no ya del "alto riesgo" a que se refiere el motivo, sino, incluso, del "riesgo real y efectivo" respecto del que resulta exigible informar.

instancias anteriores⁷⁴, puesto que en el caso de autos, amén del documento transcrito, la sentencia recurrida considera probado que la información verbal complementaria le ha sido facilitada a la paciente⁷⁵.

Sobre ello, el Tribunal Supremo declara que en cuanto a la carga de la prueba del cumplimiento de este deber de información ha de recaer sobre el profesional de la medicina por ser quien se halla en una situación más favorable para conseguir su prueba y que la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la

⁷⁴ El Juzgado rechazó la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia en el sentido de no efectuar condena en las costas causadas en primera instancia, concluyendo el Supremo que no ha lugar al recurso en que en el motivo segundo, al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aduce transgresión del art. 10, párrafos 2, 5 y 6 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, en relación con el contenido del Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España, de 11 de abril de 1978 (Art. 11), así como con la Carta de Derechos y Deberes del Paciente aprobada por el Ministerio de Sanidad ("INSALUD") (punto cuarto); igualmente, por vulneración de lo dispuesto en los arts. 5 y 6 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, aprobado por el Consejo de Europa el 4 de abril de 1997 y ratificado por España (Convenio de Oviedo), por Instrumento de fecha 23 de julio de 1999 (BOE de 20 de octubre de 1999), por cuanto que, según denuncia, la sentencia de instancia ha considerado que la información suministrada a la paciente fue lo suficientemente explícita y completa como para prestar su consentimiento, y, por tanto, válido a los efectos prevenidos en la legislación de aplicación para consentir plenamente, no obstante no ha quedado fehacientemente constatado en qué medio de prueba pudieran sustentarse tales afirmaciones- se desestima porque la sentencia de apelación, tras analizar e interpretar el documento de consentimiento cuestionado ha manifestado que ha cumplido en su momento las exigencias mínimas que le correspondían, pese a su escueta redacción, por lo que la interesada fue sabedora de las consecuencias de la intervención, y el hecho de que, pasados casi tres años, se produjera una concepción no deseada, estaba dentro de lo previsible, aunque fuese poco probable.

⁷⁵ En dicha sentencia del Supremo de 28 de noviembre de 2007 se destaca que la Sala de lo Civil ha declarado reiteradamente que la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen; el consentimiento prestado mediante documentos impresos constituye una exigencia impuesta por el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1.986, si bien se permite su práctica en forma verbal.

ciencia⁷⁶.

Al respecto, en la Sentencia de la Sala de lo Civil de 8 de noviembre de 2007, en un caso de lesión por laser argón, se rechaza el primer motivo del recurso promovido por el médico en que se pretende aplicación indebida del art. 1902 del Código Civil y vulneración de los arts. 14, 18, 24.1 y 2 de la Constitución, que veda la exigencia de la prueba diabólica o imposible de un hecho negativo, en la medida en que se pretende el correcto tratamiento sanitario y la conducta diligente e irreprochable del recurrente y su adecuación a la *lex artis* exigible, alegando que el resultado final se produjo por circunstancias indeterminadas e imprevistas, aceptando el Supremo la argumentación de la sentencia de instancia que rechaza este motivo del recurso puesto que ni siquiera aporta el historial clínico del paciente, siendo que no se descarta en el informe médico la posibilidad de lesión por el tratamiento empleado al no realizarse de forma correcta de suerte que se acredita que la actuación médica era susceptible de generar el daño producido por indebida aplicación del tratamiento.

Con tal punto de partida, y con base en jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional, se asume también la argumentación de la sentencia de instancia, en cuya virtud al propio médico demandado, al contar con una mayor disposición probatoria, le corresponde acreditar la ausencia total de responsabilidad en su actuación médica, produciéndose, de tal modo, un desplazamiento de la carga probatoria.

Tal conclusión encuentra un mayor fundamento, si cabe, en el hecho de que no consta el consentimiento informado del paciente acerca de los riesgos posibles de la intervención de manera que éstos no fueron debidamente asumidos y aceptados y esta omisión culposa es otro elemento de apoyo para fundamentar que el médico asume por

⁷⁶ En el presente caso, la impotencia y la incontinencia urinaria no pueden ser considerados como riesgos típicos a los que debiera extenderse el deber de información del cirujano de acuerdo con los informes periciales obrantes en autos y así se manifiesta respecto a la impotencia “que todo puede ser posible si bien en los anuarios no existe ningún caso”, en tanto que el informe de la Cátedra de Medicina Legal de la Universidad Autónoma de Barcelona se pronuncia en el sentido de que “constituyen clínicamente incidencias inevitables que estadísticamente está comprobado se presentan entre 1-3% de las prostatectomías”; en consecuencia, no puede afirmarse que el médico demandado haya incumplido su obligación de informar al demandante de los riesgos normalmente previsibles de la operación a la que se iba a someter.”

sí sólo los riesgos de la intervención en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar dicho consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible al haberse prescindido de la exigencia legal acerca de la forma escrita del consentimiento para la realización de cualquier intervención, salvo en supuestos de urgencia, incapacidad del enfermo, o riesgo para la salud pública.

Sobre la prueba del consentimiento, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2007 es muy contundente al respecto cuando señala que la jurisprudencia es unánime en considerar que es al médico a quien corresponde la carga de la prueba de haber obtenido el consentimiento informado previo del paciente y ello basándose no sólo en las disposiciones legales, sino también en el criterio de la primacía y así se declara en las sentencias de 25 de abril de 1994, 31 de julio de 1996, 16 de octubre, 10 de noviembre y 28 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999, 26 de septiembre de 2000, 12 de enero y 27 de abril de 2001, 29 de mayo y 8 de septiembre de 2003, 7 de abril y 29 de octubre de 2004, 29 de septiembre de 2005, 15 de mayo y 26 de junio de 2006, 6, 19 y 29 de junio y 19 de julio de 2007.

En tal dirección se produce la citada Sentencia de 29 de julio de 2008⁷⁷, donde, por las pruebas, que no pueden ser examinadas de nuevo por el Supremo, como tantas veces se dice⁷⁸, se concluye el consentimiento informado suficiente pues no se advierte,

⁷⁷ Se exige que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, pues se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que integran, además, una de sus obligaciones fundamentales (SSTS 25 de abril de 1994, 16 de octubre de 1998, 10 de noviembre de 1998, 8 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999, 7 de marzo de 2000, 12 de enero de 2001 y 26 de junio de 2006, rec. 4072/1999), concluyéndose que ha existido información suficiente para obtener el consentimiento del paciente para la aplicación de un tratamiento médico a que aluden las sentencias de 20 de septiembre de 2005, 17 de abril de 2007, rec. 1773/2000, 28 de noviembre de 2007, rec. 4889/2000, al considerarse inamovible la conclusión probatoria de la sentencia recurrida, según la cual se ha probado que se informó al paciente de la posibilidad de sufrir eyaculación retrógrada, y que dicha información le había sido suministrada de manera circunstanciada con anterioridad a la intervención, aunque no por escrito, y que el paciente dio su consentimiento.

⁷⁸ La conclusión del consentimiento informado en el caso aparece fundada en un detallado análisis y valoración de las declaraciones del cirujano, del ayudante y del anestésico y de las informaciones suministradas por el paciente psiquiatra que lo atendió, las cuales aparecen examinadas con razonable detenimiento y en contraste con los demás elementos probatorios, concluyéndose que nada permite sustentar la opinión del recurrente en el sentido de que no se practicó la información con el alcance que resulta preceptivo según la ley y la jurisprudencia, pues esta alegación no aparece fundada en elemento alguno concreto de la prueba que de

en suma, que procediera la información al paciente de un tratamiento alternativo respecto al que el cirujano se vio obligado a decidir en el momento mismo de la intervención y que, por otra parte, no era el indicado, pues el requisito de la completitud de la información exigido por el art. 10.5 LGS no comporta que ésta deba ser exhaustiva, sino adecuada en términos razonables conforme a las circunstancias⁷⁹.

El consentimiento informado, por su propia naturaleza, continúa precisando el Supremo en esta interesante Sentencia de 29 de julio de 2008, integra un procedimiento gradual y básicamente verbal, por lo que la exigencia de forma escrita por parte de la entonces vigente en este apartado LGS tiene la finalidad de garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente⁸⁰, de suerte que la falta de forma escrita no determina por sí, en consecuencia, la invalidez del consentimiento en la información no realizada por escrito, que tiene mero “valor *ad probationem*”⁸¹.

manera suficientemente manifiesta pueda demostrar lo contrario, de modo que, en suma, la parte parece reclamar implícitamente de la Sala de lo Civil del Supremo un nuevo examen de la prueba en su conjunto, llamando la atención sobre unos u otros extremos (verbigracia, de la prueba de confesión) que, a su juicio, contradicen la valoración efectuada por la Sala de apelación, pero, como tantas veces ha advertido el Supremo, esta operación no podría ser llevada a cabo sin exceder de manera notoria las facultades de casación que les confiere la ley.

⁷⁹ De modo más específico se afirma que no se informó de las alternativas del tratamiento, haciendo sin duda referencia a la posibilidad de la práctica de la dilatación de la vejiga en lugar de la intervención practicada, a lo que el Supremo responde que, sin embargo, la sentencia recurrida afirma que la técnica seguida (trigonocervicotomía), según se desprende de los informes periciales, fue precisa para alcanzar un tratamiento endoscópico lo más perfecto posible de la tumoración vesical; fue necesario decidirlo durante la intervención al advertir la estenosis del cuello de la vejiga; era la técnica de referencia; y la alternativa propuesta por el actor de dilatación prostática era una técnica con muy escasos buenos resultados

⁸⁰ En consonancia con este principio, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil viene declarando que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor *ad probationem* [a los efectos de la prueba] (SSTS 2 de octubre de 1997, 26 de enero de 1998, 10 noviembre 1998; 2 de noviembre de 2000; 2 de julio de 2002) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS 2 de noviembre 2000, 10 de febrero de 2004, 10 de febrero de 2004, rec. 768/1998 y 29 de septiembre de 2005 rec. 189/1999), siempre que quede constancia en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria que le afecte (STS de 29 de mayo de 2003), como exige hoy la LAP

⁸¹ Todo ello en la forma que previene el art. 10.5 y.6 LGS , vigente en el momento de los hechos, siendo dicha jurisprudencia acorde con la seguida por la Sala Tercera de este Tribunal (verbigracia, SSTS, Sala Tercera, de 4 de abril de 2000 y 3 de octubre de 2000), y con la seguida por la Corte de Casación de Francia, Cámara Civil, de 4 de abril de 1995, puntualizándose que en el caso examinado no se advierte que las circunstancias concurrentes permitan conceder relevancia alguna al hecho de que el consentimiento no se recabase por escrito, especialmente

En similar sentido se produce la sentencia de 17 de noviembre de 2008 en que, con cita de la de 19 de junio de 2007, ante la alegación de falta de información de la posibilidad de pruebas sobre malformaciones del feto, no detectadas durante el embarazo⁸², se concluye que hubo información así como correcta vigilancia del embarazo descartándose una situación de riesgo que obligara a adoptar medidas preventivas⁸³, añadiendo, con cita de la sentencia de 19 de junio de 2007 que, en cualquier caso, el deber de información sobre esa posibilidad de pruebas para comprobar la posibilidad de que el feto estuviera afectado por malformaciones, con el fin de permitir a la gestante hacer efectivo su derecho a abortar por causas eugenésicas

teniendo en cuenta, entre aquellas, el carácter de miembro del personal del hospital por parte del paciente sujeto a la intervención, y el carácter necesario desde el punto de vista de la salud de éste de la intervención llevada a cabo.

⁸² En el único motivo admitido a trámite se invoca infracción del art. 10 de la Ley General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos, al haberse vulnerado el derecho a la información, en un caso de una gestante a la cual no se le informó sobre la posibilidad de que se le practicaran las pruebas sobre la existencia de malformaciones del feto, en virtud de lo cual reclama indemnización por responsabilidad médica, ya que nació un niño con malformaciones, que no fueron detectadas durante el embarazo. En la vista del recuso, añade a la norma infringida el art. 24 de la Constitución, que no fue invocado en el motivo y que se fundamenta al parecer en una falta de respuesta sobre el fundamento jurídico de su pretensión, lo que supone una cuestión nueva ajena, además, al contenido y alcance del recurso que se formula, como ajenas al recurso son otras infracciones invocadas como la de los arts 1214 CC y 217.1.2,5 y 6 de la LEC, cuya cita y mezcla de preceptos heterogéneos, originarían sin más su desestimación. Precisó el recurrente que lo que se cuestiona no es tanto la falta de prestación médica como la ausencia de información previa.

⁸³ Se dice que la sentencia que se recurre en casación, una vez analizadas las pruebas practicadas, llega a la conclusión de que la atención dispensada a la gestante por el codemandado en relación con las ecografías y los informes emitidos por el mismo fue correcta, y que se trató de un embarazo normalizado pese a la existencia de anticuerpos positivos de cardiolipina que precisaron de un tratamiento consistente en la administración a la gestante de comprimidos de AAS con la finalidad de evitar un retraso en el crecimiento del feto, que nada tiene que ver con las malformaciones que presentó al nacer, descartando en su vista que fueran necesarias pruebas invasivas como la amniocentesis, pues: a) el seguimiento del embarazo fue el habitual, correcto y ajustado a la *lex artis* y, b) el "screening" practicado a la gestante dio resultado negativo, siendo normal el perímetro craneal del menor al nacer (36 cm), así como la imagen de 20 mm del cerebelo, no constando signos sospechosos de las malformaciones que posteriormente se presentaron como es el signo "de la banana o del limón", constando también íntegra la columna vertebral del feto, y figurando en el historial clínico que a la gestante se le practicaron muchas más ecografías que las tres únicas prescritas en los correspondientes protocolos de Sanitat Catalunya, SCS. y SEGO, además de las pruebas complementarias como el ya citado "screening" que resultaron normales, concluyendo con que no se ha privado del derecho de información a los consortes para la práctica de nuevas pruebas, y en último término su elección de interrumpir o no el embarazo. a consecuencia a que tales hechos conducen es a rechazar el motivo por cuanto hubo información, hubo también vigilancia del embarazo desde las primeras semanas de gestación descartándose una situación de riesgo que obligara a prevenir las consecuencias no deseadas para la madre y el recién nacido.

dentro de las veintidós semanas de embarazo, "únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* (reglas del oficio) la existencia de un riesgo de que el feto presente algún tipo de anomalía psíquica, pero no en los casos de embarazos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinarias".

Con amplia información jurisprudencial se produce la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008, donde, tras recordar que la finalidad de la información es la de proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses, y por ello ha de ser objetiva, veraz y completa, para la prestación de un consentimiento libre y voluntario, pues no concurren estos requisitos cuando se desconocen las complicaciones que pueden sobrevivir de la intervención médica que se autoriza, y que la información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva, revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria⁸⁴, se concluye que la denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil⁸⁵.

⁸⁴ Se especifica de nuevo que en la medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria, mientras que en la medicina satisfactiva comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria -prescindible- o de una necesidad relativa..

⁸⁵ En el caso en que fallece la mujer a la que se había practicado fecundación *in vitro* a consecuencia de una eclampsia asociada a un síndrome de Hellp, se concluye que ningún daño se ha producido en el ámbito de la medicina satisfactiva, pues no puede considerarse tal que se haya anticipado un parto por cesárea de los fetos, por lo que resulta irrelevante si la fórmula utilizada para el consentimiento informado es o no suficiente puesto que en la sentencia recurrida se declara probado que la técnica reproductiva de la fecundación "*in vitro*" no se constituye, por sí misma, y en términos epidemiológicos, como factor de riesgo alguno en relación a la preclampsia y/o síndrome de Hell en el embarazo, no existiendo por tanto relación de causa a efecto que pudiera integrar dichos procesos patológicos en la categoría de los riesgos previsibles asociados al tratamiento, tras lo que se añade que en relación al desarrollo del

6. El privilegio terapéutico

El art. 5.4 de la Ley 41/2002 de Autonomía⁸⁶, al regular el derecho a la información, reconoce la posibilidad de limitarlo por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutico. Se faculta al médico a llevar a cabo una actuación médica sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud gravemente. El precepto está redactado en términos tan genéricos que obligará a posteriori a valorar la concurrencia de esas “razones objetivas” que permitieron a los médicos, y después a quien juzgue esa conducta, auxiliado por los conocimientos de un perito, concluir que la información, acerca de su estado de salud, podía resultar contraproducente para el paciente, hasta tal punto que la agravara o impidiera su recuperación.

Este privilegio terapéutico no puede operar propiamente como tal cuando esa información sea básica y previa a una intervención médica importante por los riesgos que comporta para la salud del paciente. La información básica prevista en el art. 10.1⁸⁷

embarazo, que se inserta en el ámbito del tratamiento jurídico de la medicina curativa, la causa del daño no entra, dadas las circunstancias fácticas apreciadas en la sentencia recurrida, entre los riesgos sujetos a la exigencia de una información previa, de ahí que se estime correcta la apreciación de la sentencia impugnada en cuanto señala que "quedan fuera del derecho a la información los riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, como en su caso podía venir representado por la preclamsia y el síndrome de Hellp en el marco de las deficiencias de caracterización sintomatológica que se advirieron en el caso que no ocupa, y en función del carácter súbito y brusco de su manifestación en estadio de especial gravedad". Sobre el tema, ampliamente ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Aranzadi, Pamplona, 2003.

⁸⁶ Ley 41/2002. Art. 5.4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este

caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

⁸⁷ Ley 41/2002. Art. 10 Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

- Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

se puede poner en relación con los supuestos para los que el art. 8.2⁸⁸ exige el consentimiento por escrito: en general se refiere a consecuencias relevantes de una intervención, riesgos graves derivados de la misma para el paciente y contraindicaciones también relevantes, que, lógicamente, podrán generarse cuando aquella actuación médica conlleve algún riesgo importante para el paciente.

En estos casos, no podrá obviarse la información previa al consentimiento del paciente, pues dejaría sin efecto dicho consentimiento al haberse prestado sin conocimiento de causa. En consecuencia, debe afrontarse directamente el problema y advertir que no se trata de un supuesto de dispensa de la información previa, sino de dispensa de recabar el consentimiento directamente del paciente, por entender que no está capacitado para tomar la decisión. Debe concurrir una necesidad, derivada del riesgo inminente y grave para la integridad del paciente, y al mismo tiempo que la situación en que se encuentra en ese momento el paciente le impida asumirla y tomar la decisión. Como considera el magistrado SANCHO GARGALLO⁸⁹ se trataría de un supuesto complejo, en el que resultaría de aplicación de una parte el supuesto de hecho descrito en el art. 9.2.b) –un riesgo inminente y grave para la integridad del paciente— y de otra la incapacidad natural en ese momento del paciente para prestar por sí mismo el consentimiento informado –por no estar en condiciones asumir su situación—, que motiva recabar la prestación del consentimiento por representación (art. 9.3.a)).

La cuestión, por tanto, se ha complicado aún más desde la inclusión en la Ley General de Sanidad de 1986, del "consentimiento informado" como derecho básico de los enfermos, y posteriormente en la Ley de Autonomía del Paciente de 2002.

- Las contraindicaciones.

⁸⁸ Ley 41/2002. Art. 8 Consentimiento informado.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, 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.

⁸⁹ SANCHO GARGALLO, I. Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado. WP. n°209. Barcelona 2004

7. El consentimiento informado

Si consultamos el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua⁹⁰, aparece no sólo la definición del consentimiento encuadrado en el ámbito del Derecho, sino más concretamente en los términos del Derecho sanitario:

Consentimiento.

1. m. Acción y efecto de consentir.

2. m. Der. Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente.

3. m. Der. En los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes.

~ informado.

m. Der. El que ha de prestar el enfermo o, de resultarle imposible, sus allegados, antes de iniciarse un tratamiento médico o quirúrgico, tras la información que debe transmitirle el médico de las razones y riesgos de dicho tratamiento.

Lo que pueda entenderse, desde el punto de vista jurídico conceptual, por consentimiento informado en el ámbito sanitario, aparece recogido en 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, y más concretamente en su art. 3:

“Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

⁹⁰ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española (RAE), 22ª edición.

No puede olvidarse de dónde trae causa esta definición legal, que no es otra que el recogido en el art. 2.1. de la citada Ley: La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica. El sustrato conceptual, por tanto, tiene su eje en la dignidad de la persona y el respeto a la autonomía de su voluntad, dando al traste con el clásico principio bioético de beneficencia que tradicionalmente regía en las relaciones médico-paciente, incorporando dos criterios claves en palabras de GISBERT⁹¹:

1. Criterio volitivo: que goce de la libertad de su voluntad, de su libre albedrío; es decir, de la facultad de poder escoger entre los diversos motivos de conducta que se presenten ante su espíritu y de determinar libremente la potencia de su voluntad.

2. Criterio cognitivo: que en el momento de la ejecución del hecho posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos.

El legislador reiterando el respeto al consentimiento informado del paciente, lo proclama como presupuesto básico de la actuación sanitaria, y al mismo tiempo, establece el principio de autonomía de la voluntad que, como con acierto señala MARTÍNEZ GALLEGO⁹², se traduce a su vez en dos derechos:

- Todo paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información completa y adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.
- Todo paciente tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados por la ley⁹³, debiendo constar dicha negativa por escrito.

En el campo de las relaciones médico-paciente la exigencia del consentimiento se deriva de la consideración del individuo como un agente moral autónomo capaz de decidir sobre su futuro en los distintos ámbitos de la vida, incluso en el campo de la

⁹¹ GISBERT, J. A. Medicina Legal y Toxicología. Fundación García Muñoz, 3ª ed. Valencia 1984.

⁹² MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., Contenido y requisitos del consentimiento informado. Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales, Comares, 2012.

⁹³ Ejemplo: enfermedades infectocontagiosas que puedan poner en peligro la salud colectiva si no son tratadas.

actividad curativa que la medicina ejerce sobre él. Como manifiesta PELAYO GONZÁLEZ-TORRE⁹⁴, la autonomía pueden también ejercitarse en todas las decisiones relativas a la propia salud, como si se quiere recibir un tratamiento o no, asumir un riesgo médico, perder un miembro, permanecer enfermo, ser dado de alta, morir, etc.

Esto constituye un importantísimo reconocimiento jurídico del derecho de los pacientes a decidir sobre su propio cuerpo, salvo en situaciones excepcionales en que ello es imposible, y por tanto parece que dicha ley antepone el valor de la libertad al de salvaguarda de la vida. Por tanto, los pacientes tienen el derecho de tomar un amplio número de decisiones, pero para ello, para tener toda la información necesaria, deben estar en estrecho contacto con los profesionales sanitarios.

En materia judicial, y respecto a los asuntos que llegan a casación, la mayor parte suscitan como cuestión (principal o en unión de otras) el tema del consentimiento informado y no el de la mala praxis médica, como ha recogido el magistrado MALDONADO RAMOS⁹⁵

8. Los comités de ética

La necesidad de maduración conjunta de la toma de decisiones ha dado lugar al nacimiento de los llamados Comités de Ética Hospitalaria, para intentar resolver muchos casos que de otro modo acabarían en el juzgado. Como apunta MARTÍN MATEO⁹⁶ "Los profesionales de la medicina no solo sustituyen al juez en casos concretos, sino que, como él, crean derecho por vía parajurisprudencial, lo que solo el legislador puede corregir".

Tanto en el ámbito asistencial como en el investigador se observa la necesidad de establecer pautas éticas que permitan determinar las condiciones en las que el avance

⁹⁴ PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., La intervención jurídica de la actividad médica: el consentimiento informado, Dykinson, 1997.

⁹⁵ MALDONADO RAMOS, J., Intervención acerca de "La responsabilidad médica en el ámbito civil: últimos pronunciamientos", en las Jornadas sobre Derecho y Medicina, Las Palmas, 8 y 9 de marzo de 2012.

⁹⁶ MARTÍN MATEO, R., Bioética y Derecho, Ariel, 1987.

del conocimiento -a través de la investigación y la práctica clínica- debe tener lugar sin menoscabo de los derechos de las personas implicadas, sean éstas participantes en investigaciones, pacientes o usuarios que requieren atención médica. Sostiene DE LECUONA RAMÍREZ⁹⁷, que estas pautas éticas tomarán en especial consideración cuáles deben ser los límites de la actividad investigadora y médica y qué garantías y procedimientos es necesario implementar. Deberán, además, responder a planteamientos que se producen en un momento en el que el paternalismo, que había caracterizado a la medicina durante siglos, es cuestionado, abriendo paso así al reconocimiento de la autonomía de la persona para la toma de decisiones en sanidad. Precisamente es en este contexto en el que surgen los comités de ética, concebidos como foros donde la participación de distintas disciplinas propicia la reflexión en común para tratar de dar respuesta a nuevos problemas y dilemas como consecuencia del progreso científico-tecnológico y de las aplicaciones derivadas.

9. Las instrucciones previas

La autonomía del paciente reconocida específicamente por la Ley básica estatal 41/2002, así como por diferente normativa autonómica e internacional, tiene sus pilares en el consentimiento informado -derecho a decidir inmediatamente antes de cada actuación médica específica- y en las instrucciones previas -derecho a establecer una pauta de actuación para el caso de pérdida futura de la capacidad de decisión por parte del paciente-.

Tanto a uno como a otras puede aplicarse la definición del TS como "*un derecho humano fundamental (...). 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*", entendiendo que es "*consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia*". Sin

⁹⁷ LECUONA RAMÍREZ, I. de, Los comités de ética como mecanismos de protección en investigación biomédica: Análisis del régimen jurídico español, Civitas Thomson Reuters, 2011 (pág. 25).

embargo, sostiene SANCHO GARGALLO⁹⁸, que esta declaración, aunque con la loable intención de remarcar la importancia de este derecho, contiene algunas imprecisiones que podrían dar lugar a consecuencias interpretativas erróneas, al calificarlo como "derecho humano fundamental", ya que el derecho realmente consiste en la autonomía de la persona para decidir por sí mismo acerca del sometimiento o no a un tratamiento o asistencia médica.

10. La historia clínica

Crítica CORBELLA DUCH⁹⁹ que La Ley General de Sanidad de 1986, a pesar de su carácter de norma básica, que pretende regular sistemáticamente la asistencia sanitaria, no define ni regula la documentación clínica ni la historia clínica, limitándose a disponer en los derogados art. 10.11 que debe quedar constancia escrita de todo el proceso asistencial, y en el art. 6.1, el principio de historia clínica única en cada institución asistencial, abriendo así un peligroso vacío legislativo que, de forma diferente fueron llenando algunas CC.AA. hasta la promulgación de la vigente Ley 41/2002.

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, en su art. 3, define la historia clínica (HC):

"Conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial".

Análogamente, el RD 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos del Sistema Nacional de Salud, cuyo objeto es el establecimiento del conjunto mínimo de datos que, entre otros, deberá contener la historia clínica resumida cualquiera que sea el soporte, electrónico o papel,

⁹⁸ SANCHO GARGALLO, I., Las instrucciones previas. El Juez Civil ante la Investigación Biomédica, CGPJ, 2005 (págs. 209 y ss.)

⁹⁹ CORBELLA DUCH, J., Manual de Derecho sanitario, Atelier, 2006.

en que los mismos se generen por cualquiera de los centros o dispositivos asistenciales que integran el Sistema Nacional de Salud, define la historia clínica resumida como aquel "documento electrónico, alimentado y generado de forma automática y actualizado en cada momento, a partir de los datos que los profesionales vayan incluyendo en la historia clínica completa del paciente".

La finalidad principal de la HC se recoge en el art. 15.2 de la Ley 41/2002, y no es otra que "facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud".

Además del objetivo principal antes mencionado, la HC presenta otras finalidades¹⁰⁰:

1. Constituye un medio que permite la recogida de todos los datos de salud y enfermedad de los pacientes y usuarios que solicitan una consulta médica o que reciben una asistencia sanitaria por parte de un médico.
2. Constituye una fuente de información para los distintos médicos que realicen el proceso asistencial sobre un mismo paciente.
3. Permite su consulta con el fin de elaborar informes o certificados.
4. Es un medio de auxilio para la administración de justicia como medio de prueba.
5. Es un medio de planificación sanitaria y científica para ayudar a organizar la gestión al establecer políticas de prevención, estudio, etc.
6. Es una herramienta importante para la investigación y docencia, pero siempre respetando la intimidad y honor del paciente.

En un centro sanitario son muchas las personas que acceden a la HC con el propósito de desempeñar las funciones que tienen asignadas. Así, no es el médico el único que participa en la HC, ya que lo hace igualmente el personal de enfermería, que elabora las hojas de enfermería, o las matronas encargadas del seguimiento de la gestación, además de las personas que se ocupan de la administración y gestión del centro y cualquier otra que precise acceder a la HC respaldada por el ejercicio legítimo

¹⁰⁰ MEDIURIS, Derecho para el personal sanitario, Marcial Pons, 2011.

de sus funciones. No es en balde que la propia Ley 41/2002 establezca que "la cumplimentación de la historia clínica [...] será responsabilidad de los profesionales que intervengan en ella"¹⁰¹.

A tenor de la definición dada, en cuanto que estos intervinientes estén bajo la órbita de dominio del responsable del tratamiento, serán usuarios de los datos personales contenidos en la HC. Al usuario hace referencia el art. 10 LOPD cuando sostiene que "quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos". A colación del deber de secreto en el tratamiento, la Ley 41/2002, específica en el ámbito sanitario, establece la obligatoriedad de guardar reserva¹⁰² que recae sobre la persona que elabore o tenga acceso a la información y a la documentación clínica, y asimismo dispone que toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos pertenecientes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin la previa autorización amparada por la Ley¹⁰³, además de incidir en el secreto profesional al que está sujeto el personal que accede a la HC en el ejercicio de sus funciones¹⁰⁴.

Sostiene acertadamente GIL MEMBRADO¹⁰⁵, en consonancia con lo defendido por parte de la doctrina, que el secreto profesional no solo es un derecho del paciente sino también del profesional, puesto que tutela un interés jurídico propio tal como atestigua el art. 24.2¹⁰⁶ de la CE, además de un interés público relevante, pues la falta de secreto médico ocasionaría un deterioro de la relación de confianza médico-paciente, y una desnaturalización de la propia HC, pues el médico omitiría en ella determinados datos y circunstancias necesarios para un correcto proceder profesional.

El secreto profesional actuará frente a todos salvo el paciente, quien goza de la facultad de disposición sobre su propia información dando su consentimiento para la divulgación de la misma, sin que de ningún modo el sanitario pueda oponer su derecho

¹⁰¹ Art. 15.3 Ley 41/2002

¹⁰² Art. 2.7 Ley 41/2002.

¹⁰³ Art. 7.1 Ley 41/2002.

¹⁰⁴ Art. 16.6 Ley 41/2002.

¹⁰⁵ GIL MEMBRADO, C., *La historia clínica. Deberes del responsable del tratamiento y derechos del paciente*, Comares, 2010 (pág. 103).

¹⁰⁶ "... La ley regulará los casos en que, por razón de [...] secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

al secreto profesional, quedando a salvo intereses de terceros de más digna protección. De no ser así, el secreto profesional degeneraría en un abominable privilegio de clase.

Sobre los límites del secreto del médico respecto de los tratamientos de datos personales de sus pacientes recogidos en la HC se pronunció el TSJ de Madrid, en Sentencia de 17 de julio de 2000, delimitando la responsabilidad del médico ante la potestad sancionadora de la Agencia de Protección de Datos (APD) -actualmente Agencia Española de Protección de Datos (AGPD)-, y considerando que el contenido del ordenador personal de un profesional de la medicina, en el que se incluyen las historias clínicas de sus pacientes, queda fuera del ámbito de aplicación de la LORTAD (actualmente derogada por la LOPD).

Sostiene GIL MEMBRADO su desacuerdo con la Sentencia del TSJ de Madrid, a la vista de las disposiciones de la vigente LOPD, y entonces de la LORTAD, pues el sentido de los "fines exclusivamente personales" que recogía la LORTAD, y "fines exclusivamente personales o domésticos" según la redacción de la vigente LOPD, nada tienen que ver con una actividad profesional, y como no podía ser de otra manera, muy pocos datos personales escapan al ámbito de aplicación de la LOPD.

11. Responsabilidad social y transparencia

También aquí cabe, y este autor lo considera necesario -por su actualidad y consecuencias futuras- mencionar el debate social para que la Administración Pública española “abra sus datos públicos” en general y en todas las AA.PP. y CC.AA. lo cual incumbe -especialmente- por lo expuesto en esta Tesis.

Es controvertido el hecho de que no se hagan públicas las tasas de mortalidad por infecciones en hospitales (“infecciones nosocomiales”) o que no se sabe cuántos pacientes fallecen mientras aguardan a ser operados.

¿Tiene el ciudadano-contribuyente en un régimen de libertades constitucionales derecho a saber previamente la “seguridad o riesgo que se va encontrar como ciudadano-paciente?”

¿En qué medida ello afectaría a hacer más “transparente” la gestión pública y la medicina?

Con respecto a ello, LIZCANO ÁLVAREZ (en un artículo de Álvaro de Cózar, *Nos lo ocultan ¿por qué?*, en “El País”, 18-mar-2012, Suplemento dominical, pág. 2) señala que “la falta de voluntad política de nuestros gobernantes y la secular inercia negativa y resistencia al cambio en cuanto a transparencia y apertura informativa en las instituciones públicas en España ha hecho imposible que contemos con una ley como la que existe en otros países”.

En relación a la responsabilidad sanitaria y lo expuesto *ut supra* sobre el nuevo escenario que apunta la nueva “transparencia” para la próxima década se puede concluir de los recientes extractos en prensa escrita:

«Quizás un ciudadano desee saber el número de personas que han fallecido en el quirófano del hospital más cercano a su casa, o cuántas operaciones de cadera han salido bien en ese centro» (“El País”, 18-mar-2012, Suplemento dominical, pág. 2).

«Sin noticias de muertes infecciones, y listas de espera». “Muy poco de cuanto sucede dentro del sistema sanitario llega al conocimiento del ciudadano”. (“El País”, 18-mar-2012, Suplemento dominical, pág. 4).

- *«En los Atlas de Variabilidad (clínico-quirúrgicos) se llegan a conclusiones que pueden producir alarma: hay áreas sanitarias donde los datos indican que en lo que en lo que apendicectomía (operación de apéndice) se refiere se opera por igual a hombres y mujeres, y zonas de España donde el número en hombres dobla al de mujeres. Caso muy llamativo es el relacionado con la práctica de amputaciones entre los diabéticos: hay tasas tan elevadas en algunos casos, que el informe advierte de que podrían denotar un manejo anómalo, y señala que las áreas con este problema deberían reevaluar sus sistemáticas de atención de la diabetes. ¿Se ha producido tal reevaluación?».*

- *«Los estudios realizados destacan que en el sistema sanitario español se incentivan unas intervenciones quirúrgicas sobre otras. ¿Cuáles?»*

- « ¿Por qué hay áreas de salud donde se opera cinco veces más de amígdalas a los niños que en otras?»

- «Se ha llegado a la conclusión de que en algunas zonas de España se practica un exceso de prostatectomías por cáncer de próstata, una práctica muy discutida».

En esa “misma línea editorial”, GALLEGO DÍAZ (en un artículo de Soledad Gallego-Díaz, *La opacidad corrompe*, en “El País”, 18-mar-2012, Suplemento dominical, pág. 2) respecto a la posible puesta en marcha de la “Ley de Transparencia y Buen Gobierno” relata que “no es casualidad que los países en los que la ley obliga a las administraciones a trabajar con mayores niveles de transparencia sean precisamente los países con menores índices de corrupción y con mayor satisfacción ciudadana.

La leyes de Transparencia, que obligan a los Gobiernos, nacional, autonómico y local, a facilitar el libre acceso a toda la documentación que obra en su poder (salvo los datos relativos a la intimidad de las personas o a la seguridad nacional), han sido, además grandes impulsoras de administraciones eficaces y sociedades comprometidas”.

GARRIGUES WALKER (en un artículo de Antonio Garrigues Walker, *La Ley de Transparencia, solo el primer paso*, en -“El País” 5-abr-12, pág.23-) hablando de la posible legislación de transparencia, dice que “la lectura detallada de la futura Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno genera razonables esperanzas de que en España se avance hacia un Gobierno más abierto y responsable”.

Sin duda, este autor considera que la Sanidad y sus profesionales serán de los más afectados por la Ley de Transparencia. Dicha, nueva *ratio legis* marcará un “antes y un después” influyendo notablemente en la “Responsabilidad Sanitaria”.

En todo caso, el autor de esta Tesis manifiesta su favorable posicionamiento hacia la *accountability*, y lo que se han llamado las *Freedom Information Act*, que son el fundamento de *Open Government* (“Gobierno Abierto”) como factor de consolidación en España de sociedad más plural y democrática -pero no carente- de falta de “transparencia”.

VIII. CASOS PRÁCTICOS

- 1) EL «CASO LEGANÉS»

En el capítulo “CASOS PRÁCTICOS”, se dedicará especial atención al estudio del “Caso Leganés”, como muestra práctica de la hipótesis doctoral de esta obra, y por su repercusión y aportación académica de las sentencias y jurisprudencia del mismo.

No se entendería el mismo sin una “hoja de ruta” que ensamble los acontecimientos que se desencadenan -aunque provienen de años anteriores-. Posteriormente se dedica estudio -en detalle- a la jurisprudencia y, especialmente, a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, STS de 23 de febrero de 2011.

Cronología del “*caso Leganés*”

Acudamos así pues, en primer lugar, para establecer los hitos principales a la fuente bibliográfica, de la publicación de “El País” de 22 de junio de 2007, para contextualizar temporalmente los principales hechos.

Pues bien, repasemos las circunstancias y hechos:

Una denuncia anónima acusó en 2005 a 15 médicos del hospital Severo Ochoa de Leganés (Madrid), de haber cometido "400 homicidios" en el servicio de urgencias. El consejero de Sanidad, Manuel Lamela, dio pábulo a la denuncia, destituyó a cinco jefes y tres supervisores y el caso llegó a los tribunales. Tres años después, la Audiencia Provincial de Madrid no solo archiva el caso, sino que la sentencia falla que no hubo mala praxis médica

- 2 de marzo de 2005: Una denuncia anónima acusa a 15 médicos del hospital Severo Ochoa de Leganés (Madrid), de haber cometido "400 homicidios" en el servicio de urgencias.

- 10 de marzo de 2005: El fiscal jefe de Madrid, Manuel Moix, abre una investigación tras recibir de la Consejería de Sanidad dos denuncias anónimas por

presunta "mala praxis" en la administración de fármacos en el servicio de urgencias del hospital Severo Ochoa de Leganés. El responsable del servicio, Luis Montes, es relevado temporalmente. La investigación intenta determinar si los pacientes recibieron "dosis excesivas de fármacos" que les pudieran haber causado la muerte.

- 22 de marzo de 2005: El consejero de Sanidad de Madrid, Manuel Lamela, afirma que 25 fallecidos en Leganés recibieron "sedación irregular". Sostiene que los enfermos terminales que murieron en las urgencias del hospital entre 2004 y 2005 lo hicieron tras recibir "sedación irregular, no indicada, indebida o en exceso" por parte de los médicos.

- 1 de abril 2005: La Fiscalía de Madrid no ve "infracción penal" imputable a nadie en los dos informes que le ha remitido la Consejería de Sanidad de Madrid sobre una supuesta mala praxis cometida en las urgencias del Severo Ochoa por sedaciones inadecuadas a pacientes terminales.

- 13 de abril de 2005: La Fiscalía de Madrid descarta 12 del total de 25 casos, en los que el consejero de Sanidad de Madrid observó "una sedación irregular, no indicada, indebida o en exceso". El descarte de estos 12 casos no significa que los fiscales hayan detectado irregularidad en los 13 restantes.

- 27 de junio de 2005: La Fiscalía de Madrid ha cribado los 73 casos de sedaciones que el consejero de Sanidad de Madrid tildó de sospechosos y denunció en los juzgados de Leganés. La fiscalía descarta en principio que haya delito en 57 casos. Sólo quedan por investigar 16 sedaciones en pacientes en fase terminal, aunque no significa que haya visto irregularidades en estos casos.

- 7 de septiembre de 2006: Un juzgado de Madrid desestima el recurso que el ex responsable de urgencias del hospital Severo Ochoa, Luis Montes, presentó en contra de su cese. La sentencia confirma la decisión del consejero de Sanidad por tratarse de la destitución de un cargo de libre designación.

- 17 de septiembre de 2006: Los médicos declaran ante el juez a los 18 meses del inicio de la crisis. Ocho médicos comparecen ante los juzgados de Leganés para defender las sedaciones que aplicaron a 15 enfermos terminales. El doctor Miguel

Ángel López Vara, el que fuera número 2 de las urgencias cuando este servicio lo dirigía el doctor Luis Montes, rechaza las imputaciones contra él por "mala praxis" médica en la sedación a dos ancianas de 81 y 91 años.

- 15 de octubre de 2006: El juez que instruye el caso de las sedaciones, Rafael Rosel, cita para el día 13 de noviembre, como imputados, a otros tres médicos que trabajaron en las urgencias de este centro: José Luis Menéndez, Susana Cortijo y María del Mar Mendivil.

- 28 de enero de 2007: La Audiencia Provincial de Madrid ratifica en un auto el sobreseimiento y archivo del caso de las presuntas sedaciones irregulares en el hospital Severo Ochoa de Leganés y ordena además que se suprima toda referencia a la posible mala práctica de los médicos denunciados.

- 22 de junio de 2007: El Juzgado de Instrucción número 7 de Leganés* sobresee el caso contra los ocho médicos del hospital por la supuesta sedación irregular a 15 pacientes terminales, que murieron poco después de recibir el tratamiento. "Se ha practicado mal la Medicina, pero no consta que las muertes sean consecuencias de ello", dice el juez, que no ha encontrado elementos suficientes para determinar si los fallecimientos se debieron "a la sedación indebida o a su enfermedad inicial".

- 3 de julio de 2007: El doctor Luis Montes anuncia que recurrirá la sentencia no "contra la fundamentación jurídica" del auto de archivo, "no contra su parte dispositiva". Montes no recurre el archivo, pues éste le dio la razón, sino la explicación del juez, que sostenía que "varios pacientes han muerto tras mala práctica médica a la hora de sedarles", aunque admite que no hay pruebas de que se deba "excesivamente a los fármacos prescritos".

- 18 de octubre de 2007: La fiscalía carga en un duro escrito contra la actuación de la Comunidad de Madrid y la comisión de expertos que designó a dedo por su actuación parcial en el caso Leganés, la denuncia archivada por el supuesto abuso de sedaciones en el hospital Severo Ochoa de Leganés. El fiscal apoya así el recurso de Luis Montes para que el juez del caso retire del auto de archivo la expresión que señala que cometió mala práctica. Pese a tener el caso archivado, Montes pretende así limpiar su nombre.

Descripción de los hechos en el Juzgado de Instrucción

“El juez archiva el caso de las sedaciones de Leganés”. (“El País” 22-jun-07)

- *"Se ha practicado mal la Medicina, pero no consta que las muertes sean consecuencias de ello: los pacientes pudieron morir o por la sedación indebida o por su enfermedad inicial"*, dice el auto que sobresee la causa

Los hechos juzgados se remontan a 2003, pero salieron a la luz pública dos años después. En marzo de 2005, la Consejería de Sanidad del Gobierno regional de Madrid destituía a la cúpula del hospital Severo Ochoa de Leganés, a raíz de una denuncia anónima sobre "una práctica de eutanasia masiva" con hasta 400 supuestos casos de homicidio. El consejero, Manuel Lamela, dio credibilidad a la denuncia. En el centro del huracán se situó al coordinador del servicio de Urgencias, Luis Montes.

Montes ha afirmado sentirse "muy bien, relajado y tranquilo" tras conocer el sobreseimiento del caso. Montes ha dicho que "es un poco prematuro todavía y hay que estudiar el auto" de sobreseimiento del caso, si bien ha reconocido que "lo que le pide el cuerpo es acudir a los tribunales" por la "terrible campaña" que, a su entender, se ha organizado contra su persona y el centro hospitalario.

Sin embargo, los servicios de inspección de Sanidad de la comunidad sólo detectaron fallos administrativos, sin poder establecer que hubiera malas prácticas médicas en el tratamiento de los enfermos. Poco después, Lamela presentaba un informe sobre la investigación que cifraba en 73 las sedaciones irregulares llevadas a cabo en el hospital entre septiembre de 2003 y marzo de 2005. El consejero veía indicios de responsabilidad penal en los médicos. La Fiscalía de Madrid examinó estos casos, y concluyó que sólo 16 merecían ser investigados por ver si se había incurrido en algún delito.

La familia de uno de los pacientes, un carpintero jubilado de 78 años, presentó una querrela por supuesto homicidio imprudente que ingresó en situación agónica terminal en 2003 y falleció horas después, habiéndosele aplicado una sedación. La familia aseguraba que había ingresado "casi andando y salió muerto"; Sanidad lo consideró uno de los casos más claros de sedación contraindicada. El Juzgado de Instrucción número 7 de Leganés archivó el caso por "falta absoluta de indicios". La

Audiencia Provincial de Madrid confirmó el fallo, apoyándose en un informe del Colegio de Médicos de Madrid, que estableció que no había quedado probada la relación entre las sedaciones estudiadas y la muerte de los pacientes.

Sin embargo, el mismo juzgado de Leganés ordenó el pasado mes de junio al hospital que le entregara los datos de los médicos que aplicaron las sedaciones a los otros 15 pacientes terminales para citarlos como imputados. Dos meses después, los doctores comparecían ante el juez para declarar. Montes afirmó que ahora los pacientes terminales que son tratados en Leganés "sufren más", debido al cambio "muchísimo y para mal" de las prácticas de sedación tras su destitución.

El juzgado considera ahora que, tras escuchar las declaraciones de los médicos y examinar las pruebas presentadas por las partes, las pesquisas "parecen agotadas y no deben ir más allá", pues no sería posible en ningún caso encontrar "elementos para responsabilizar criminalmente a los imputados por las muertes de sus pacientes tras las sedaciones".

Conclusiones del Juez de Instrucción (Juzgado de Instrucc. nº 7 de Leganés)

El juez, del Juzgado de Instrucción número 7 de Leganés, consideró en este "caso Leganés", que "varios pacientes han muerto tras mala práctica médica a la hora de sedarles" si bien no hay pruebas de que el fallecimiento se debiera "exclusivamente a los fármacos prescritos por los doctores".

En estos casos "se ha practicado mal la Medicina, pero no consta que las muertes sean consecuencias de ello, pues hay una duda que no puede despejarse: los pacientes pudieron morir o por la sedación indebida o por su enfermedad inicial y esto, para exigir responsabilidad penal, ha de quedar claro".

Quiso dejar claro el auto que, "por más confusión que se haya querido generar por parte de algunos", lo que se ha juzgado aquí no es el hecho de si se debe sedar o no a un paciente terminal, ni la forma de proceder de los médicos de Leganés. "Aquí lo que se ha puesto en duda es si, ante determinada enfermedad de un paciente, debió o no ser sedado para morir sin dolor o bien hubo de ser tratado activamente para su curación, y si su muerte fue como consecuencia exclusiva de lo primero".

Pues bien, el juez consideró que, en cuatro casos, se pudo tratar a los pacientes pero los médicos decidieron sedarle para que muriera sin dolor. No quedó claro que su mal fuera terminal: "Fueron pacientes que, si tenían alguna posibilidad de superar el evento que generó su ingreso, fue suprimida por la sedación, que eliminó la posible expectativa de supervivencia. Todo ello constituye, al criterio de los peritos judiciales, una mala práctica médica". "Además de estas cuatro, en otros 30 [casos] también pueden hablarse de mala praxis", añade el auto. Sin embargo, "no es posible afirmar o negar, con certeza absoluta, si la causa directa de la muerte fue la medicación administrada", y "a falta de elementos suficientes para proseguirse, las actuaciones procedimentales deben ser concluidas al no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que ha dado motivo a la formación de la causa".

Finalmente, se produce la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo - Sección 4ª, STS 23 de febrero de 2011 (Recurso Casación Núm: 3787/2009 –Presidente: D. Ricardo Enríquez Sancho, y Ponente: Dña. Celsa Picó Lorenzo), la cual rechaza la exigencia de responsabilidad patrimonial al ex Consejero de Sanidad de Madrid, Manuel Lamela, en el caso de supuestas sedaciones múltiples del Hospital "Severo Ochoa de Leganés-Madrid ("Caso Leganés"). La sentencia, que procedía del TSJ de Madrid (Contencioso Administrativo, Sala 8) que había dictado resolución de fecha 27 de mayo de 2009, y contra la que había recurrido -vía recurso de casación- el Dr. Luis Montes (José Luis Montes Mieza).

El TS-Contencioso Administrativo (Sección 4ª) falló concluyendo que no había lugar al recurso de casación.

Pasemos, a continuación, a estudiar y analizar en profundidad la sentencia, de la que reproduzco las partes más interesantes para la tesis.

- Así el Tribunal en la sentencia en los Antecedentes de Hecho refleja en sus puntos Primero y Segundo (*pág. 3 y ss.):

PRIMERO.- "En el recurso contencioso administrativo 931/06 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Octava, se dictó sentencia con fecha 27 de mayo de 2009 , que acuerda: "Que

INADMITIMOS -en aplicación del art. 69.b) LJCA (falta de legitimación activa) el recurso contencioso-administrativo nº 931/06 , interpuesto -en escrito presentado el 13 de octubre de 2006- por el Procurador D. Emilio Martínez Benito, en representación de la "ASOCIACION PARA LA DEFENSA DEL HOSPITAL SEVERO OCHOA DE LEGANES", contra la Resolución del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid de 29 de agosto de 2006 (notificada el 1 de septiembre y a la Asociación el día 11), por la que formalmente se inadmite la reclamación de responsabilidad patrimonial -presentada el 9 de marzo del mismo año- por los daños y perjuicios causados por la actuación de las autoridades y personal al servicio de la citada Consejería que "ha producido no solo una sensación de enorme miedo, desconfianza y alarma social en los ciudadanos, sino también un daño en la dignidad, honor y buen nombre del Doctor D. Luis Alberto , de los médicos y demás personal sanitario...".

Que ESTIMAMOS el precitado recurso interpuesto por el expresado Procurador, en nombre y representación de D. Luis Alberto y 39 más (identificados en el encabezamiento), contra la citada Orden, declarando su nulidad de pleno derecho.

Que DESESTIMAMOS la reclamación de responsabilidad patrimonial - presentada el 9 de marzo del mismo año- por los daños y perjuicios causados por la actuación de las autoridades y personal al servicio de la citada Consejería que "ha producido no solo una sensación de enorme miedo, desconfianza y alarma social en los ciudadanos, sino también un daño en la dignidad, honor y buen nombre del Doctor D. Luis Alberto, de los médicos y demás personal sanitario...". Sin costas.

- El Tribunal, en la sentencia en los Fundamentos de Derecho (FJ), refleja en su punto Primero (*pág. 6 y ss.):

"(.../...) Dedicar el SEGUNDO a consignar los datos fácticos constatados con relevancia para resolver el recurso.

"1) La Dirección Gerencia de Atención Especializada del Area IX (a la que pertenece el Hospital Severo Ochoa) solicitó -el 16 de junio de 2003- de la Dirección General del IMSALUD una Auditoría inspectora sobre la base del informe emitido -11 de junio del mismo año- por la Comisión de Mortalidad, con ocasión de una revisión de

Historias Clínicas, en la que se detectaron "algunos casos de muerte en posible relación con tratamiento farmacológico, todos con el propósito de sedación Terminal....." , y del que, dicha Dirección infiere indicios racionales de irregularidades por posible mala praxis en el Servicio de Urgencias. El Informe de la Comisión de Mortalidad se fundamenta en el análisis de 42 historias clínicas en relación con las pautas de sedación administradas en el Servicio de Urgencias, de las que se obtienen los siguientes datos: "Tratamientos prescritos con intención de sedación: 29 (69%). La Comisión considera. Indicada la sedación en 7 pacientes (24%). Dudosa en 7 pacientes (24%). No adecuada en 15 pacientes (51,7%). De los 7 pacientes en los que se consideró adecuada, la dosis pautada se considera excesiva en 4 pacientes (57,5%) y apropiada en 3 (42,5%).....El tiempo transcurrido en urgencias hasta el fallecimiento de estos pacientes fue de 3 a 76 horas con una media de 31,24 minutos; 16 pacientes (55%) permanecieron más de 24 horas en Urgencias. La edad media de los pacientes fue de 75,68 años con un intervalo de 37 a 94; 15 (51,72 %) presentaba patología no oncológica con una edad media de 69,28 años (50 a 90); Los 14 (48,3%) pacientes oncológicos tenía una edad media de 69,28 años (50 a 90). El síntoma que mayor frecuencia justificó el tratamiento fue la disnea, el dolor o el deterioro del estado general. Tenían cursado ingreso hospitalario 5 pacientes (17,2%)" (folios 1 y ss de la prueba documental a) aportada por la CAM)".

2) Al folio 8 de la misma prueba documental, en el Informe Comparativo del Servicio de Urgencias Generales del Hospital, por lo que aquí puede interesar, constan los siguientes datos: "Exitus en Urgencias: 2001 Primer Semestre: 82 pacientes; 2002 Primer Semestre: 121 pacientes En el folio 436 de los autos, a requerimiento de la

Sala, el Director Gerente del Hospital certificó (9 de abril de 2008) los siguientes datos: "PACIENTES FALLECIDOS CADA 1.000 URGENCIAS ATENDIDAS": 2002: 2,53%; 2003: 2,72%; 2004: 2,57%; Desde el 1 de enero a 28 de febrero de 2005: 3,34 %; Desde 1 de marzo a 31 de diciembre de 2005: 1,48%; 2006: 1,10% y 2007: 1,52%". El Dr. Luis Alberto, el 1 de abril de 2000 fue nombrado, con carácter de provisión temporal, Responsable del Servicio de Urgencias del Hospital "Severo Ochoa". El 22 de febrero de 2002 fue designado provisionalmente Jefe de la Unidad de Urgencias Generales, siendo cesado temporalmente el 11 de marzo de 2005,

y, con carácter definitivo el día 23 del mismo mes y año (folios 47 a 50 del expediente).

3) El 16 de junio del mismo año 2003, la Dirección-Gerencia de Atención Especializada Area IX, remite a la Dirección Médica del Hospital "Severo Ochoa", en relación con la Sedación Terminal, "y sin detrimento de las medidas ya adoptadas hasta la fecha, le comunico que con carácter inmediato se adoptarán las siguientes medidas: 1. Con carácter general cuando se requieran tratamientos farmacológicos con el propósito de sedación Terminal, se llevará a cabo en la Unidad de Paliativos del servicio de Medicina Interna. 2. No obstante, si la situación clínica del paciente u otras circunstancias puntuales, aconsejan realizar la sedación en la Unidad de Urgencias, la indicación y pauta de la sedación requerirá la conformidad expresa de dos facultativos. 3. Reiterar por parte de esa Dirección Médica al personal de su División, el cumplimiento estricto de las normas de dispensación de estupefacientes y psicótopos". Dichas instrucciones fueron remitidas por la Dirección Médica del Hospital al Dr. Luis Alberto, Coordinador de Urgencias (folios 16 y 18 prueba documental a) de la CAM)."

(.../...)

"5) El 11 de marzo de 2005, tiene entrada en la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, escrito del entonces Consejero de Sanidad en el que pone en conocimiento de la Fiscalía, a los efectos que procedan, dos denuncias, una anónima recibida en la Consejería el día 8 de ese mismo mes y año y otra -también anónima- remitida a la Consejería por "AVINESA", Asociación de Víctimas Negligencias Sanitarias (con fecha de entrada el mismo día 8). En ambas denuncias (remitidas, según en ellas se dice, a la Excm. Sra. Ministra de Sanidad y a la Excm. Sra. Presidente de la Comunidad) se contiene la identidad, domicilio y Médico responsable de cinco pacientes que fallecieron "a causa de <la sedación>", y se acompaña en ambas un cuadro idéntico con "información sobre las dosis de sedantes que recibieron los pacientes que estudió la comisión de mortalidad y la inspección médica". En dicho Cuadro figura: Tiempo en Urgencias, Tipo de Paciente, Sedación recibida, Tiempo de Sedación (Prueba documental b) de la CAM). Igualmente y en la misma fecha de 8 de marzo, el Consejero de Sanidad remite al Vice-Consejero el contenido de las denuncias y "En atención al contenido de los mismos, y teniendo en cuenta la presunta gravedad que ellos revestirían, de ser ciertos, ruego a esa Vice-Consejería que, de manera

inmediata acuerde las actuaciones pertinentes para el esclarecimiento de los mismos y, tanto desde su punto de vista histórico, como hasta el día de la fecha, proponiendo, en su caso, las medidas y actuaciones que se juzguen pertinentes en consonancia con el resultado que arroje la investigación de los hechos. Igualmente, le ruego que de las actuaciones iniciadas y del resultado de las mismas, se de cumplida información a los servicios competentes del Ministerio de Sanidad y Consumo". Y en la misma fecha, fue informado de los antecedentes relativos a la investigación iniciada como consecuencia del Informe de la Comisión de Mortalidad del Hospital Severo Ochoa de 16 de junio de 2003, a las que se ha hecho referencia en los apartados anteriores. También el día 8 de marzo, el Consejero de Sanidad, acusó recibo a AVINESA de la denuncia remitida, informándole que se ha ordenado una investigación urgente "que permita determinar, a la mayor brevedad, tanto la veracidad de los mismos como los eventuales antecedentes que puedan obrar al respecto.....".

6) El 11 de marzo de 2005 se difundió a los medios de comunicación el siguiente comunicado (documento h) de la prueba documental aportada por la CAM): "La Consejería de Sanidad y Consumo...recibió el día 8 de marzo dos denuncias anónimas por presunta mala praxis en la administración de fármacos en el Hospital Severo Ochoa de Leganés y las ha remitido a la fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En relación con las citadas denuncias, la Consejería señala que se han llevado a cabo las siguientes actuaciones: 1.- Ese mismo día se ordenó una inspección exhaustiva para el esclarecimiento de los hechos. El día 9 de marzo a las 9 de la mañana los servicios de inspección se personaron en el hospital...para investigar los hechos denunciados. 2.- El día 10 de marzo se informó al Consejo de Administración del Servicio Madrileño de Salud, tanto la existencia de la denuncia como la correspondiente inspección. 3.- Ese mismo día se remite a la fiscalía...copia de las denuncias recibidas....4.- Con fecha de hoy ha sido temporalmente relevado de sus funciones el responsable del servicio de urgencias al que se refiere la citada denuncia. 5.- Además, el consejero....informó hoy a todos los portavoces parlamentarios, a los presidentes de los colegios de médicos y enfermería y a la Defensora del Paciente de la existencia de la citada denuncia y de las medidas adoptadas por su departamento. Por tanto en estos momentos la consejería se mantiene a la espera de que se pronuncien tanto los servicios de inspección como la fiscalía....Asimismo la Consejería garantiza y

reitera a los ciudadanos que se seguirá trabajando para el total esclarecimiento de los hechos y reitera una vez más la enorme calidad del sistema Sanitario Madrileño y el alto grado de profesionalidad de sus trabajadores. Teniendo en cuenta la naturaleza de los presuntos hechos denunciados la Consejería considera necesario un ejercicio de prudencia y responsabilidad para evitar la creación de alarmas a la ciudadanía o mensajes que pudieran afectar a la dignidad de las instituciones y a la buena imagen de los profesionales".

7) El Servicio de Evaluación Sanitaria de la Dirección General de Calidad, Acreditación, Evaluación e Inspección -a requerimiento de la Viceconsejería de Ordenación Sanitaria, Salud Pública y Consumo-, el 17 de marzo de 2005 emitió Informe, sobre la base de 339 Historias Clínicas, de las que se infiere que en un 48,67% se ha indicado la sedación, en un 51,33% no hay constancia en la Historia de indicación de sedación. Solo en el 5,30% de los casos, se ha dejado expresamente constatado en las Historias clínicas la motivación de cada medida adoptada en la forma determinada en las "Recomendaciones para la Sedación del Paciente en Situación Terminal". Hay constancia en 94 de las Historias Clínicas analizadas de la conformidad de los familiares con la sedación y en 70 casos existen "documentos de consentimiento informado para la sedación de pacientes terminales". El primero tiene fecha de 3 de diciembre de 2003 y el último de 7 de marzo de 2005. El 24% de estos documentos (fuera de la historia clínica y custodiados por el Coordinador de Urgencias) están firmados, en primero o en segundo lugar, por un mismo facultativo. Concluyendo que "El análisis del contenido de las Historias Clínicas de los pacientes asistidos en la Unidad de Urgencias y que fallecieron tras administrársele sedación pautada, no permite obtener evidencia suficiente, pertinente, y válida, tanto para poder afirmar como descartar la existencia de mala praxis en los facultativos que los trataron, toda vez que en la cumplimentación de las Historias Clínicas no se siguieron las <Recomendaciones para la Sedación del Paciente en Situación Terminal".....Durante su presencia en el Centro Hospitalario y a la vista de la información recogida, el Equipo Inspector no ha considerado oportuno proponer la adopción de medidas provisionales, adicionales al relevo temporal de sus funciones al denunciado, adecuadas y proporcionales....." (folios 72 y ss. de la prueba documental c) de la CAM).

8) El 22 de marzo de 2005 se emitió un comunicado dirigido a los medios de información (documento h) de la documental aportada por la CAM): "El consejero de Sanidad y consumo...ha explicado el contenido del Informe elaborado por los servicios de inspección.....Respecto del contenido....ha indicado que se ponen de manifiesto importantes irregularidades de diferente índole que exigen la adopción de medidas inmediatas en el ámbito administrativo....ha destacado que esta misma mañana ha dado traslado del mismo al fiscal...y que ha dado cuenta de su contenido al Consejo Superior de Sanidad. Asimismo, en el día de hoy, han sido informados el Consejo de Administración del Servicio Madrileño de Salud, la Mesa Sectorial de Sanidad y la Junta Técnico Asistencia del Hospital, el consejero informará nuevamente a los portavoces parlamentarios y a los presidentes de los órganos colegiales médicos y enfermería. El informe pone de manifiesto importantes irregularidades de diferente índole que exigen la adopción de medidas inmediatas en el ámbito administrativo. En este sentido, el informe refleja alteraciones y desviaciones no debidamente justificadas en el seguimiento del "Protocolo de Recomendaciones para la sedación de pacientes terminales" y de las "Normas de ingreso para la asistencia de pacientes terminales.....destacó que el informe detecta graves fallos de calificación jurídica en relación con la guarda y custodia de las historias clínicas y documentos anexos, responsabilidad en la insuficiente supervisión por parte de la "Comisión de Seguimiento y Evaluación", así como indicios de posible presunta violación en el deber de confidencialidad de los datos clínicos....A la vista del citado informe y siguiendo las recomendaciones del Consejo Superior de Sanidad y los criterios del resto de los órganos competentes.....afirmó que se han ordenado análisis exhaustivos de todas las historias clínicas.....ha destacado que las irregularidades administrativas detectadas <no pueden admitirse y exigen medidas contundentes>. Por ello, otra de las decisiones adoptadas se refiere a cesar en sus funciones al coordinador de urgencias del Hospital.....por haberse quebrado la relación de confianza exigible en un puesto de libre designación. Al existir indicios de responsabilidad en la producción y no evitar importantes irregularidades administrativas que afectan al correcto funcionamiento del hospital....en todo momento ha sido intención de la consejería llevar a acabo la investigación con la prudencia y discreción que la situación requería, no obstante, la difusión de la denuncia a los medios de comunicación por parte de alguna asociación precipitaron los acontecimientos. Todas las decisiones han sido adoptadas buscando el

beneficio de los ciudadanos y de los profesionales....y bajo la premisa del absoluto respeto hacia el sistema sanitario y el reconocimiento a la extraordinaria labor desempeñada por sus profesionales. Asimismo, ...ha indicado que <son otros los que deberán ahora rectificar por haberse apresurado a salir en prensa poniendo en duda la rigurosidad de las actuaciones llevadas a cabo por esta consejería. Lamento profundamente la actitud que ante esta situación han adoptado los partidos políticos de la oposición, que como suele ser habitual anteponen sus intereses partidistas a los intereses de los ciudadanos....ha resaltado una vez más la enorme calidad del Hospital...y ha reiterado el alto grado de profesionalidad de los trabajadores que desempeñan sus funciones en el mismo....ha enviado a los usuarios del sistema sanitario madrileño un mensaje de tranquilidad.....recordó que el pasado 8 de marzo se recibió...una denuncia anónima por mala praxis en la aplicación de la sedación a enfermos terminales en el Servicio de Urgencias del Hospital.....En la denuncia se incluyen nombres de pacientes, números de historia clínica y dosis del tratamiento recibido, y habla de hasta 400 presuntos fallecimientos por <sedación inadecuada>.....es importante destacar que ésta no es una denuncia anónima más....porque si estuviese firmada los denunciantes podrían ser automáticamente denunciados por revelar información confidencial...y porque los datos que en ella se recogen indican que se trata de personas que han podido tener acceso a la información de uso exclusivo del hospital.....el hecho de que una asociación, caracterizada por la falta de rigor, enviara a los medios la denuncia generó una situación de inquietud y alarma social que obligó a esta Consejería a emitir un comunicado explicando la situación y las medidas adoptadas. En dicho comunicado...pedía <un ejercicio de prudencia y responsabilidad para evitar la creación de alarmas a la ciudadanía o mensajes que pudieran afectar a la dignidad de las instituciones y a la buena imagen de los profesionales>....."

9) *En el diario "El País", de 24 de marzo de 2005, se publicó un nuevo comunicado de la Consejería de Sanidad y Consumo de la CAM (folio 51 del expediente): "...a la vista de determinadas informaciones que en estos días han salido a la luz pública, pretendiendo desprestigiar la imagen del Hospital Severo Ochoa de Leganés y de sus profesionales quiere manifestar a la opinión pública lo siguiente: La Consejería de Sanidad rechaza la manipulación que se ha realizado desde*

determinados ámbitos pretendiendo así quebrar la confianza que los ciudadanos tienen en el Hospital...y sus profesionales. El Hospital Severo Ochoa, desde su fundación en el año 1997, se ha caracterizado por ser uno de los grandes hospitales del Sistema Nacional de Salud, apostando siempre por una atención sanitaria de máxima calidad, reconocida en todos los ámbitos científicos y profesionales. Los profesionales sanitarios y no sanitarios del Hospital Severo Ochoa han conseguido.....dotar a la población de su ámbito de influencia de unos extraordinarios servicios sanitarios, demostrando así su alto grado de profesionalidad. Tras las medidas adoptadas, la consejería de Sanidad y Consumo ratifica una vez más su apoyo a los profesionales, reiterando su plena confianza en el correcto funcionamiento de todos los servicios del hospital".

(.../...)

“12) El Comité de Expertos (concretamente integrado por el Jefe de Área de Pediatría de la Fundación Hospital de Alcorcón y Profesor Titular de Fisiología de la Universidad San Pablo CEU, por el Jefe de Servicio de Oncología Médica del Hospital Universitario Doce de Octubre y Profesor Asociado de Oncología de la Universidad Complutense de Madrid, por un Médico Adjunto del Servicio de Psiquiatría del Hospital Universitario Ramón y Cajal y Profesor Asociado de Psiquiatría de la Universidad de Alcalá de Henares, por el Jefe de Servicio de Oncología Médica del Hospital Universitario de La Paz y Director de la Cátedra de Oncología Médica y Medicina Paliativa de la Universidad Autónoma de Madrid, del Jefe de Servicio de Anestesia, Reanimación y Terapéutica del dolor del Hospital Clínico San Carlos y Catedrático de Anestesiología, Reanimación y Terapéutica del Dolor de la Universidad Complutense de Madrid y, como Secretario, el Inspector Médico, responsable del área de evaluación de la Dirección de Calidad, Acreditación, Evaluación e Inspección de la Consejería de Sanidad y Consumo de la CAM) emite Informe en mayo del mismo año en el que consta que de las 169 Historias Clínicas analizadas, 113 pacientes fueron sedados, en 4 faltan datos de indicación de sedación, de los otros 109, en 70 casos, la sedación estaba indicada, en 39 no indicada e inadecuada (de los que en 4 casos estaba contraindicada), de los 70 de sedación indicada, en 35 casos, la sedación se efectuó conforme a la lex artis, en los restantes 34 casos, la sedación indicada era inadecuada.

En total 73 casos fuera de la "lex artis ad hoc". En sus Conclusiones constan: "De las 169 Historias Clínicas analizadas se han identificado 73 casos en que la sedación realizada fue realizada fuera de la "lex artis ad-hoc". 2. Los motivos fundamentales de ello han sido la incorrecta indicación de sedación y el empleo de número excesivo de fármacos con dosis fijas y/o elevadas desde el inicio. Existe una relación causa/efecto entre tales irregularidades y el fallecimiento de los pacientes. 3. En ninguna Historia Clínica existe constancia de haber realizado una sedación monitorizada en función del nivel de conciencia o de otros parámetros clínicos o humorales....5. De las 73 sedaciones consideradas fuera de la "lex artis" la mayor parte de ellas fueron realizadas por un reducido número de facultativos. 6. Se ha detectado importantes irregularidades y discrepancias en cuanto al consentimiento informado, tanto en el contenido de las Historias Clínicas, como en los formularios escritos, lo que supone también "mala praxis". 7. No se siguieron las recomendaciones específicas protocolizadas para la sedación, establecidas por el Hospital en su momento. 8. Independientemente de los hechos expresados en los puntos anteriores, el análisis en profundidad de las Historias Clínicas evidencia el alto nivel asistencial del Hospital" (folios 117 y ss de la documental c).

13) En el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Leganés, se incoaron Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado nº 661/05, como consecuencia de la remisión por el Viceconsejero de Asistencia e Infraestructuras Sanitarias de la CAM -25 de mayo de 2005- del Informe de la Comisión de Evaluación (a la que se hace referencia en el apartado anterior), de cuya lectura se desprende, a juicio de la Viceconsejería la ".....<existencia de práctica médica realizada fuera de la lex artis ad- hoc con presunta relación causa efecto entre tales irregularidades y el fallecimiento de los pacientes> en 73 casos por lo que en base a lo establecido en el art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se presenta el siguiente escrito ante el órgano jurisdiccional competente.....". (prueba documental I, aportada por la CAM).

14) El 26 de mayo de 2005 se informa que la Consejería ha dado traslado al juez del informe elaborado por el Comité de expertos, en el que se analizan 169 historias clínicas y del que resulta que: "Un total de 73 pacientes de Leganés recibió sedación inadecuada, no indicada o contraindicada. El informe concluye que existe una relación

directa entre el fallecimiento y el empleo inadecuado de fármacos.....Los expertos destacan que han sido un número reducido de médicos los que han realizado este tipo de sedaciones. Sanidad y expertos coinciden en resaltar el alto grado de profesionalidad de los trabajadores del Severo Ochoa.....". Se informa, igualmente, que se continuará con el diseño del Plan estratégico del Centro para impulsar y mejorar su actividad asistencial, y, que, desde junio de 2004, se está trabajando en un Plan integral de cuidados paliativos, reiterando una vez más la enorme calidad del Hospital y del sistema Sanitario Madrileño y el grado de profesionalidad de los trabajadores, con un nuevo mensaje de tranquilidad a los usuarios del Hospital y del sistema público de Salud.

15) Las antecitadas Diligencias penales concluyeron por Auto de 20 de junio de 2007, por el que se sobreseen las actuaciones "al no resultar debidamente justificada la perpetración (sic) del delito que ha dado motivo a la formación de la causa". Previamente, el Juzgado había encargado al Colegio de Médicos una pericial "como dirimente de los anteriores y contradictorios informes habidos en la causa. De ella se desprende que sedó terminalmente a cuatro pacientes, si bien contaban con posibilidad de serles ofrecido tratamiento médico. En esos pacientes no se halló síntoma refractario, es decir, no se hallaban en una situación tal que tratarles fuera inútil. Había alternativas aplicables, si bien los médicos decidieron sedar al paciente para su fallecimiento sin dolor. Esto resulta nítido del informe pericial y así lo entendieron las acusaciones y este Juez Instructor, que no solo consideró que debían llamarse como imputados a los médicos referentes a estas cuatro historias, tal como solicitaba el Fiscal, sino a los de las otras once en las que los pacientes, con situación Terminal, fueron sedados de tal manera y con tales dosis que pudiera sugerirse una posible relación directa con su muerte, o cuando menos, una contribución muy notable al acortamiento de la vida" (Razonamiento Jurídico Segundo del Auto, folio 285 de los autos). Previamente, en su Razonamiento Jurídico Primero, se decía: "Y esto es lo que hasta ahora se ha logrado. Varios pacientes han muerto tras mala práctica médica a la hora de sedarles, si bien no se puede lograr asegurar, al menos con lo que hasta ahora se ha recopilado, que el fallecimiento deviniera exclusivamente por los fármacos prescritos por los doctores. En los casos informados pericialmente, se ha practicado mal la Medicina, pero no consta que las muertes sean consecuencia de ello, pues hay

una duda que no puede despejarse: los pacientes pudieron morir o por la sedación indebida o por su enfermedad inicial y esto, para exigir responsabilidad penal ha de quedar claro..", y sigue afirmando el Auto (Razonamiento Jurídico Cuarto, folio 288 de los autos), que el expresado Informe pericial emitido por el Colegio de Médicos concluye "que pese a haberse realizado sedaciones terminales con dosis injustificadamente altas y pese haberse asociado medicamentos potencialmente peligrosos, generándose a los pacientes una situación de riesgo y, además, innecesario, pese a ello, se dice, no es posible afirmar o negar, con certeza absoluta, si la causa directa de la muerte fue la medicación administrada", y en su antepenúltimo párrafo, "Se insiste en que los peritos han informado que varios pacientes no estaban en una situación tal que exigiese su sedación y que merecían ser tratados para su curación y que eso entraña una mala práctica médica. Pero no se puede sostener, más allá de la duda, de convicciones personales, de meras suposiciones, que los médicos imputados sean responsables de las muertes de sus pacientes.....La investigación no debe proseguir para preparar la celebración de un juicio en el que no se llegaría a más, habiéndose además tenido conocimiento de que la Audiencia, en dos resoluciones ante sendos recursos, no aprecia responsabilidad de los imputados en las dos historias clínicas que estudiaba".

16) Frente al referido Auto, dos de los aquí actores, D. Desiderio y D. Luis Alberto y allí querellados, interpusieron recurso de apelación contra la fundamentación jurídica del Auto, en el particular, por lo que aquí interesa, que aludía a la existencia de mala praxis: Razonamientos Jurídicos Primero, Segundo y Tercero del Auto. La Sección Décimo Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia nº 47, de 21 de enero de 2008 -tras admitir, con base en la STC, Sala 1ª de 15 de septiembre de 2003, la posibilidad del recurso de apelación contra los razonamientos jurídicos de una decisión que no era desfavorable a los apelantes-, estimó los recursos por entender "que en el auto de sobreseimiento no se debe incorporar, aunque sea a través de la fundamentación jurídica, afirmaciones que podían haber sido desvirtuadas en la fase de plenario....., debiendo tener por suprimida toda mención realizada en el auto recurrido a la mala praxis médica por parte de los querellados....., confirmando, como no puede ser de otra manera, atendiendo a qué partes interpusieron el recurso de apelación, el sobreseimiento provisional y archivo de la causa acordado" (folios 363 a

378 de los autos).

17) Los actores, como prueba documental del tratamiento mediático que se dio a las actuaciones administrativas, aportan abundante prensa escrita y un CD de varios programas radiofónicos, en los que los "tertulianos" y conductores de los programas vierten sus opiniones personales al respecto. Se recoge, igualmente, la entrevista con el Consejero que responde en términos muy similares a los comunicados a los que se acaba de hacer referencia y, en todo caso, con datos descriptivos y, desde la perspectiva administrativa...."

(.../...)

- El Tribunal destaca en los Fundamentos de Derecho, refleja en el mismo punto Primero (*pág. 18 y ss.):

(.../...)

"Destaca que no comparte esta apreciación la Sala y para ello remite a lo que ha quedado transcrito en el Fundamento de Derecho Segundo":

1) La denuncia (una denuncia es una mera puesta en conocimiento de un hecho) anónima fue recibida el 8 de marzo de 2005, además de por la Consejería, por AVINESA (que la remitió a la Consejería también) y en ella, además de constar datos concretos perfectamente identificados, obtenidos de historias clínicas a las que solo tienen acceso quienes trabajan en el Centro Hospitalario, se hacía referencia a dudosas sedaciones realizadas en el Servicio de Urgencias del Hospital, hechos que ya habían sido investigados a raíz del Informe emitido el 16 de junio de 2003 por la Comisión de Mortalidad con ocasión de una revisión rutinaria de Historias Clínicas (se analizaron 42 historias) en las que encontraron "algunos casos de muerte en posible relación con tratamiento farmacológico con el propósito de sedación Terminal" y en el que consta: "Tratamientos prescritos con intención de sedación: 29 (69%). La Comisión considera. Indicada la sedación en 7 pacientes (24%). Dudosa en 7 pacientes (24%). No adecuada en 15 pacientes (51,7%). De los 7 pacientes en los que se consideró adecuada, la dosis pautada se considera excesiva en 4 pacientes (57,5%) y apropiada en 3 (42,5%).....El tiempo transcurrido en urgencias hasta el fallecimiento de estos pacientes fue de 3 a 76

horas con una media de 31,24 minutos; 16 pacientes (55%) permanecieron más de 24 horas en Urgencias.....", lo que motivó, además de unas estrictas instrucciones en orden al tratamiento farmacológico con el propósito de sedación Terminal (remitidas específicamente, además de al Director Médico del Hospital, al Dr. Luis Alberto , coordinador del Servicio de Urgencias), la actuación de la Inspección que -el 18 de septiembre de 2003- emitió su Informe, sobre la base de la revisión de 29 historias clínicas y entrevistas con el Coordinador y facultativos del Servicio de Urgencias y en el que, respaldando las Recomendaciones/Instrucciones a las que se acaba de aludir, en sus Conclusiones, además de afirmar que ".....Los referidos tratamientos siguen un consenso interno no escrito, orientado en su farmacología y pauta por la experiencia de uso de facultativos del Servicio y especialmente del Coordinador de la Unidad.....En todos los casos, consta en la Historia clínica la existencia de anotaciones respecto del conocimiento y consentimiento implícito por parte de la familia....." Se termina diciendo, además de recomendar una serie de actuaciones, que "No se han encontrado razones objetivas inequívocas que hagan pensar en actuaciones médicas, que puedan ser tributarias de tipificación disciplinaria por mala praxis".

2) La incidencia de la denuncia sobre esos mismos hechos, ya sospechados en 2003, su gravedad, los datos concretos que en ella se ofrecían relativos a historias clínicas perfectamente identificadas (sugestivo de que provenía de alguien del propio Centro), la externalización de la denuncia en cuanto que había sido remitida, además de a la Consejería de Sanidad, a "AVINESA" (Asociación privada) y, al parecer, también, al titular del Departamento Ministerial de Sanidad y a la Presidencia de la Comunidad, eran motivo más que bastante, no solo para justificar, sino para obligar a los responsables de la Sanidad Pública de la CAM y titulares del Centro Hospitalario, sobre cuyo Servicio de Urgencias se vertía la denuncia, además de ponerla en conocimiento de la Fiscalía del T.S.J. de Madrid, sino, también y desde luego, para realizar las investigaciones internas pertinentes en orden a la comprobación de los hechos y a adoptar las medidas administrativas encaminadas a no entorpecer la labor investigadora y asegurar, con carácter preventivo, la máxima ortodoxia en la actuación de dicho Servicio. No puede olvidarse, en este sentido, que ya en el Informe de la Inspección de 18 de septiembre de 2003, al que acabamos de hacer referencia se recogía, respecto de las sedaciones que se realizaban en dicho Servicio, que "Los

referidos tratamientos siguen un consenso interno no escrito, orientado en su farmacología y pauta por la experiencia de uso de facultativos del Servicio y especialmente del Coordinador de la Unidad", sorprendente afirmación, a juicio de esta Sala, cuando la actuación hospitalaria está totalmente protocolizada. Igualmente sorprende, la referencia que en dicho informe se hacía a que, de las Historias Clínicas estudiadas, se infiere el consentimiento implícito de los familiares para la sedación (el consentimiento, entendemos, además de "informado" ha de ser expreso). Todo ello, ya por si mismo, justifica, una investigación en profundidad.

(.../...)

- El Alto Tribunal califica en los Fundamentos de Derecho (FJ), y dice en el mismo Primero (*pág. 22 y ss.):

(.../...)

“Califica de importantes tales irregularidades desde el punto de vista administrativo, con independencia y al margen de que la causa penal seguida en el Juzgado de Leganés (iniciada a raíz de que la Consejería le remitiera el precitado Informe de esa Comisión de Expertos) concluyera con un sobreseimiento provisional por falta de prueba bastante para acreditar que los fallecimientos fueron consecuencia directa de la sedación, pues el ámbito penal, además de más limitado, es independiente del ámbito administrativo y que evidencian la corrección investigadora de la Consejería y la transparencia informativa que le era exigible.

Valora que "Partiendo, por tanto, de estos datos (objetivos y que constan en autos), la reacción mediática que se desató en los distintos medios de comunicación -no solo con fines informativos y a la que, volvemos a insistir, no fueron ajenos colectivos del Severo Ochoa-, es comprensible ante la naturaleza de los hechos denunciados, graves y muy sensibles para la opinión pública, algo que acontece no solo en este caso, sino en cualquier otro con relevancia o "curiosidad" pública o periodística, provocando en muchas ocasiones un "juicio paralelo", de consecuencias irreparables para los afectados. Efecto que -de haberse producido- es solo imputable a los medios de comunicación y a quienes, desde ellos, vierten sus opiniones personales -ya sean a favor o en contra-, sin conocer la realidad de las actuaciones administrativas o

judiciales y éste es un resultado perverso, tributario de la sociedad de la información".

Entiende que "No ha existido por parte de la Administración autonómica actuación alguna atentatoria al honor, buen nombre y prestigio del Hospital Severo Ochoa, ni de sus profesionales sanitarios y trabajadores, sino el ejercicio obligado de sus potestades y responsabilidades encaminadas a esclarecer unos hechos de extrema gravedad -que solo afectaban, insistimos, a una parcela muy concreta de la actividad del Servicio de Urgencias del Hospital "Severo Ochoa"- , esclarecimiento que revela, cuando menos, evidentes irregularidades en la gestión y tratamiento de la sedación de pacientes terminales (heterodoxas, aunque no existan pruebas suficientes, desde la perspectiva penal, para su imputación a título de delito).

Luego, los profesionales afectados por la investigación de tales hechos -únicos a los que, en su caso, el tratamiento mediático ha podido incidir negativamente en su prestigio, honorabilidad profesional y expectativas de futuro- tenían el deber jurídico de soportar tales investigaciones, sus resultados y consecuencias, sin que la sobreactuación mediática sea (de haber existido, volvemos a reiterar), por lo expuesto, imputable a la Comunidad de Madrid.

Reputa sorprendentes las afirmaciones de los actores relativas a que en la fecha en la que se presenta la reclamación administrativa (9 de marzo de 2006) no tenían otro conocimiento de los hechos investigados que las informaciones de los medios de comunicación y que no tuvieron tampoco conocimiento del procedimiento penal hasta que fueron citados como imputados por el Juzgado de Leganés.

Declara que tales afirmaciones no responden a la realidad, "pues a las 9 de la mañana del día 9 de marzo de 2005, los Servicios de Inspección se personaron en el Servicio de Urgencias del Hospital, en el que, además de entrevistar al Dr. Luis Alberto y demás profesionales que prestaban allí sus servicios, se procedió al análisis de 339 Historias Clínicas, con base en las cuales emitió su Informe el 17 de marzo de 2005. El día 11 del mismo mes y año, el Dr. Luis Alberto fue cesado temporalmente como Coordinador del Servicio de Urgencias y el día 23, con carácter definitivo, por lo que, desde esas fechas, tenía y tuvieron conocimiento oficial de los hechos que estaban siendo investigados. En todo caso, la marcha de las investigaciones no tenían que ser

comunicadas a ninguno de los actores, sin que tampoco tuvieran que poner en su conocimiento la remisión que se hizo (a los efectos que procedieran) del Informe de la Comisión de Expertos al Juzgado de Instrucción de Leganés, ya que será el Juzgado el que, si lo consideraba procedente, tiene que citarlos".

Concluye que faltando el primero de los presupuestos (daño imputable a la Consejería de Sanidad, que, en todo, caso no hubiera sido antijurídico) procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por los profesionales adscritos al Hospital "Severo Ocho" de Leganés.

Niega a la Asociación demandante -constituida "ad hoc" con motivo de la investigación iniciada en marzo de 2005- legitimación activa para "defender el honor de un Centro Público Sanitario cuyo titular es la CAM, ni la de los profesionales que en el mismo trabajan (honor que nunca fue vulnerado, antes al contrario, como bien evidencian los comunicados de la Consejería), ya que es un derecho personalísimo y, en su caso, esa legitimación quedaría circunscrita a la defensa de los derechos de sus asociados, desconociendo quienes sean éstos y en que medida se han visto afectados por las investigaciones correctamente realizadas y cuyas consecuencias, como acabamos de decir, tenían el deber jurídico de soportar".

- El Tribunal en la sentencia en FJ Segundo (*pág. 32 - STS 23 de febrero de 2011), en relación a “la práctica de la prueba”, expuso que:

“(.../...) La prueba acordada de oficio no pretende suplir la inactividad o pasividad de la parte. La potestad del Juez del orden contencioso administrativo de acordar de oficio la práctica de la prueba, es más amplia que la que ostenta el Juez civil. Lo que en el proceso civil queda limitado a acordar diligencias para mejor proveer, después del período probatorio y antes de dictar sentencia, con una serie de formalidades y requisitos, art. 435 LEC, en el proceso administrativo se extiende a la práctica de cuantas pruebas estima pertinentes para la más acertada decisión del asunto. (.../...)”

- La misma Sentencia en el FJ Cuarto (*pág. 34) en referencia a la “tutela judicial efectiva” (art.24 CE), pone de manifiesto que:

“Se observa, por tanto, que la conculcación del derecho fundamental exige dos circunstancias. Por un lado la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (STC 141/2009, de 15 de junio, FJ 4º con cita de otras muchas) o que la inejecución sea imputable al órgano judicial (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 5). Y, por otro, que la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas (FJ 4º STC 141/2009, de 15 de junio, con cita de otras anteriores)”.

-El Tribunal en el FJ Quinto (*pág. 35) en referencia a la conculcación del “derecho de defensa” e indefensión de la parte (art.24.1 CE), insiste que:

“Por su parte este Tribunal viene insistiendo en que cuando existe verdadera y sustancial contradicción en los hechos que determinan la imposición de una sanción se hace necesario el recibimiento a prueba (Sentencia de 15 de octubre de 2003). También se ha afirmado que no cabe denegar la práctica de prueba de los hechos en que se basaba la pretensión, para luego reprochar que no se ha practicado aquella (Sentencia de 22 de mayo de 2003). Se constata, pues, que debe darse la oportunidad a las partes para acreditar las alegaciones en que funden sus pretensiones (Sentencias de 13 y 26 de mayo de 2003).

Sin embargo ninguna lesión se produce ante la denegación de una prueba por superflua (STS de 18 de junio de 2008, recurso de casación 3714/2005), o la denegación de inútiles, impertinentes, innecesarias o inidóneas, es decir las que no guarden conexión con el objeto del proceso (STS de 27 de enero de 2004).

Cuando se alega conculcación del derecho de defensa por ausencia de práctica de la debidamente propuesta y admitida debe recordarse lo vertido en la Sentencia de 17 de mayo de 2003 acerca de que el Tribunal de instancia debe evitar la indefensión de la parte que el art. 24.1. CE prohíbe, haciendo usos de las facultades que le otorgaba el art. 75 LJCA para practicar pruebas de oficio en determinados y concretos supuestos. Así "para la realización de la ya declarada pertinente subsanando la

dificultad que puede surgir de la brevedad del plazo improrrogable común para la proposición y la práctica de la prueba que establecía la LJCA 1956 -en línea con lo que hoy dispone el art. 60.4 LJCA de 1998 - según el cual se podrán aportar al proceso las pruebas practicadas fuera de plazo por causas no imputables a la parte que las propuso".

Derecho de defensa que no se entiende conculcado por la mera ausencia de la práctica de la prueba admitida que constituiría una simple irregularidad y que solo alcanza relevancia constitucional cuando aquella prueba impracticada se imputa directamente al órgano judicial causando una indefensión efectiva y real. Es decir cuando el órgano jurisdiccional se ha mantenido pasivo (SSTC 35/2001, de 12 de febrero con cita de las 217/1998 y 219/1998)."

- La sentencia en el FJ Sexto (*pág. 36) en referencia a la pretensión de prueba practicada, denegación, y aquietamiento con la denegación de la prueba peticionada, indica que:

“Continuando con la previsión legalmente establecida en nuestra norma rectora de la jurisdicción es indiscutible que ha de cumplirse con la exigencia del art. 88.2 LJCA exigiendo al recurrente que, frente a la denegación, no se aquiete en la instancia, sino que recurra oportunamente utilizando los medios de impugnación establecidos.

Incumbe al Tribunal examinar si hubo tal petición de subsanación así como valorar la incidencia o no en el resultado final de la pretensión de la prueba propuesta y no practicada.

No prospera el motivo cuando hubo aquietamiento con la denegación de la prueba peticionada limitándose a reiterar la petición en trámite de conclusiones mediante la petición al Tribunal para que se pronunciase sobre la procedencia o no de la práctica de diligencias finales, conforme al art. 435 LEC que, no olvidemos, tienen carácter excepcional (STS de 1 de febrero de 2010, rec. casación 1002/2008).

Ninguna duda hay aquí respecto a que la parte recurrente impugnó la denegación.

Sin embargo falta acreditar la significancia de la prueba denegada en cuanto al resultado final del pleito que no ha de olvidarse ejercita una acción de responsabilidad patrimonial de una administración pública. En consecuencia pretender la aplicación de principios del proceso penal resulta exorbitante máxime cuando ni siquiera nos desenvolvemos en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

No ofrece duda alguna que la trascendencia mediática fue relevante, mas tal hecho, además de ser notorio, está reconocido por la propia sentencia. Y no se arguye por la parte recurrente en qué hubiera variado en el resultado final la aportación de la extensa prueba documental denegada.

Tampoco se argumenta ese resultado final distinto respecto a que los hechos denunciados partieran de una denuncia anónima, algo no querido expresamente por nuestro ordenamiento jurídico (un claro ejemplo el art. 13.2 de la Ley 42/1987, Ordenanza de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al afirmar no se tramitarán las denuncias anónimas) mas que sí funciona y se potencia en la realidad social (un notorio ejemplo el reciente llamamiento a la denuncia anónima del quebranto de la Ley Antitabaco, Ley 42/2010, de 30 de diciembre, desde instancias gubernamentales, aunque la Ley no lo autorice).

No prospera el segundo motivo”.

- El Tribunal en el FJ Séptimo (*pág. 37) en referencia a la prueba propuesta, admitida y no practicada en su totalidad, establece que:

“La doctrina expuesta respecto a la denegación de la prueba resulta extrapolable en lo que atañe a su práctica que constituye el tercer motivo y cuarto motivo.

Ya hemos dejamos consignado que la ausencia de práctica de la prueba admitida y practicada constituye una irregularidad que no siempre conduce a entender producido el quebranto del art. 24 CE .

A fin de resolver este motivo hemos reflejado más arriba cuál era el exacto contenido de la prueba propuesta, admitida y no practicada en su totalidad, así como

de la prueba acordada por la Sala de instancia como prueba final en sustitución de aquella.

Si se ejercitaba una acción de responsabilidad patrimonial por quebranto del derecho al honor tal prueba podría ser relevante. Así no está de más recordar que esta Sala, en fecha no muy lejana, Sentencia de 7 de febrero de 2007, recurso de casación 6246/2002, de la Sección Sexta estimó parcialmente un recurso planteado frente al Ministerio del Interior por haber emitido una comunicación con descalificaciones lesivas del derecho al honor implícitas en el uso de términos en una nota informativa del Ministerio del Interior reputados innecesarios por esta Sala en su sentencia.

Ciertamente no concuerdan literalmente lo peticionado inicialmente y lo pedido con carácter finalmente mas no cabe negar que con mayor o menor prolijidad ambos pedimentos tendían al mismo fin. Se trataba de justificar si la conducta de la administración sanitaria autonómica acordando una investigación mediante la adopción de unas determinadas medidas respecto unos concretos profesionales encontraba o no apoyo en el acaecimiento de unos concretos hechos objeto de denuncia. Y tales hechos derivaban de un dato objetivo como era el incremento de la mortalidad en un concreto centro médico.

Obviamente no incumbía a este proceso valorar si la actuación del personal había incurrido o no en responsabilidad administrativa. En el mismo se ventilaba si la actuación de la administración iniciando las actuaciones que los recurrentes consideran lesionaron su honor respondía a los parámetros de normalidad que se esperan de su actuación cuando se denuncian unos hechos acaecidos en el seno de la sanidad pública. Tal fue el contenido de la diligencia final por lo que ningún quebranto del art. 24.1. CE se ha producido.

El incumplimiento de la forma de auto denunciada por la parte recurrente constituye una irregularidad no invalidante pues no se evidencia le causara indefensión material alguna.

No prospera ni el tercer motivo ni el cuarto motivo”.

- El Tribunal en el FJ Octavo (*pág. 38) en relación a la existencia o no de

incongruencia, dictamina que:

“Para resolver acerca de la existencia o no de incongruencia (sexto motivo) procede lo primero recordar su esencia constitucional.

Partimos de que el Tribunal Constitucional ha dicho que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (STC 36/2006, de 13 de febrero).

La citada doctrina distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001, 24 de septiembre). Son sólo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que no es preciso una respuesta pormenorizada de todas las cuestiones planteadas (STC 36/09, de 9 de febrero), salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (STC 4/2006, de 16 de enero). E insiste en que es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar al citado máximo intérprete constitucional (STC 8/2004, de 9 febrero). Cabe, además, una respuesta de forma tácita o implícita obtenida del conjunto de razonamientos (STC 29/2008, de 20 de febrero). No cabe un desajuste entre el fallo y las pretensiones de las partes que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (STC 114/2003 de 16 de junio).

Constatamos que no es necesaria una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Podemos, por ello, resumir la doctrina de esta Sala sobre la materia en:

a) Se incurre en el vicio de incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda (STS de 8 de julio de 2008, rec. casación 6217/2005 , STS de 25 de febrero de 2008, rec. casación 3541/2004), es decir la incongruencia omisiva o por defecto; como cuando resuelve sobre pretensiones no formuladas, o sea incongruencia positiva o por exceso (sentencias de 20 de septiembre 2005, rec. casación 3677/2001 , de 5 de diciembre de 2006, rec. casación 10233/2003 y 20 de junio de 2007, rec. casación 11266/2004).

b) *El principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (STS de 17 de julio de 2003, rec. casación 7943/2000). En consecuencia el principio "iuris novit curia" faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altera la pretensión ni el objeto de discusión.*

c) *Es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (STS de 3 de noviembre de 2003, rec. casación 5581/2000). Cabe, por ello, una respuesta global o genérica, en atención al supuesto preciso, sin atender a las alegaciones concretas no sustanciales.*

d) *No incurre en incongruencia la sentencia que otorga menos de lo pedido, razonando porqué no se concede el exceso (STS de 3 de julio de 2007, rec. casación 3865/2003).*

e) *No cabe acoger un fundamento que no se refleje en la decisión ya que la conclusión debe ser el resultado de las premisas establecidas (Sentencias de 27 de enero de 1996, rec. de casación 1311/1993).*

f) *Es necesario que los argumentos empleados guarden coherencia lógica y razonable con la parte dispositiva o fallo, para no generar incoherencia interna, pues de no haberla se genera confusión (STS de 23 de abril de 2003, rec. de casación 3505/1997). Contradicción entre fallo de la resolución y su fundamentación reputada por el Tribunal Constitucional defecto de motivación lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva y no vicio de incongruencia (STC 127/2008, de 27 de octubre, FJ2), si bien este Tribunal (STS de 4 de noviembre de 2009, recurso de casación 582/2008, FJ4) reputa incongruencia interna la contradicción entre lo que se razona y lo que se decide derivada de error evidente en la redacción de un párrafo caracterizado por recaer sobre la circunstancia de la que depende la decisión del proceso).*

La importancia de juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición ya era un requisito destacado por el art. 43 LJCA 1956. Precepto ahora reproducido en el art. 33 LJCA 1998 en relación con el art. 65.2 de la misma norma, con un tenor similar en el redactado, que obliga a someter a las partes los nuevos motivos susceptibles de

fundar el recurso o la oposición en que pretenda fundar su resolución. Disposiciones una y otra encaminadas a preservar el principio de contradicción como eje esencial del proceso”.

- El Tribunal en el FJ Noveno (*pág. 40) en torno a la infracción de motivación de la Sentencia del TSJ-Madrid, dirime que:

“También antes de pronunciarnos sobre el sexto motivo hemos de referirnos a la motivación cuya infracción también se imputa a la sentencia.

Motivación a la que expresamente se refieren los art. 120 CE, 248.3 de la LOPJ y el art. 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de tenor similar al derogado art. 359 LECivil 1881. Es significativo que en ninguna de las citadas normas ni en la interpretación que del art. 24 CE ha efectuado el Tribunal Constitucional se ha declarado la existencia de una determinada extensión de la motivación judicial.

En la vigente LEC 1/2000 encontramos el art. 218 relativo a la exhaustividad y congruencia de las sentencias así como la necesaria motivación. Tras sentar la necesidad de claridad, precisión y congruencia recoge que deben expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. Se contempla la consideración individual y en conjunto de los distintos elementos fácticos del pleito ajustándolos siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

Es tajante el Tribunal Constitucional en STC 36/2006, de 13 de febrero al declarar que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no impone "una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial". Reputa suficiente que "las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi" (STC 75/2007, de 16 de abril, FJ 4). Pues " la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los Jueces y Tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni

podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas" (ATC 307/1985 de 8 de mayo).

Al haber, incluso, una motivación breve y sintética (STC 75/2007, de 16 de abril, FJ 4) se ha reputado como constitucionalmente aceptable, desde las exigencias de la motivación del art. 24.1. CE, la que tiene lugar por remisión (STC 171/2002, de 30 de septiembre, FJ 2).

La motivación constituye una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad sin que se reconozca un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales (STC 26/2009, de 26 de enero, FJ 2).

Tampoco ha de incurrir en error patente que para tener relevancia constitucional nos recuerda la STC 6/2006, de 16 de enero, no solo ha de ser verificable de forma incontrovertible sino que ha de constituir el soporte básico de la decisión y producir efectos negativos en la esfera jurídica del recurrente. Se trata pues de una institución relacionada con aspectos de carácter fáctico (STC 42/2006, de 13 de febrero) en el que el Tribunal parte de premisas inexistentes o patentemente erróneas (STC 11/2008, de 21 de enero FJ 9”.

- Finalmente, el Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, a través de su Magistrada Ponente Dña. Celsa Pico Lorenzo, falló concluyendo que “no ha lugar al recurso de casación”, y lo razona por la “inexistencia de responsabilidad patrimonial *Leganés*”. El Alto Tribunal adujo que no había quebrantamientos de forma, y tampoco apreció incongruencia omisiva, ni ausencia de motivación.

En el “caso de las sedaciones del Hospital de Leganés” se han utilizado por los medios de comunicación, polémicamente, conceptos -divergentes y contrapuestos- relacionados con los diversos tipos de Responsabilidad Sanitaria, como:

1. *Cuidados Paliativos:*
2. *Distanasia*

3. *Eutanasia*
4. *Eutanasia activa*
5. *Eutanasia directa*
6. *Eutanasia indirecta*
7. *Eutanasia involuntaria*
8. *Eutanasia pasiva*
9. *Eutanasia voluntaria*
10. *Encarnizamiento terapéutico*
11. *Enfermo desahuciado*
12. *Enfermo terminal*
13. *Muerte digna*
14. *Ortotanasia*
15. *Sedación terminal*

Como en algunos casos parece que rige el principio de *non liquet*, pasaremos a tratar de conceptualizarlos:

- 1) Cuidados paliativos: Según la *Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL)*, los cuidados paliativos son “un tipo especial de cuidados diseñados para proporcionar bienestar o confort y soporte a los pacientes y sus familias en las fases finales de una enfermedad terminal. Los cuidados paliativos procuran conseguir que los pacientes dispongan de los días que les resten conscientes y libres de dolor, con los síntomas bajo control, de tal modo que los últimos días puedan discurrir con dignidad, en su casa o en un lugar lo más parecido posible, rodeados de la gente que les quiere”.
- 2) Distanasia: Es la muerte en “malas condiciones”, esto es, con dolor, molestias, o sufrimiento asociado. Sería la muerte con un mal tratamiento del dolor, o la asociada al encarnizamiento terapéutico.
- 3) Eutanasia: Es la acción u omisión por parte del médico con intención de provocar la muerte del paciente por compasión.
- 4) Eutanasia activa: Es la eutanasia que mediante una acción positiva provoca la muerte del paciente.

- 5) Eutanasia directa: Es lo que entendemos comúnmente por eutanasia; es decir, la muerte intencionada del enfermo a cargo del médico, por compasión. Puede ser activa o pasiva.
- 6) Eutanasia indirecta: En realidad no existe la eutanasia indirecta, pues no hay eutanasia sin intención de provocar la muerte. Sería para algunos —que confunden a otros con esta expresión— la muerte no buscada del paciente en el curso de un correcto tratamiento paliativo, por ejemplo contra el dolor.
- 7) Eutanasia involuntaria: Practicada sin el consentimiento del paciente.
- 8) Eutanasia pasiva: Es la eutanasia por dejar morir intencionadamente al paciente por omisión de cuidados o tratamientos que son necesarios y razonables (ejemplo). Esta expresión —eutanasia pasiva— se utiliza en ocasiones indebidamente para referirse, en una buena práctica médica, a la omisión de tratamientos desproporcionados que son contraproducentes, indeseables o muy costosos. No se debe hablar de ningún tipo de eutanasia en esos casos, puesto que fomenta la ambigüedad y contribuye a difuminar los límites entre el correcto ejercicio de la medicina y la eutanasia. Es lo que intentan los partidarios de esta práctica. Conviene, sin embargo, mantener la expresión y el concepto específicos de eutanasia pasiva, pues, en ocasiones, se acaba así con la vida del paciente, por indicación médica: negándole cuidados que son necesarios y razonables.
- 9) Eutanasia voluntaria: La que se lleva a cabo con consentimiento del paciente.
- 10) Encarnizamiento terapéutico (también “obstinación” o “ensañamiento terapéuticos”): Es la aplicación de tratamientos inútiles; o, si son útiles, desproporcionadamente molestos o caros para el resultado que se espera de ellos.
- 11) Enfermo desahuciado: El que padece una enfermedad para la que no existe un tratamiento curativo y que es mortal, aunque no necesariamente a corto plazo.

- 12) Enfermo terminal: el que padece una enfermedad irrecuperable, previsiblemente mortal a corto plazo: en torno a dos semanas o un mes, a lo sumo.
- 13) Muerte digna: es el fallecimiento al que se llega con todos los alivios médicos adecuados y los consuelos humanos posibles. También se denomina “ortotanasia”. En ocasiones es identificada con la muerte “a petición”, provocada por el médico, cuando la vida ya no puede ofrecer un mínimo de confort que sería imprescindible y que se corresponde con la eutanasia.
- 14) Ortotanasia: es la muerte en buenas condiciones, con las molestias aliviadas.
- 15) Sedación terminal: es la correcta práctica médica de inducir el sueño del paciente, para que no sienta dolor, en los ya muy raros casos de dolores rebeldes a todo tratamiento. Una sedación suave acompañando a los analgésicos, que los potencia manteniendo la conciencia del paciente es muy recomendable.

- 2) EL «CASO MAESO»

Hemos de poner especial énfasis académica y doctrinal en esta materia en el “caso Maeso”, que sirve como magnífico exponente para la conclusión de esta Tesis, ya que se abordan los fundamentos de aspectos hasta ahora desarrollados de responsabilidad civil (preferente -directa- y subsidiaria; también derivada del penal “*ex delicto*”, responsabilidad penal (delito doloso, lesiones: art. 149 CP, y homicidio imprudente: arts. 3 y 142.1 CP) y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (la Agencia Valenciana de Salud y la *Generalitat Valenciana*). Por último, también, afecta a personas físicas y a Clínicas privadas, Aseguradoras Sanitarias, y a Compañías de Seguros.

- La Sentencia fue la SAP de la Audiencia Provincial de Valencia, de 14 de mayo de 2007. (actuó como Ponente, la magistrado Dña. Carolina Rius).

- Posteriormente, se dictó Sentencia del Tribunal Supremo, STS 173/2009, de 27 de febrero de 2009 (actuó como Ponente, el magistrado D. Perfecto Andrés Ibáñez).

Así pues, como punto de partida, para establecer la secuencia de los hechos en el tiempo, utilizamos la fuente bibliográfica, de la publicación de “El País” 16-mayo-07*.

En primer lugar, repasemos la concatenación de hechos y circunstancias:

Cronología del “caso Maeso”

Los hechos ocurrieron entre 1988 y 1997, el contagio se produjo "durante y como consecuencia de la actuación anestésica, de sedación o de cuidados intensivos", como relatan los magistrados, en la sentencia.

El Dr. (anestesista) *Juan Maeso Vélez* se reservaba parte de los fármacos de los compuestos anestésicos que administraba a sus pacientes, fundamentalmente fentanilo - *Fentanest* en su nombre comercial- y meperidina -*Dolantina*-, en ambos casos opioides sintéticos en cuya familia se encuentra, por ejemplo, la metadona.

Después de inyectarse su dosis, con el mismo material, trataba a los pacientes, ya fuera a través de viales o directamente, como sucedía en la mayor parte de los casos, según quedó reflejado en el juicio a través del testimonio de los afectados. Entonces *"restos hemáticos suyos contaminados con el virus de la hepatitis C se transmitieron al caudal sanguíneo de los pacientes"*.

El tribunal se apoyó en la genética, la estadística, la virología y la biología molecular para, desde estos distintos frentes, atribuir al especialista la responsabilidad de la infección masiva.

En la explicación de cómo el Dr. Juan Maeso contagió a 275 personas, la Sala contó con una ayuda básica. Se trataba de un estudio elaborado por la Universidad de Valencia que demostraba que el virus del anestesista compartía *nombre y apellidos* (en todos los casos el tipo y el genotipo es "1a") con el de los pacientes, y que se trataba de una clase de patógeno "minoritario o infrecuente" en España.

Sobre estos cimientos se levantaba buena parte del andamiaje de la sentencia que descansaba en una sucesión de hechos presentados de forma contundente.

El tribunal recogió que los enfermos se contagiaron después de pasar por el quirófano, ya que las pruebas que se les practicaron antes de la intervención no muestran alteraciones en el hígado.

Además, la única relación entre los 275 infectados es que tuvieron como anestesista a Maeso. Como demuestra el informe genético, todos tienen el mismo tipo de virus, lo que indica que *"hay una sola fuente u origen único para este brote y no cabe otra interpretación de los datos"*. Y *"la única manera en que pudo transmitir el procesado el virus de la hepatitis C es por vía percutánea o parenteral"*.

Así pues *"la única explicación es que el procesado fuera la fuente"*.

La sentencia cerraba las puertas a la principal vía abierta por la defensa para salvar al acusado. Francisco Davó, el letrado del anestesista (Dr. Maeso), insistió en presentar al facultativo como una víctima más del brote y rebatir que se tratara de su origen.

Pero esta posibilidad la descartaba, de nuevo, el estudio genético: *"La relación entre el virus de Maeso y los demás afectados es de paternidad y no de hermandad"*.

Por si esta batería de argumentos no fuera suficiente, los magistrados añadieron un "concluyente" indicio "de la autoría del acusado":

Una vez cesó la actividad del médico, "no ha aparecido, ni se ha detectado o constatado ningún otro caso de hepatitis C atribuible a una actuación médica o quirúrgica en los hospitales afectados".

La sentencia reconocía también que el Maeso *"utilizó fármacos opiáceos o tóxicos para sí continuamente en un periodo prolongado del tiempo"*.

Ya desde 1989 le llamó la atención al comandante jefe del servicio de respiratorio del hospital militar de Valencia, donde trabajaba el anestesista, el "uso indiscriminado" de *dolantina* por parte de Maeso, hasta el punto de prohibir la administración del opiáceo sin su previo consentimiento. Pero incluso en los años 1987 y 1988 "hubo un incremento generalizado de *dolantinas*", como apuntó el responsable del departamento de Farmacia del centro.

Referencias similares las comunicaron enfermeras de la Casa de la Salud -"decían que se pinchaba *Fentanest* con medicación anestésica", comentaron- o del hospital La Fe de Valencia

"había un rumor de que Maeso era drogadicto, era el run-run que había en el hospital, sólo de él, no de otros anestesistas"-.

Sin embargo, los jueces no admitieron que su drogadicción pueda ser una circunstancia eximente. Y ello por varios motivos:

Al ser médico *"podía haber obtenido paliativos para su necesidad de administrarse opiáceos, acudido a un tratamiento de deshabituación o haber empleado los fármacos de modo que no ocasionara contagio alguno"*.

Respecto, al Fallo de sentencia, puso fin a nueve años de proceso por el contagio masivo del virus de la hepatitis C a 275 pacientes en cuatro hospitales valencianos.

El anestesista Dr. Juan Maeso, de 66 años, fue condenado a siete años por lesiones a cada uno de los 275 afectados incluidos en el sumario y a ocho años por homicidio imprudente en el caso de los cuatro enfermos que han fallecido. En total, 1.933 años de cárcel, de los que cumpliría como máximo 20 años, tal como establecía el Código Penal de 1995, que se aplica en este caso, dado que los hechos ocurrieron entre 1988 y 1997.

Maeso quedó inhabilitado para ejercer la profesión médica y se le condenó a indemnizar con 20,4 millones de euros a los afectados y pagar las costas del procedimiento, incluidas las correspondientes a los 170 abogados. La Generalitat valenciana fue condenada como responsable civil subsidiaria.

La Administración autonómica compartió esa responsabilidad con *Casa de Salud*, el hospital en el que se produjeron 228 contagios, y con el centro médico *Urotecno*, una sociedad instalada en dependencias de Casa de Salud dedicada a pruebas de urología.

La Generalitat valenciana fue considerada responsable, y así lo recoge la ley, de velar por el sistema sanitario y establecer las inspecciones necesarias para garantizar el buen funcionamiento del mismo. La sentencia deja claro que “la Administración será en última instancia quien deba pagar en todos los casos, con independencia de que el contagio se produjera en un centro público, como La Fe, o en uno privado, como Casa de Salud”.

El fallo asumió las tesis de los afectados y del fiscal. Maeso contagió a los 275 afectados porque se pinchó parte de los fármacos que debía aplicarles, y con la misma jeringuilla y aguja pinchó a los pacientes. Las pruebas realizadas durante quince meses de juicio, especialmente las genéticas, epidemiológicas y biológicas, concluyen que el anestesista intervino en todos los casos.

"El procesado es el causante de los contagios, por cuanto que es la única explicación que cubre todos los hechos y, efectivamente, no hay contagios en esos hospitales, quirófanos ni con esos equipos médicos después del cese de actividad del

acusado", afirma el tribunal. Y añade en otro pasaje de los 300 folios que "tales contagios sólo pudieron producirse -puesto que la transmisión de la enfermedad exige contacto entre la sangre del portador del virus y la del sujeto a contagiar- porque Juan Maeso contaminara, con restos hemáticos propios, el material empleado para administrar por vía percutánea o parenteral la anestesia o sedación, y del material a los propios fármacos en sí".

El tribunal consideró que del relato de algunos de los más de 600 testigos, quedó claro que Maeso era consumidor de tóxicos. La sala explicó que la relación con el contagio era directa respecto de aquellos pacientes que fueron atendidos por Maeso y cuya actuación médica quedó acreditada en la documentación hospitalaria. Y no admite dudas respecto a 40 de los 275 afectados en cuyas historias clínicas aparecía la referencia de otro anestesista o de ninguno en concreto. Para los magistrados, "el acusado, en ocasiones, sustituía a alguno de sus compañeros aun cuando no se dejara constancia documental de la sustitución, o los auxiliaba durante el acto quirúrgico en todo o parte de éste, por lo que no puede descartarse su intervención en las que figura otro anestesista".

La Audiencia de Valencia consideró que Maeso sabía lo que hacía:

"Es innegable que el acusado, dada su condición de médico, era perfectamente consciente de la posibilidad de transmitir cualquier enfermedad infecciosa que padeciese y fuese susceptible de contagio por inoculación percutánea o parenteral a los pacientes a quienes, ignorándolo estos, imponía el compartir el instrumental y fármacos anestésicos o de uso en la UCI", recoge la sentencia.

Y añade:

"Es irrelevante el que el acusado efectivamente conociera -como alegan las acusaciones- o no, el ser portador en concreto del virus de la hepatitis C, por cuanto sí era sabedor del peligro de contagio de enfermedad hemo-transmisible que entrañaba su acción".

El tribunal estableció las siguientes indemnizaciones: para hepatitis leve asintomática, 60.000 euros; para afectación hepática leve con sintomatología, 75.000 euros; para afectación moderada, 90.000 euros; para afectación o perjuicio grave, 120.000 euros; y por fallecimiento causado por hepatitis C, 150.000 euros. Las víctimas aún no han cobrado nada.

Tras su análisis, expondré a continuación, la interpretación del contenido de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (SAP-Valencia de 14 de mayo de 2007), sobre el “caso Maeso”:

El fallo de la sentencia condena al anestesista Dr. Juan Maeso Vélez:

- Respecto a responsabilidad penal:

“como responsable en concepto de autor de 271 delitos de lesiones del art. 149 del Código Penal; de 4 delitos de lesiones del art. 149 del mismo Código, en concurso ideal del art. 77 del mismo cuerpo legal, con otros 4 delitos de homicidio imprudente del art. 142.1 y 3 Código Penal. No concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”

- Respecto a responsabilidad civil:

En cuanto a la responsabilidad civil dimanante de estos delitos se condena a Juan Maeso Vélez y a las compañías aseguradoras que suscribieron una póliza de Responsabilidad Civil con el condenado desde 1993 hasta 1998, es decir, Cresa, Aseguradora Ibérica y Reaseguradora (actualmente Allianz), Schweiz (actualmente Winterthur), La Unión y el Fénix (actualmente Allianz), Mapfre Industrial, UAP (actualmente AXA) y AMA, al pago de las indemnizaciones concedidas a los afectados con los límites por siniestro y año fijados en cada una de las pólizas suscritas.

Es muy llamativo, en la sentencia de la AP, que el tribunal hubiera imputado responsabilidad civil directa a las compañías aseguradoras “ex delito”.

La AP estimó “un delito doloso” (supuesto que es recogido expresamente en las pólizas aseguradoras como excluyente de las mismas).

El tribunal de la AP argumentó la no apreciación de la *exceptio doli*, pretendida por las aseguradoras personadas, en base a la doctrina jurisprudencial que concluye:

"la no asegurabilidad del dolo, del art 19 LCS, lo que excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado por la mala fe de éste, pero no impide que el asegurador responda frente a los terceros perjudicados en el caso de que el daño o perjuicio causado a los terceros sea debido a la conducta dolosa del asegurado".

A pesar de que no se hubiera producido el daño como consecuencia de un acto médico del profesional, en sentido estricto, consideró la sentencia de la AP que no pudo fundarse la exoneración de las aseguradoras en este punto al considerar que:

"los hechos por los que nace la responsabilidad civil del procesado asegurado se cometieron durante la práctica médica, con material y fármacos utilizados para la anestesia...) con lo que no cabe deslindar la actividad profesional y la actuación delictiva".

El Tribunal consideró aplicables las condiciones especiales suscritas entre el condenado y AMA, de las que se deriva una responsabilidad civil subsidiaria de esta aseguradora hasta el límite fijado en la póliza suscrita, y en defecto de otra cobertura de seguro, de las indemnizaciones correspondientes a afectados por contagios ocurridos con anterioridad al 1 de enero de 1998, a pesar de que no consta que el asegurado las suscribiera personalmente.

- La resolución declaró la responsabilidad civil subsidiaria de la *Congregación Hermanas de la Caridad de Santa Ana Hospital Casa de la Salud*, respecto a 150 afectados aproximadamente, así como la de *Urotecno S.A.* respecto de tres afectados y de la *Conselleria de Sanidad* de la Comunidad Valenciana respecto de todos los afectados.

Absolvió y desestimó las acciones civiles ejercitadas contra el resto de responsables civiles subsidiarios, entre ellos, *Sanitas, Asisa, Nisa, Telefónica, Iberdrola*, y otros.

Con respecto a los responsables civiles subsidiarios, los aspectos más destacables contenidos en la resolución fueron aquellos contenidos en los que se absolvieron a determinadas entidades, como *Sanitas*, desestimando las acciones basadas en las llamadas pólizas de reembolso de gastos médicos. No se considera suficiente este argumento pretendido por las acusaciones y, por el contrario, se fundamenta la sentencia en la inexistencia de una relación de dependencia directa que una al anestesista con estas aseguradoras.

Esta misma circunstancia unida a la nota de la “habitualidad en el ejercicio de la profesión”, fue la que permitió absolver a *Sanitas*, *Asisa*, *Nuevas Inversiones S.A.* y al *Grupo Hospitalario Quirón*; y condenar a *Casa de Salud* (*culpa in vigilando; no culpa in eligendo*).

A *sensu* contrario, el Tribunal utilizó este mismo argumento de la dependencia para justificar la condena de otras mercantiles como *Urotecno, S.A.*

- Finalmente, el tribunal estimó la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalitat Valenciana respecto a todos los afectados en virtud de “su obligación de velar por la salud pública”.

En la SAP dice el tribunal que de “su obligación de velar por la salud pública” dimana su “obligatoriedad de vigilar el adecuado y correcto ejercicio de la sanidad pública y privada y por aplicación del art. 121 y 120.4 del CP”.

Formalmente, la sentencia no accede a declarar la responsabilidad civil subsidiaria preferente de la Generalitat, no obstante, recoge expresamente:

“no se accede a esta petición, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se proceda en primer lugar contra el que más debe”.

Podemos inferir que supuso, en la práctica, la estimación de esta responsabilidad preferente.

- Respecto a las indemnizaciones concedidas el Tribunal dividió a los afectados en seis grupos según las circunstancias personales de cada uno de ellos. Las cantidades oscilaron entre los 49.065 € y los 120.000 € (80 por ciento de los afectados recibirá una indemnización entre 60.000 y 75.000 € por todos los conceptos derivados de los daños y perjuicios sufridos por el contagio de la HC). Las citadas cantidades fueron sensiblemente inferiores a las solicitadas por el Ministerio Fiscal que en su escrito de Conclusiones Definitivas exigía un mínimo de 120.000 € por afectado.

Tras el análisis de los “Hechos Probados” de la sentencia y de la prueba practicada, el Tribunal consideró acreditado que:

1.- Hubo un número elevado de personas cuyo contagio del virus de la hepatitis C ha de atribuirse a determinada intervención quirúrgica o actuación médica u hospitalaria.

2.- El único nexo común entre todas estas personas e intervenciones fue la actuación del procesado como anestesista.

3.- El procesado es portador del virus de la hepatitis C, y del mismo genotipo que el que presentan dichas personas.

4.- La única manera en que el acusado pudo transmitir el citado virus a esas personas es por vía percutánea o parenteral.

5.- Hubo elementos de prueba que evidencian que el procesado hacía un uso irregular de los fármacos opiáceos empleados en las intervenciones y en los Servicios de Cuidados Intensivos (UCI), y que apuntan a que los utilizaba para sí.

6.- De la práctica de la prueba pericial genética del virus, quedó probado que el acusado sustituía o auxiliaba a compañeros en intervenciones quirúrgicas, a pesar de no constar esta circunstancia documentalmente.

7.- El contagio de la hepatitis C se produjo en los centros hospitalarios donde el Dr. Maeso ejercía su profesión de forma habitual.

Tras la lectura de los Fundamentos Jurídicos de Derecho (FJ) de la sentencia, podemos deducir que:

1.- Se desestimaron alegaciones efectuadas por la representación letrada del acusado, entre las que destacamos:

a) Vulneración del art. 24.2 CE.

En su vertiente del derecho a ser informado de la acusación y la prohibición de indefensión.

Considera el Tribunal, apoyándose entre otras en STC 205/33, que la formulación de la acusación no requiere los hechos objeto de enjuiciamiento a través de los distintos Autos dictados por los órganos jurisdiccionales que han intervenido en la instrucción de la causa (por ejemplo, Auto de Medidas Cautelares y Auto de Procesamiento).

b) Imparcialidad en fase de Instrucción.

Se desestima esta alegación de la defensa del procesado, explicando el Tribunal que no costa "que ni la actuación de la Comisión Científica Asesora ni la Instrucción Judicial estuvieran dirigidas a culpabilizar al procesado".

2.- Análisis del resto de fundamentos jurídicos de la sentencia en:

a) Valoración de la prueba practicada.

El Tribunal se centra principalmente en el resultado de la prueba pericial genética, virología y biología molecular, estimando que, en el transcurso del proceso, "no ha resultado contradicha ni desvirtuada por ninguna otra prueba." Así, la sentencia resalta en su Fundamento Jurídico Segundo "que la prueba pericial de cargo practicada en el plenario (...) apunta toda ella mayoritaria e inequívocamente a la autoría por el acusado de los contagios; sin que se haya podido acreditar siquiera a causa alguna alternativa".

b) Principio de Culpabilidad.

La actuación del acusado en los delitos de lesiones del art. 149 CP, es calificada por el Tribunal de dolosa. Así se considera que el Dr. Maeso actuó con dolo eventual acogiendo el Tribunal a la Teoría del Consentimiento. Con respecto a los hechos constitutivos de diversos delitos de homicidio, el grado de culpabilidad apreciado es el de imprudentes, siendo además esta imprudencia profesional; lo que supone un plus de antijuridicidad en la actuación del procesado.

c) No concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

No obstante resultar acreditada la condición de drogodependiente del Dr. Maeso, el Tribunal sigue reiterada jurisprudencia del TS, según la cual, la mera condición de tal no es suficiente para disminuir de forma automática la imputabilidad de un sujeto.

d) Responsabilidad Civil derivada del Delito.

En este punto cabe resaltar, en primer lugar, que si bien la jurisprudencia suele acogerse para determinar los perjuicios personales derivados de delitos dolosos, el baremo establecido en la Ley 30/1995, en el caso que nos ocupa, estima el tribunal más acorde a los principios de equidad e igualdad, utilizar como baremo orientativo las indemnizaciones fijadas por los tribunales para casos de contagio de hepatitis C.

Al margen del “Caso Leganés” y del “Caso Maeso” -paradigmas doctrinales y mediáticos- sobre la responsabilidad sanitaria, ya anteriormente expuestos y rigurosamente analizados y estudiados en esta tesis, citaré otros casos o *affaires* social y jurídicamente reseñables:

3) «Caso Ramón Sampedro»

Retratado y popularizado por la película de Alejandro Amenábar, “*Mar adentro*”. Ramona Maneiro, compañera sentimental de Sampedro "autoconfesó" el 10 de enero de 2005 ser la responsable de facilitar el cianuro al tetrapléjico gallego. Llegó a ser detenida en 1998, en los días que siguieron a la muerte de Sampedro. Sin embargo, los cargos que habían contra ella no prosperaron y el delito de “cooperación al suicidio” en el que podía haber incurrido, castigado con penas de hasta 5 años de cárcel, se desvaneció por completo. Un delito que ya había prescrito y que decidió a Ramona Maneiro a hacer declaraciones públicas en prensa y televisión.

- 4) «Caso del médico de Michael Jackson»

En el procedimiento judicial, el médico de Michael Jackson, el Dr. *Conrad Murray*, fue declarado culpable de homicidio involuntario en la muerte del cantante producida el 25 de junio de 2009 (“El País” 8-nov-11, pág.46).

- 5) «Caso de las prótesis PIP fraudulentas »

En España más de 1.700 personas afectadas que llevarán a juicio al fabricante, cirujanos, clínicas y Administración. (“El Mundo” 22-ene-12, suplemento del domingo, pág. 11-).

Los implantes PIP o Poly Implant Prothèse son unas prótesis que fueron producidas durante varios años por una empresa fundada por Jean- Claude Mas desde principios de los años noventa; tocando su fin en 2011, cuando se frenó su fabricación. Estos implantes de silicona fueron distribuidos prácticamente por todo el mundo, especialmente en América Latina, en España, en Gran Bretaña, en Francia, en Alemania, en los Estados Unidos, etc.

El principal riesgo que plantean estas prótesis y que preocupa a los especialistas es la rotura de las mismas, pudiendo provocar fugas consideradas perjudiciales para la salud. Esto fue lo que observaron las autoridades sanitarias francesas e hicieron saltar

las alarmas. Además, se advirtió la supuesta existencia de varios productos industriales y no médicos en su fabricación que reciben el nombre de Baysilone, Silopren y Rhodorsil. Por tanto, se ha realizado la recomendación a todos los pacientes con este tipo de prótesis de acudir al médico para llevar a cabo revisiones periódicas que garanticen que se encuentran en buen estado.

- 6) «Dos enfermeros, acusados de matar al menos a 20 personas en Uruguay»

“...Los ángeles de la muerte (personal que puede practicar homicidios) de la UCI de dos Hospitales de Montevideo podrían haber matado a 200 personas”. (“El País” 19-mar-12, pág.34-).

- 7) «Caso del Dr. Harold Shipman»

Doctor británico que asesinó a 215 personas y terminó suicidándose en su celda de Wakefield (Inglaterra), en 2004. (“El País”, sáb. 20-jul-00). “El doctor Harold Shipman se convirtió, con 215 crímenes, en el mayor asesino en serie”. El mayor asesino en serie de la historia mataba a sus pacientes en las visitas médicas.

La investigación, conducida por la magistrada del Tribunal Supremo Janet Smith, de 60 años y una figura carismática en el Reino Unido, se ha nutrido de informes policiales y médicos y de testimonios de familiares de las víctimas. La juez ha examinado un total de 888 muertes de pacientes de Shipman. Una segunda fase de la investigación pretende saber cómo fue posible la impunidad de Shipman y sentar las bases para impedir casos así.

La investigación califica esa impunidad de 'horrible e inexplicable'. 'Ha sido un trágico fallo en los sistemas lo que ha permitido que los crímenes de Shipman permanecieran ocultos muchos años; traicionó la confianza de la gente y también a la profesión a la que tan mal sirvió', dijo ayer John Chisholm, de la Asociación Británica de Médicos.

Shipman, prevaliéndose de su profesión, médico de cabecera, mató inyectándoles morfina (era adicto) a 171 mujeres y 44 hombres, de entre 93 y 41 años. El asesino múltiple empezó su negro recorrido en 1975 en Todmorden: la víctima fue Eva Lyons. Su escalada criminal, paralela a la profesional, prosiguió en el centro sanitario Donneybrook de la pequeña localidad de Hyde, cerca de Manchester, donde cometió 71 crímenes. En esa misma ciudad, el respetado y querido Shipman, estableció en 1992 consulta privada en una céntrica calle: allí planearía 143 asesinatos. Tal fue la concentración, que hasta siete víctimas vivían en la misma manzana.

'Nadie que lea el informe de la investigación puede evitar quedar anonadado por la enormidad de los crímenes cometidos por Shipman y, como yo, por la simpatía hacia sus víctimas y los familiares. Es un completo y meticuloso recuento de la criminalidad de Shipman, cuyo grado no creo sea posible en otro hombre', declaró la magistrada Smith, quien ofreció toda su solidaridad a las víctimas y las familias. Las conclusiones oficiales, que detallan cada caso, se facilitaron a los familiares de las víctimas el pasado miércoles, para dar un margen antes de que la noticia apareciese en los medios. 'Tanta gente se siente tan hundida, tan sacudida por la noticia de que su padre, su madre o su abuela no tuvo la muerte en paz que creían, sino que fueron asesinados', se lamentó ayer Denis Maher, párroco católico de Hyde.

El informe hace recomendaciones para corregir los fallos que permitieron que se prolongara la siniestra actividad de Shipman. Por ejemplo, pide controlar más rigurosamente los fármacos que utilizan los médicos e insta a vigilar los procedimientos oficiales post mortem con las víctimas, tras constatar que a pocos de los asesinados por Shipman se les realizó la autopsia y que en la mayoría de los casos se practicó inmediatamente la cremación. Además, el criminal indicaba, en los certificados de defunción, falsas causas de muerte, con lo que la versión pasaba a ser oficial. De hecho, Shipman certificó en 25 años la muerte de 521 personas (300 veces más que el médico que más certificados había expedido en el Reino Unido). Estos clamorosos datos, sin embargo, no levantaron la sospecha de nadie, como tampoco lo hizo el que el 80% de sus pacientes falleciera sin la presencia de un familiar (el doble de la media británica). Muchos murieron entre la comida y el té, aunque los expertos aseguran que no puede hablarse de unas horas más propicias que otras para el deceso.

Mataba, y después se comportaba de muy variadas formas y ofrecía múltiples explicaciones de lo que había pasado. La manera de matar de Shipman, incluso ante los familiares, y cómo salía sin sospechas sería calificado de invención si apareciera en una obra de ficción', explicó la magistrada.

La detención de Shipman se produjo en 1998 por falsificar a su favor el testamento de su última víctima, Kathleen Grundy, de 81 años, ex alcaldesa de Hyde. La heredera legítima advirtió la maquinación y presentó denuncia. La espoleta policial se activó. El comisario Bernard Postles, quien ya sospechaba que Grundy había sido asesinada y que podía haber precedentes, abrió una investigación en toda regla. Exhumó 12 cadáveres y encontró en todos ellos restos de morfina. Comparó circunstancias y ató cabos.

Cuando le detuvieron, Shipman tenía en el registro de su consulta 3.000 pacientes.

La policía excluyó ayer la apertura de un nuevo proceso porque, dada la publicidad generada por el caso, no puede garantizarse un jurado imparcial. La mujer de Shipman, Primrose, declinó hacer comentarios. Siempre le ha apoyado”.

En el año 2000, el Dr. Shipman fue condenado a 15 cadenas perpetuas consecutivas por los asesinatos de 15 de sus pacientes, lo apodaron posteriormente, el doctor "Muerte", ya que se estimaba que Shipman había asesinado muchas más veces y que podría haber llegado a matar a 215 pacientes, Finalmente, las investigaciones terminaron con un posible saldo de 250 víctimas, pero se cerró la investigación con el número oficial de 218 asesinatos altamente probables.

En conclusión, es necesario señalar que, muchas de las legislaciones británicas sobre cuidado médico y la medicina fueron repasadas y modificadas notablemente como resultado directo e indirecto de los crímenes del Dr. Shipman.

8) «Caso del Dr. Bertold Wiesner»

El biólogo británico de origen austríaco, Bertold Wiesner, dueño de una clínica de fertilidad en Londres, engendró cientos de hijos al actuar como donante "anónimo" del esperma y utilizarlo en las inseminaciones de sus pacientes (“El País”, mar. 10-abr-12)

«Se calcula que entre 300 y 600, de los 1.500 bebés concebidos en la Clínica London Barton, fundada en los años 40 junto a su mujer Mary Barton, en los 20 años en que esta estuvo en funcionamiento, podrían ser hijos de Wiesner.

En 2007, las pruebas practicadas a 18 personas nacidas gracias a los tratamientos de Wiesner pusieron de manifiesto que 12 de ellas (dos tercios) eran hijas del propio Wiesner, que falleció en 1972 a la edad de 10 años.

En unos debates organizados por el Gobierno británico en 1959 sobre inseminación artificial, Barton declaró: 'Yo emparejaba raza, color y estatura, y todos los donantes se eligieron entre gente inteligente (...) No aceptaría a un donante que no estuviera por encima de la media. Si vas a [concebir a un niño] de forma deliberada tienes que poner las exigencias por encima de lo normal'.

En la actualidad, la legislación británica limita las donaciones de esperma para que solo puedan fertilizar a un máximo de 10 familias. La ley establece el tope en familias, y no en hijos, para permitir que una misma familia pueda tener varios hijos del mismo donante si así lo desea.

No solo está limitado el número de donaciones de una misma persona, sino que es obligatorio mantener sus datos por si algún día las personas nacidas por inseminación quieren saber quién es su padre biológico. Algo que, en este caso, solo podrá descubrirse a través de las pruebas de ADN, ya que Mary Barton, fallecida hace 11 años, destruyó todos los archivos de la clínica.»

- Esta preocupación social y mediática por la responsabilidad médico-sanitaria, nos guía hasta la propia literatura de ficción, de *bestsellers* internacionales que relatan similares casos de “*thriller médico*” -citados por la publicación científica *Jano-*, véase así “Coma” (*Coma*, 1977) y “Convulsión” (*Seizure*, 2003) de ROBIN COOK, o “El

comité de la muerte” (*The Death Commitee*, 1969) de NOAH GORDON -autor también de “El Médico”(*The Physician*, 1986)-, o “Muerte de un forense” (*Death of an Expert Witness*, 1977) y “Mortaja para un ruiseñor” (*Shroud for a Nightingale*, 1998) de P.D. JAMES.

IX. CONCLUSIONES

Tras la labor de investigación llevada a cabo, y lo expuesto en los diversos capítulos de esta Tesis doctoral podemos concluir, en relación a las diferentes vertientes de la Responsabilidad Sanitaria analizadas, lo siguiente:

1. La responsabilidad civil sanitaria del médico -persona física- se contempla a través del Código Civil, que en su art. 1.902 consagra el principio general de que toda persona responde de los daños que «por acción u omisión» cause a otro «interviniendo culpa o negligencia».
2. En la utilización de criterios de imputación objetiva, como el del daño desproporcionado, se considera suficiente probar la existencia del perjuicio y la relación de causalidad con el acto médico, para enjuiciar al médico con criterios propios de responsabilidad objetiva de la Administración.
3. La doctrina del daño desproporcionado trata de evitar que se puedan eludir responsabilidades ante supuestos en que no cabe enlazar el resultado con el actuar imprudente del médico y los riesgos asumidos, estableciendo una especie de ficción de que el resultado se ha producido por su culpa, de no mediar explicación coherente en contrario. Sin embargo, si existe una causa que explica el resultado, no se puede acudir a dicha jurisprudencia, ya que no cabe atribuir al médico cualquier consecuencia, por muy nociva que sea, si cae fuera de su campo de actuación.
4. Debe tenerse en cuenta, y así lo reconoce ampliamente el Tribunal Supremo, que la obligación habitual de los médicos es de actividad, no de resultado (salvo en casos concretos de medicina “satisfactiva”), razonando que su obligación no es obtener la recuperación del enfermo sino hacer todo lo posible para aliviar, o eliminar la enfermedad, o más exactamente, proporcionarle los cuidados que requiera según el estado de la ciencia.
5. La aplicación del actualmente derogado art. 28 de la Ley de Consumidores y Usuarios en cuya virtud se entendía que se responde de los daños originados

en el correcto uso de los bienes y servicios cuando incluyan la garantía de determinados niveles de pureza, eficacia o seguridad, son los cauces utilizados hasta el año 2005 por la Sala Civil del TS para enjuiciar al médico con criterios propios de la responsabilidad objetiva de la Administración, obviando cualquier referencia a la culpa o negligencia del facultativo.

6. A diferencia del resto de ordenamientos jurídicos de nuestro ámbito, la responsabilidad civil extracontractual de la Administración -incluida la sanitaria, como es el caso que nos ocupa-, se considera de carácter general y objetivo, por el daño originado al paciente –siempre que este sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado- a consecuencia de la actividad y el funcionamiento, no sólo anormal, sino, incluso, normal, de los poderes públicos sanitarios, prescindiendo totalmente del fundamento tradicional de la culpa o negligencia - en su caso, de la culpa *in vigilando o in eligendo*-, y se justifica en el concepto de lesión que el paciente no tiene obligación legal de soportar.
7. En cuanto a las diferencias de criterio de las distintas Salas del Tribunal Supremo, mientras la Sala de lo Contencioso-Administrativo matizaba acertadamente la responsabilidad de la Administración mediante el uso de criterios como la *lex artis* para apreciar la antijuridicidad o la relación de causalidad, la Sala de lo Civil -que contaba para ello con la dicción literal del art. 1.902- se inclinaba hacia la objetivación de la responsabilidad -civil-médica en similares términos a las disposiciones legales sobre responsabilidad -objetiva patrimonial- de la Administración.
8. A partir de mediados del año 2005 se produce una aproximación de la Sala Civil del Tribunal Supremo, abandonando el uso de criterios de imputación objetiva, y hacia el principio de responsabilidad subjetiva, y el criterio de la culpa o negligencia como causa para determinar la responsabilidad del facultativo.

9. La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España ha venido a unificar la jurisdicción competente en favor del orden contencioso- administrativo.
10. La responsabilidad de la Administración sanitaria, salvo en la condena penal, sólo puede ser planteada ante la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con las normas generales reguladoras de las Administraciones públicas en España, al margen del criterio de imputación tradicional sustentado en la culpa.
11. No se puede exigir responsabilidad por los daños derivados de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, existentes en el momento de la producción.
12. Resulta anómalo el mantenimiento de la regulación en el Código Penal de la responsabilidad -civil extracontractual- subsidiaria de las Administraciones Públicas derivada de delitos, que hizo necesario incluir la regulación de una materia civil, como es la responsabilidad civil derivada de delito, en el Código Penal, lo que se ha perpetuado.
13. En todos los casos, se trata de resarcir a una persona por los daños sufridos en su patrimonio, siendo, en esencia, irrelevante, desde el punto de visto técnico-jurídico, que dicha lesión haya sido producida por el funcionamiento de los servicios públicos, la actividad de una persona física privada, o se derive de un delito, lo cual tampoco se justifica desde una perspectiva económica, lo que en la última correcta doctrina jurisprudencial se matiza empleando la *lex artis* como modo de determinar la antijuridicidad o la relación de causalidad en caso de funcionamiento normal de la Administración sanitaria.
14. Sobre la actividad judicial penal derivada de responsabilidad sanitaria, existe una creciente canalización de las reclamaciones por presuntas negligencias médicas por la vía civil y contencioso-administrativa -sobre todo por esta última- buscando, antes que nada, un resarcimiento económico. La mayoría de los casos acaban en sobreseimiento y archivo de las actuaciones penales o

en absolución. Siendo de destacar como en algunos casos, expresamente, se remite al denunciante a la vía civil por ser dicha jurisdicción la idónea, en principio, para el ejercicio de las acciones de reclamación correspondientes, y es mínima la proporción de casos que llegan a la Sala de lo Penal del TS.

15. Respecto a la temática de los asuntos que en relación con la responsabilidad sanitaria llegan a casación, la mayor parte suscitan como cuestión, principal o en unión de otras) la del consentimiento informado, y no el de mala praxis médica. Sobre todo desde la entrada en vigor de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (LDP), y la mayor concienciación social de los derechos que protegen a este. ■

X. NOTA FINAL

Finalizando, se ha tratado de ser en esta Tesis Doctoral riguroso con la doctrina académica y jurisprudencial en Derecho pero, a la vez se ha observado con mimo la obra para no caer en el error de lo que XIOL RÍOS califica como “confuso, complejo y pretencioso” del hermético lenguaje jurídico, buscando lograr “claridad y precisión”, que espero haber obtenido. ■

XI. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

1. AA.VV., *Memento Penal Francis Lefebvre*, Ed. Francis Lefebvre, 2010.
2. ABEL LLUCH, X. (Director), *El juez civil ante la investigación biomédica*, Consejo General del Poder Judicial, 2005.
3. ABOGACÍA DEL ESTADO, *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Aranzadi, 2009.
4. ALAÑÓN OLMEDO, F., HENRÍQUEZ SALIDO, M.C., OTERO SEIVANE, J., *El latín en la jurisprudencia actual*, Civitas Thomson Reuters, 2011.
5. AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION (APA), *Manual de estilo de la American Psychological Association*, México, 2002.
6. ÁNGEL YAGÜEZ, R. de, *Daños punitivos*, Civitas Thomson Reuters, 2012.
7. ARCOS VIEIRA M.L., *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Thomson Aranzadi, 2007.
8. ASÚA GONZÁLEZ, C., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson Aranzadi, 2008.
9. ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.
10. BAÑEGIL ESPINOSA y SALVADOR CRESPO, *Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica*, Actualidad Civil, nº 7, 1997.
11. BELADIEZ ROJO, M., *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
12. BELLO JANEIRO, D.:
 - (Director), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Xunta de Galicia, Escola Galega de Administración Pública, (Santiago de Compostela), 1999.
 - (Coordinador), *Cuestiones actuales de responsabilidad civil*, Reus, 2009.
 - *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Reus, 2009.

- *La responsabilidad médica*, Pontificia Universidad Javeriana - Temis (Colombia), 2011.
- 13. BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., *Haciendo una tesis*, Tirant lo Blanch, 2012
- 14. BUCKMAN, R, *How to break bad news. A guide for health care professional*, Baltimore - John Hopkins, University Press. 1992.
- 15. CARRASCO PERERA, A. *Comentario al art. 1.101 del Código Civil. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid, Edersa. Tomo XV, Vol. I.
- 16. CENTRO DE ESTUDIOS GARRIGUES, *Libro de Estilo Garrigues*, Aranzadi Thomson Reuters, 2006.
- 17. CLIMENT DURÁN, C., *Código Penal y jurisprudencia sistematizada*, Tirant lo Blanch, 2011.
- 18. CLIMENT DURÁN, C., GARRIDO GENOVÉS, V. y GUARDIOLA GARCÍA, J., *El informe criminológico forense. Teoría y práctica*, Tirant lo Blanch, 2012.
- 19. CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS, Ed. Almedina, Coimbra, 2012
- 20. COOK, R.:
 - *Coma* (Coma), 1977.
 - *Convulsión* (Seizure), 2003.
- 21. CORBELLA DUCH, J., *Manual de derecho sanitario*, Atelier, 2006.
- 22. CÓRDOBA RODA, *Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código Penal*, en DERECHO Y SALUD, 1996
- 23. DA CUNHA GOMES RODRIGUES, A., *Responsabilidade Médica em Direito Penal*, Ed. Almedina, Coimbra, 2007.
- 24. DAMIÁN MORENO, J., *Introducción al sistema judicial español*, Dykinson, 2010.
- 25. DANIEL DEI, H., *La tesis. Cómo orientarse en su elaboración*, Prometeo Libros, 2006.
- 26. DARWIN, C., *On the Origin of Species*, Ed. John Murray, Londres, 1859.

27. DÍAZ MARTÍNEZ A.: *El resarcimiento de los daños causados con ocasión de la asistencia sanitaria pública: de la responsabilidad civil a la responsabilidad patrimonial de la Administración*, Revista Xurídica Galega, número 21, 1998.
28. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y otros, *Introducción a la medicina legal*, Díaz de Santos, 2007
29. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Código Penal y legislación complementaria*, Thomson Reuters, 2009.
30. DICCIÓNÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA, Porto Editora, Porto, 2012.
31. DICCIONARIO ILUSTRADO LATINO-ESPAÑOL/ESPAÑOL-LATINO VOX, Larousse Editorial, 2012.
32. DICCIONARIO PORTUGUÉS-ESPAÑOL/ESPAÑOL-PORTUGUÉS, Ed. Librería Universitaria, Barcelona, 2008
33. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. y ARANA DE LA FUENTE, I., *El desbordamiento del derecho de daños*, Civitas Thomson Reuters, 2009.
34. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., *Responsabilidad objetiva y nexos causales en el ámbito sanitario*, Comares, 2006.
35. DO ROSARIO NUNES, M., *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, Ed. Almedina, Coimbra, 2007.
36. DOR'S y PÉREZ-PEIX, A., *Derecho Privado Romano*, Eunsa, 2004.
37. ECO, U., *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*, Gedisa, 2001.
38. ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios*, Comares, 2006.
39. FARMAINDUSTRIA:
 - *La industria farmacéutica europea en cifras*, Revista Farmaindustria nº 5, 2004-2005 (www.farmaindustria).
 - *Memoria Anual 2002 y 2003*. (www.farmaindustria).
40. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, Civitas Thomson Reuters, 2010.

41. FERNÁNDEZ DOMINGO, J.O., *Prontuario de citas*, Servicio Publicaciones Facultad Derecho - UCM, 2007
42. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. (Coordinador), *Diccionario Jurídico*, Thomson Aranzadi, 2006.
43. FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, 2007.
44. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *Código Civil*, Thomson Aranzadi, 2006.
45. FUENTES BARDAJÍ, J. de (Director) y ZABALA GUADALUPE, J.J. (Coordinador), *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Abogacía General del Estado, Aranzadi Thomson Reuters, 2009.
46. GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica*, Civitas-Aranzadi (Thomson Reuters), 2011.
47. GALLARDO CASTILLO, M.J., *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, La Ley, 2011.
48. GARCÍA ANDRADE, J. A.: *Reflexiones sobre la responsabilidad médica*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1998.
49. GARCÍA BLÁZQUEZ, M. y CASTILLO CALVÍN, J.M., *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses)*, Comares, 2011.
50. GARCÍA HERNÁNDEZ, T., *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, Edisofer, 2002.
51. GARCÍA LLERENA, V.M., *De la bioética a la biojurídica: el principialismo y sus alternativas*. Ed. Comares, 2012
52. GARCÍA RIVAS, *La imprudencia profesional: una especie a extinguir, en El nuevo Código Penal. Presupuestos y fundamentos*. Comares, 1999.
53. GARCÍA RUBIO, M^a P.: *El incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad médica*, en *Libro Homenaje al profesor Alonso Pérez*, volumen I, Madrid, La Ley 2006.

54. GARRIGA GORINA, M. *Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS (Sala 1ª) 7.6.2002 Indret 3/2003*, 155.
55. GARSIDE, J.P., *Law for Doctors: Principles and Practicalities*, Royal Society of Medicine Press, London, 2006.
56. GASCÓN ABELLÁN, M., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., CANTERO MARTÍNEZ, J. (Coordinadores), *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, 2011.
57. GIL MEMBRADO, C., *La historia clínica. Deberes del responsable del tratamiento y derechos del paciente*, Comares, 2011.
58. GILI SALDAÑA, M.: *El producto sanitario defectuoso en Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2008.
59. GODINO IZQUIERDO, J., *Manual de derecho básico para profesionales sanitarios*, Arán Ediciones, 2009.
60. GÓMEZ DE HITTA, J.L., *Formas jurídicas de la Organización Sanitaria, Derecho Público y Derecho Privado en la provisión pública de servicios sanitarios*, Escuela Andaluza de Salud Pública (EASP), 2000.
61. GÓMEZ JARA, M., *La responsabilidad profesional sanitaria*, Atelier.
62. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*. Tirant lo Blanch, 2003.
63. GÓMEZ ROYO, E. y otros, *Fraseología jurídica latina*, Edit. Tirant Lo Blanch, 2010.
64. GÓMEZ TOMILLO, *Límites al deber de secreto médico y Derecho penal*, en Revista General de Derecho penal, nº 12, 2009.
65. GÓMEZ-POMAR, F. *Daño moral*. Indret, 1/00.
66. GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.:
 - *Resarcimiento por daños morales derivados de del funcionamiento de los servicios sanitarios en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha*. RJCLM, Dic. 2009.
 - (Director) *Responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria en la doctrina del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha*. Monográfico de la RJCLM, Dic. 2009.

67. GONZÁLEZ CUETO, T.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Ed. Aranzadi, 2003

68. GORDON, N.:
 - *El comité de la muerte* (The Death Committee) 1969.
 - *El Médico* (The Physician) 1986.

69. GRACIA GUILLÉN, D., *Fundamentos de bioética*, Triacastela, 2008.

70. GRATACÓS, E., *La imprudencia en el nuevo Código Penal. Especial referencia a la imprudencia profesional y a la inhabilitación especial*. Derecho y Salud, 1997.

71. GUERRERO ZAPLANA, J., *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria Doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios*, Lex Nova. 2006.

72. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F., *Diccionario de Derecho Romano*. Reus, SA, 1995.

73. HARPWOOD V., *Medicine, malpractice and misapprehensions*, Routledge-Cavendish, New York, 2007.

74. IGLESIAS-REDONDO, J., *Diccionario de definiciones y reglas de Derecho Romano*, Ariel, 2005.

75. JAKOBS, G. y POLAINO NAVARRETE, M., *Las condiciones de juridicidad del Sistema Penal*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007

76. JAMES, P.D.:
 - *Muerte de un forense* (Death of an Expert Witness) 1977.
 - *Mortaja para un ruiseñor* (Shroud for a Nightingale) 1998.

77. JIMÉNEZ LÓPEZ, M.N., *Los procesos por responsabilidad civil-médico sanitaria*, Tecnos, 2011.

78. JORQUI AZOFRA, M., *Análisis genéticos en el ámbito asistencial: Reflexión ético-jurídica*, Comares, 2010.

79. KATCHI, A., *Diccionário da Parte General do Código Civil Português*, Ed. Almedina, 2006.

80. LAMATA COTANDA, F. y otros, *Manual de Administración y Gestión Sanitaria*, Díaz de Santos, 1998.

81. LARIOS RISCO, D. (Coordinador):
- *Error sanitario y seguridad de pacientes (Bases jurídicas para un registro de sucesos adversos en el Sistema Nacional de Salud)*, Comares, 2009.
 - *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*, Lex Nova, 2007.
82. LECUONA RAMÍREZ, I. de, *Los comités de ética como mecanismos de protección en investigación biomédica: Análisis del régimen jurídico español*, Civitas Thomson Reuters, 2011.
83. LEÓN CORREA, F.J., *Bioética*, Palabra, 2011.
84. LOIS CABALLÉ, A.I.: *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, Tecnos, Madrid, 1996.
85. MACIA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales*, Tirant Lo Blanch, 2005.
86. MARCOS OYARZUN, F.J., *Reparación integral del daño. Daño moral*, Ed. Bayer, Hnos. S.A, Barcelona, 2002.
87. MARÍN CASTÁN, F., *Supuestos de Responsabilidad Civil de los Artículos 1903 a 1910 del Código Civil*, La Ley, 2012.
88. MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIÚ. *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2006*. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 73, 2007.
89. MARTÍN POLO, R., *El error en medicina (Responsabilidad del médico. La autopsia clínica como instrumento de calidad asistencial)*, Cultivalibros, 2011.
90. MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *El derecho médico*, Tecnos, 1986.
91. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.:
- *La responsabilidad civil y penal del anestesista*, Comares, 1995.
 - *La responsabilidad penal del médico y de sanitario*, Colex, 1997.
92. MARTORELL ZULUETA, P., (Coordinador), *Código Civil. Jurisprudencia sistematizada*, Tirant lo Blanch, 2011.

93. MEDIURIS, *Derecho para el personal sanitario*, Marcial Pons, 2011.
94. MENDOZA CALDERÓN, S., *Responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, Tirant lo Blanch, 2011.
95. MONTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado*, Marcial Pons, 1996.
96. MORALES PRATS, *Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitarios*, Derecho y Salud, 2001.
97. MORILLAS CUEVA, L. (Director), SUÁREZ LÓPEZ, J.M. (Coordinador), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa de médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, 2009.
98. MOYA JIMÉNEZ, A., *Aspectos prácticos de la responsabilidad civil, mercantil y administrativa*, Bosch, 2005.
99. NÚÑEZ PAZ / GUILLÉN LÓPEZ, *Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal*, en REVISTA PENAL, n° 22, 2008.
100. ORGANIZACIÓN MÉDICO COLEGIAL DE ESPAÑA (OMC), www.cgcom.es
101. PANTALEÓN PRIETO, F. *Sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor*. Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 245, 9 de mayo de 1996.
102. PARRA LUCAN. M.A. *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1994*, CCJC n° 35.
103. PASQUAU LIAÑO, M.: *La noción de defecto a efectos de la responsabilidad civil de fabricante por daños ocasionados por productos*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguro.
104. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., *La intervención jurídica en la actividad médica: El consentimiento informado*, Dykinson, 1997.
105. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *Daño moral por incumplimiento de contrato*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Pamplona, 2006.

106. PÉREZ-ÍÑIGO QUINTANA, F. y ABARCA CIDÓN, J., *Un modelo de hospital*, Profesionales de la Medicina y de la Empresa, SA, 2004.
107. PHILLIPS, E. y PUGH, D., La tesis doctoral, Bresca, 2008.
108. PULIDO QUECEDO, M., *El consentimiento informado en materia de salud: ¿derecho humano fundamental?*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, Tribuna, 5/2001.
109. REGLERO CAMPOS, L.F. (Coordinador), *Tratado de Responsabilidad civil*, Thomson Aranzadi, 2009.
110. REQUEJO NAVEROS, *El secreto profesional del médico y su protección jurídico-penal: una perspectiva histórica*, en FORO (Nueva época), n° 6, 2007.
111. RIBOT IGUALADA, *La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado*, RDP, noviembre-diciembre, 2007.
112. RIVAS LÓPEZ, A.L., *Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (Aspectos de su práctica administrativa y procesal)*, Editorial Asesores Locales, 2012.
113. RIVERA-CAMINO, J., *Cómo escribir y publicar una tesis doctoral*, ESIC, 2011.
114. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.:
 - *Manual sobre la responsabilidad en el derecho español* (Colección Estudios Jurídicos), Edisofer, 2010.
 - *Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Atelier, 2007.
115. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., *Responsabilidad Penal en el ejercicio de actividades Médico-Sanitarias*, Ed. Marcial Pons, 2012.
116. ROMEO CASABONA, C.M.:
 - *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*. Comares, 2005.
 - *Responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 2002.
117. RUBIO TORRANO, E., *Derechos fundamentales y consentimiento informado*, Aranzadi Civil, Tribuna, 19/2001.

118. RUIZ IGLESIAS, L. (Coordinador), *Claves para la Gestión Clínica*, Mc Graw Hill, 2004.
119. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado en el acto médico, en Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*, Fundación Lilly, 2008.
120. SÁNCHEZ CARO, J., *Derecho Sanitario. Manual de Administración y Gestión Sanitaria*. Díaz de Santos, 1998.
121. SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN F. (Coordinadores):
 - *Ensayos clínicos en España*, Ed. Médicas, SL, 2005
 - *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Comares, 2008.
 - *Investigación bioética en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y científicos*, Comares, 2007.
122. SÁNCHEZ CARO, Javier y SÁNCHEZ CARO, Jesús, *El médico y la intimidad*, Comares, 2001.
123. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tiran lo Blanch, 2002.
124. SANCHO GARGALLO, I. *Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado*. WP. nº209. Barcelona 2004
125. SANZ MULAS, N., *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: Responsabilidades civiles y penales*, Comares, 2012.
126. SARRATO MARTÍNEZ, L., *Código de derecho sanitario*, Difusión Jurídica, 2011.
127. SEIJAS VILLADANGOS, E., *Los derechos del paciente*, Boletín Oficial del Estado (BOE), 2006.
128. SOTO NIETO, F., *El seguro obligatorio de responsabilidad profesional sanitaria*, La Ley, 2003.
129. TEJEDOR MUÑOZ, M. y MORO AGUADO, J., *Derechos del paciente (Criterios para su evaluación en centros hospitalarios)*, Editorial Universidad Europea Miguel Hernández, 2011.

130. TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (Directores), *La protección jurídica del paciente como consumidor*, Thomson Reuters, 2010.
131. VÁZQUEZ BARROS, S., *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant lo Blanch, 2009.
132. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*. Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela, 2003.
133. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Thomson Aranzadi, 2003.
134. VILLASEÑOR RODRÍGUEZ, I. y GÓMEZ GARCÍA, J.A., *Investigación y documentación jurídicas*, Dykinson, 2009.
135. VIÑAL, A., *Diccionario Español-Portugués/Portugués-Español de términos comerciales, económicos y jurídicos*, Ed. Marcial Pons, 2003.
136. XIOL RÍOS, J.A., *El daño moral y la pérdida de oportunidad*, Revista Jurídica Catalunya rf. 1, 2010.
137. YZQUIERDO TOLSADA, M. (Director), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Dykinson, 2010.

Se han utilizado asimismo diversas **fuentes de prensa**, entre ellas:

- Diario “El País”, 16 de mayo de 2007 (Caso “Maeso”).
- Diario “El País”, 22 de junio de 2007 (Caso “Leganés”). ■

XII. FIRMA DEL AUTOR

TESIS DOCTORAL EN DERECHO:

“LAS CUATRO VERTIENTES DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA”¹⁰⁷

**“EL JUEZ ANTE LAS CUATRO VERTIENTES DE LA
RESPONSABILIDAD SANITARIA”**

En Madrid, a 14 de abril de 2012.



Autor: D. **Francisco Javier CARRO GONZÁLEZ**

¹⁰⁷ *(respecto al título ver *Preámbulo* y *Título de la Tesis Doctoral*, págs. 5-7)

ANEXOS

TESIS DOCTORAL EN DERECHO
DOCTORADO EUROPEO
Universidade Portucalense Infante D. Henrique
Oporto (Portugal)

**“REFLEXÕES ACERCA DA
RESPONSABILIDADE MÉDICA EM
PORTUGAL”**

Autor: **Francisco Javier CARRO GONZÁLEZ**

ABSTRACT

El autor reflexiona sobre dos de las vertientes de la responsabilidad médica, dentro del marco de la legislación portuguesa en dicha disciplina: la *responsabilidad civil* y la *responsabilidad penal*.

En la actualidad en Portugal, tanto los Jueces como el Ministerio Público portugués requieren de un acervo de conceptos operativos, debido al aumento de la litigiosidad ante los tribunales, por causas relacionadas con la responsabilidad médica en todas sus derivadas.

Se realiza en primer lugar, un recorrido por las fases del proceso de responsabilidad civil, presupuestos y tipos de la responsabilidad civil médica en la legislación portuguesa, con particular énfasis en el tratamiento que la jurisprudencia y la doctrina aplican a esta materia.

Dentro del ámbito de la responsabilidad penal del médico, se diserta acerca de los términos: *culpa penal*, *acción delictiva* e *ilicitud penal médica*. Asimismo, y con el objeto de discernir acerca de la posible responsabilidad médica en la que se puede incurrir,

O autor reflete em duas vertentes da responsabilidade médica, no âmbito da legislação portuguesa nesta disciplina: *responsabilidade civil* e *responsabilidade criminal*.

Actualmente, em Portugal, os Juízes e o Ministério Público português requerem uma riqueza de conceitos operacionais, devido ao aumento do contencioso perante os tribunais, por causas relacionadas com a responsabilidade médica.

É feito, em primeiro lugar, uma viagem através dos estágios do processo de responsabilidade civil, presupostos e tipos de responsabilidade médica na legislação portuguesa, com especial ênfase sobre o tratamento que a jurisprudência e a doutrina aplicam a este assunto.

No âmbito da responsabilidade penal do médico, o autor aborda em específico diversos termos: *culpa penal*, *ação delituosa* e *ilicitude penal médica*. Ainda neste âmbito e com o propósito de avaliar a responsabilidade médica possível que pode ser incorrida, efectua algumas comparações de relevo entre vários conceitos intimamente

diferencia el autor entre varios conceptos estrechamente relacionados, pero que es preciso clarificar como son: *error médico*, *negligencia médica*, *acontecimiento adverso* y violación de la *lex artis*.

El ordenamiento jurídico penal de Portugal considera que la realización de tratamientos médicos efectuados sin el consentimiento del paciente es susceptible de integrarse en un delito contra la integridad física, tanto en el Código Penal portugués de 1982, como en las diversas modificaciones legislativas a las que éste ha sido sometido, considerando que el bien jurídico tutelado cuando concurre falta de consentimiento del paciente, no es el cuerpo, la salud o la vida del paciente, sino la autodeterminación del mismo -el derecho a disponer libremente sobre su cuerpo y hasta sobre su vida- que se reconoce a todo ser humano.

Finalmente, se hace especial énfasis sobre el *deber de información* y el *consentimiento informado*, por ser, además, el ordenamiento jurídico penal de Portugal, en estos aspectos concretos, uno de los más avanzados de Europa.

relacionados, mas que carecem de clarificação, tais como: *erro médico*, *evento adverso*, *negligência médica*, e violação da *lex artis*.

O sistema jurídicopenal de Portugal considera que a realização de tratamentos médicos efetuados sem o consentimento do paciente é suscetível de integrar um delito contra a integridade física.

Quer o Código Penal Português de 1982, quer as várias alterações legislativas a que foi sujeito postulam que o bem jurídico protegido, para efeitos de consentimento, não é o corpo, a saúde ou a vida do paciente, mas a autodeterminação do mesmo -o direito de dispor livremente sobre seu corpo, e até sobre sua vida-, que é reconhecido a toda pessoa humana.

Finalmente, é colocado especial ênfase no *dever de informação* e *consentimento informado*, sendo o sistema jurídico penal português, nestes aspectos específicos, um dos mais avançados na Europa.

- **Palabras clave:** *responsabilidad civil médica, responsabilidad penal médica, culpa penal, acción delictiva, ilicitud penal médica, error médico, negligencia médica, acontecimiento adverso, lex artis, deber de información, consentimiento informado.*

- **Palavras-chave:** *responsabilidade civil médica, responsabilidade penal médica, culpa penal, ação delituosa, ilicitude penal médica, erro médico, negligência médica, evento adverso, lex artis, dever de informação, consentimento informado. ■*

“REFLEXÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA EM PORTUGAL”

Francisco Javier Carro González – Advogado

Porto (Portugal), 19 de octubre de 2012

SÍNTESE

1. Introdução

1.1. Conceito de “responsabilidade”.

2. Responsabilidade civil do médico

2.1. A responsabilidade civil médica na legislação portuguesa.

2.2. Tipos de responsabilidade civil.

2.3. Fases do processo de responsabilidade civil

2.4. Pressupostos da responsabilidade.

3. Responsabilidade penal do médico

3.1. Conceito de culpa penal.

3.2. Acção delituosa.

3.3. Ilicitude Penal Médica.

3.4. Diferença entre erro médico, negligência médica, evento adverso e violação das *leges artis*.

3.5. “Dever de esclarecimento” e “dever de informação”.

4. Bibliografía

1. Introdução

O presente artigo constitui uma reflexão sobre duas vertentes, tendo em vista, especialmente, a jurisprudência. impõe-se notar que *se enmarca coa Dissertação e nesse plano de Doutoramento apresentada a Universidade da Corunha (Espanha)*, com particular ênfase em matéria da responsabilidade médica. Na actualidade, os Magistrados Judiciais e o Ministério Público Português requirem de um acervo de conceitos operativos, coadas à luz do Direito contemporâneo, com especial reflexo no domínio da Responsabilidade médica, e no aumento exponencial da litigância nos tribunais.

Si analizamos a legislação portuguesa nestas materias devemos partir da propriamente civil. E assim, observamos primeiramente o Código Civil português vigente do 1966.

Chegados aqui, dizer que quando nos referimos aos factores determinantes da responsabilidade médica estamos, como é óbvio, a referir-nos às «*causas*» dessa responsabilidade.

1.1. Conceito de “responsabilidade”

A palavra *responsabilidade* contempla várias definições possíveis. De acordo com o *Dicionário da Língua Portuguesa* (Porto Editora)¹, “*responsabilidade*” é o cargo ou a obrigação moral que um sujeito tem pelos possíveis erros cometidos perante uma determinada situação.

A responsabilidade é, da mesma forma, a obrigação de consertar e satisfazer uma culpa. Outra definição mencionada pelo *Dicionário da Língua Portuguesa* (Porto Editora) assinala que a responsabilidade é a capacidade existente em todo e qualquer indivíduo activo de direito em reconhecer as consequências de um feito que tenha realizado deliberadamente. Como tal, por pessoa responsável entende-se aquela que ocasiona conscientemente um feito podendo ser imputada pelas consequências que esse

feito possa causar. Desta forma, a responsabilidade é uma virtude dos seres humanos livres.

A responsabilidade, para o filósofo alemão HANS JONAS, é um imperativo do Direito Ambiental, o qual estabelece que as pessoas devem agir de tal maneira que os efeitos das suas ações sejam compatíveis com a permanência da vida humana autêntica no planeta Terra. Este princípio da responsabilidade tem base na forma do imperativo categórico *kantiano*. HANS JONAS defende a tese de que os mandamentos da ética tradicional, direcionados ao agir próximo, às relações imediatas dos cidadãos, sem preocupação com o futuro da vida humana e extra-humana. Tal realidade foi possível pela inexistência de técnicas que têm o poder de colocar em risco a continuidade futura do planeta. O futuro existia enquanto eternidade e valia a pena perder tudo para alcançá-la. A ciência moderna causou inúmeras transformações e por meio dela o homem passou a ter poderes ilimitados, desmedidos e onipotentes. Entende que os excessos tecnológicos, se utilizados por governantes, organizações ou pessoas inescrupulosas podem causar efeitos catastróficos. Limitar o poder com princípios que sejam capazes de frear às promessas utópicas da técnica, do ideal *prometeano*, *galileano* e *baconiano* seria combater o *niilismo* e colocar a vida novamente no seu lugar de honra.

A “ontologia moral do temor” é um dos aspectos mais originais da ética de responsabilidade, onde o dever de poder e de fazer é enunciado em termos ontológicos. O medo, a ameaça e a morte, vem da possibilidade de o homem poder dizer não ao imperativo da existência. O “não” ou “não-ser” significa um “sim” à vida e sua possibilidade de continuidade. Nosso poder querer revestido de moralidade necessita de estar atento às conquistas tecnológicas, para que não sejam utilizadas contra o fim último da natureza ou do bem substancial que é a vida. A ética de responsabilidade está direcionada ao futuro para que continue existindo indefinidamente a possibilidade de vida. “*O futuro do qual somos responsáveis é o autêntico fim de nossa responsabilidade*”. Somos responsáveis por tudo e por todos e não somente com a ação passada como menciona o positivismo jurídico.

Já noutro sentido, se relacionarmos a responsabilidade com os termos *autoridade* e *hierarquia*, então, a responsabilidade designa a obrigação de um subordinado cumprir um dever que lhe foi designado e de responder, perante o seu superior, pelas suas próprias acções; resulta da relação de *hierarquia* existente entre superior e subordinado, nomeadamente do facto do primeiro ter a autoridade formal de exigir serviços específicos ao outro. Desta forma, ao contrário da *autoridade*, a *responsabilidade* estabelece-se no sentido subordinado-superior.

Duas características importantes da responsabilidade são a de que não pode ser delegada para os níveis inferiores da *hierarquia* e a de que nenhum subordinado reduz a sua responsabilidade ao delegar a outro a autoridade de realizar uma tarefa.

No Direito, fala-se de responsabilidade jurídica quando um sujeito viola um dever de conduta que tenha sido assinalado previamente por uma norma jurídica. Ao contrário da norma moral, a lei provém de um organismo externo ao sujeito (o Estado) e é coercitiva. Se uma pessoa for julgada de acordo com a lei e for responsabilizada pela violação de alguma norma jurídica receberá, portanto, uma sanção, o que pode incluir a perda da sua liberdade (a detenção).

Assim sendo, podemos referir-nos ao princípio da responsabilidade sob várias vertentes ou perspectivas:

1. *Responsabilidade em geral*, que é a capacidade de responder pelos seus actos. A natureza destes não interessa, sejam eles criminosos ou não (*a causa* ou o *começo de uma série causal*).

2. *Responsabilidade moral*, onde se situa a responsabilidade como valor. Afirma-se que um médico é responsável, quando age correctamente conforme os padrões éticos da sua profissão, da sua deontologia (nenhum médico em Portugal pode exercer a profissão sem prévia inscrição na Ordem dos Médicos).

3. *Responsabilidade social*, a qual diz respeito não à obrigação de um subordinado perante um superior, mas sim à obrigação de um indivíduo ou de uma organização perante a sociedade em geral.

4. *Responsabilidade jurídica*, que é a atribuição de responsabilidade por determinado acto ou efeito que envolve uma procura, uma actividade inquisidora e acusadora, e segundo a qual se colocam as questões como: *Quem é o responsável? Por causa de quem?*

5. *Responsabilidade médica*, a qual deve ser referida aos deveres e/ou obrigações que os médicos assumem para o e no exercício da sua profissão. Ésta deve ser dimensionada no contexto do espaço (físico e temporal) e do acto médico e também na experiência do agente (médico).

6. *Responsabilidade civil do médico*, que constitui a obrigação de reparar o dano consequente da sua intervenção. Esse dano pode ser de índole física, moral ou até a própria morte do doente.

7. *Responsabilidade disciplinar administrativa*, a que o médico exerce na qualidade de funcionario ou agente da Administração Pública (estabelecimentos públicos de saúde), fica também sujeito ao *Estatuto Disciplinar do Funcionalismo Público*. Responsabilidade que é apreciada em sede de processo disciplinar, nos termos do Direito Administrativo e, nomeadamente do Estatuto do Médico (enquanto agente da Função Pública).

8. *Responsabilidade disciplinar profissional*, a ser apreciada pelos Conselhos Disciplinares segundo as normas do Estatuto Disciplinar da Ordem dos Médicos. Essa inscrição vincula-o à disciplina da Ordem (Estatutos e Código Deontológico), e a outras disposições ou regulamentos internos.

9. *Responsabilidade penal ou criminal*, que são aquelas produzidas por outras disposições legais, constantes dos Códigos de Direito Penal e do Direito Civil, bem como de legislação avulsa, que tipificam certos actos como crimes, ficando sujeita ao julgamento em tribunais comuns, segundo as normas do Direito de Processo Penal.

- Em resumo, a responsabilidade médica abrange várias modalidades: civil, penal e disciplinar.

2. Responsabilidade civil do médico

A responsabilidade civil do médico é a obrigação legal em que se constitui o médico que causa prejuízo ao doente de reparar o dano ou de indemnizar a vítima (a terceiros ou seus familiares), quando esse prejuízo resulta de uma conduta faltosa (colocar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão).

Segundo o modelo jurídico de Portugal os profissionais de medicina podem ser acusados/denunciados/imputados por má prática em 3 diferentes níveis, incluindo simultaneamente: no civil, criminal, e/ou no disciplinar.

O sistema legislativo de Portugal trata a responsabilidade civil extracontratual nos artigos 483º e seguintes do Código Civil, referindo naquela primeira disposição que *“aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”*.

Por seu turno, a responsabilidade civil contratual está consagrada nos artigos 798º e seguintes do referido Código Civil de Portugal, estabelecendo na primeira dessas disposições que *“o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”*.

Ou seja, a responsabilidade por danos causados no exercício da medicina funda-se numa dualidade de fontes: o contrato e o delito.

A mesma também pode assumir natureza extra-contratual, quando, na prestação do serviço médico -objecto ou não de contrato- ocorreu violação culposa de direitos absolutos (direito à vida, direito à saúde). Ou, não existindo uma relação contratual entre o médico e o paciente.

Várias propostas doutrinárias como a de CUNHA GOMES consideram que o erro médico apenas assume relevância em termos de responsabilidade civil, quando através dele resulte um dano ou prejuízo no caso da responsabilidade civil e, mesmo assim, quando se verificarem os restantes pressupostos da responsabilidade civil extracontratual. Em matéria de responsabilidade civil contratual não está o paciente, se

for Autor, dispensado de alegar a *factualidade integrante da acção* ou *omissão médica*, mas já terá facilitada a matéria relativa à culpa, posto que, como se sabe, neste domínio existe o princípio da inversão do ónus da prova da culpa consagrado, entre nós, no artº 799º/1 do Código Civil, segundo o qual «*incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento não provem de culpa sua*».

O professor ANTUNES VARELA, que definiu o “consentimento do lesado” como a «*acquiescência do titular do direito à prática do acto que, sem ela, constituiria uma violação desse direito ou uma ofensa da norma tuteladora do respectivo interesse*».

2.1. A responsabilidade civil médica na legislação portuguesa

A lei portuguesa consagrou *expressis verbis* o “consentimento presumido”, nos termos do nº 3 do artº 340º do C. Civil de Portugal. O consentimento prestado pelo paciente, documentado em impressos, dos hospitais e consultórios médicos (com vista à defesa contra a invocação de eventual arbitrariedade no tratamento) tem como objectivo o tratamento ou intervenção médico-cirúrgica, incluindo os exames ou outros meios de diagnóstico, sendo que têm que ser efectuados com técnica necessária e diligência imprescindível e desde que medicamente indicados para o caso em apreciação, não cobrindo assim qualquer erro médico censurável, não obstante a previsão dos riscos que deverão ser objecto de esclarecimento ao paciente.

O “erro culposo”, e especialmente o erro grosseiro ou a negligência temerária não se incluem no âmbito do “consentimento prestado”, não são objecto de consentimento, pelo que as suas consequências danosas, não isentam o médico da responsabilidade, desde que ocorra a verificação cumulativa de todos os pressupostos da responsabilidade.

No ordenamento jurídico de Portugal, a responsabilidade civil do médico assenta na falta, e quando não se dá como provado que o dano ou prejuízo sofrido pelo doente, em consequência da intervenção médica, se deva a conduta faltosa por parte do médico, este não pode ser responsabilizado pela reparação.

Noutros termos, os médicos só podem ser civilmente responsabilizados pelos prejuízos causados aos seus doentes quando se faça prova de que esses prejuízos resultaram de faltas cometidas por si.

Isto porque quando um médico aceita tratar um doente, assume perante ele a obrigação de utilizar os meios mais adequados ao seu alcance, em conformidade com os dados da ciência médica, para tratar o doente. Sublinhe-se que, salvo raras exceções, trata-se de uma obrigação de meios e não de uma obrigação de resultados. Se o médico não cumpre essa obrigação de meios, infringe o compromisso assumido perante o doente e pode vir a ser responsabilizado pelos eventuais prejuízos por ele sofridos em consequência dessa infracção.

O regime da responsabilidade civil em Portugal, nos hospitais públicos ou em clínicas ou consultórios privados é diverso:

Os *tribunais administrativos* são competentes para julgar os litígios relativos a hospitais públicos (lei aplicável é o DL 48051, 21/11/1967). Relativamente à responsabilidade civil extracontratual do Estado, a medicina pública é considerada como acto de *gestão pública*, e os profissionais de saúde estão protegidos face a uma acção de responsabilidade civil, segundo o art. 2º do DL 48051 (o hospital responde perante o paciente lesado no caso de o profissional do Hospital ter agido com culpa).

Em caso de *culpa leve* o funcionário não é chamado a responder. O profissional de saúde só responde, em via de regresso, se tiver agido com *negligência grosseira* (*diligência e zelo manifestamente inferiores* àqueles a que se achavam obrigados em razão do cargo). A possibilidade de *gradação equitativa da indemnização* em caso de mera culpa está reservada à responsabilidade delitual (art. 494º).

Segundo DIAS PEREIRA, alguma doutrina defende a não ressarcibilidade de *danos não patrimoniais* em sede de responsabilidade contratual (art. 496º), embora a jurisprudência admita essa compensação. Perante uma situação que preencha simultaneamente a hipótese de responsabilidade delitual e contratual, a doutrina e a jurisprudência maioritárias aceitam a *teoria do cúmulo* de responsabilidades, isto é, o autor pode invocar simultaneamente normas das duas formas de responsabilidade para fundamentar a sua pretensão indemnizatória (“*Anspruchsnormenkonkurrenz*”).

Por outro lado, os profissionais de saúde respondem pelos danos que causarem, desde que actuem com culpa (ainda que leve). Se agirem no âmbito de um vínculo com uma clínica privada, no âmbito de um “contrato total”, o médico e a clínica serão *solidariamente* responsáveis.

Em contraste com a responsabilidade médica disciplinar ou penal, que são personalizadas (não repartíveis), a responsabilidade civil pode também ser solidária.

Ao nível da responsabilidade na equipa de saúde, PINTO CORREIA afirma que *“muitas técnicas são resultado de um trabalho de grupo ou de equipa. Este simples facto tende a diluir as responsabilidades. Se estas não se encontrarem perfeitamente definidas, é provável que ninguém saiba quem é responsável e porquê”*.

Já de acordo com LESSEPS LOURENÇO, a relação bipolar médico-doente deve ser equacionada como uma relação tripartida doente-instituição-equipa, cujos deveres/obrigações devem ser objecto de análise e definição para clarificação das responsabilidades de cada parte. Diz o mesmo que, haverá que distinguir se a prestação de cuidados médicos se faz no âmbito do exercício privado da medicina ou em estabelecimentos públicos de saúde.

No primeiro caso, o ordenamento jurídico aplicável é o que decorre das normas do Código Civil referentes a relações de natureza contratual e ou de índole extracontratual.

No segundo caso, ou seja no âmbito do exercício em estabelecimentos públicos de saúde, tem prevalecido alguma indefinição devido à evolução legislativa portuguesa. Discute-se se os actos médicos aí praticados devam ser considerados como actos de gestão privada ou actos de gestão pública.

Quanto à determinação dos sujeitos responsáveis, tendo em conta o preceito estabelecido no artigo 22º da Constituição de 1976, segundo o qual *o Estado e demais entidades públicas são civilmente responsáveis, de forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem* o referido A. conclui que existe

responsabilidade solidária da pessoa colectiva pública com o órgão, funcionário ou agente a quem seja imputável o facto danoso.

Existe responsabilidade pessoal e directa do médico só quando ele tiver actuado com dolo (aqui a Administração Hospitalar responde solidariamente) ou quando tiver excedido os limites das suas funções (art. 3º DL 48051, 21/11/1967).

É este o entendimento da doutrina maioritária, que veio a ser acolhido pelo Ac. (Acórdão) do Tribunal Constitucional 5/2005.

Por seu turno, no âmbito de uma actuação médica praticada em clínica privada, os *tribunais judiciais* são os competentes e vigoram as normas do Código Civil português, incluindo as regras sobre o contrato de prestação de serviços (arts. 1154º ss.12).

A responsabilidade civil médica tem por fonte um contrato de prestação de serviços celebrado entre o médico e o paciente, ou entre um estabelecimento de saúde e o paciente, caso em que assume a natureza de responsabilidade contratual.

A responsabilidade por danos causados no exercício da medicina funda-se numa dualidade de fontes: o contrato e o delito.

O Supremo Tribunal de Justiça (desde 2001) vem entendendo que, se existir um contrato entre o médico e o paciente, a responsabilidade civil pelo acto médico assumiria, a um tempo, natureza contratual e natureza extra-contratual, uma vez que os danos resultantes do defeituoso cumprimento da ou das obrigações assumidas também seriam reparáveis em sede de responsabilidade extracontratual, porquanto tradutores da violação culposa de direitos absolutos, como são os direitos da personalidade.

2.2. Tipos de responsabilidade civil

- a) Responsabilidade civil *extracontratual*, *delitual* ou *aquiliana* (prevista nos arts. 483º ss. do Código Civil de Portugal) no que se estabelece o Princípio geral (art. 483º):

1.- “Aquele que, como dolo ou mera culpa, violar ilícitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

2.- *Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na Lei”.*

- b) Responsabilidade *contratual, negocial* ou *obligacional*, previstas nos arts. 562º ss. (“*obrigação de indemnização*”) encontramos normas comuns (concerne ao nexo de causalidade, cálculo da indemnização e culpa do lesado). No que se estabelece o Princípio geral (art. 562º):

“Quen estiver obrigado a reparar un dano deve reconstruir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparaçãõ”.

Também, se aplicam as normas relativas ao *incumprimento das obrigações* (previstas nos arts. 790º ss.).

- Diferenças entre estas duas formas de responsabilidade: o regime contratual mais favorável ao lesado (*credor*), no que respeita ao *ónus da prova da culpa*, ao *prazo de prescrição* e quanto à responsabilidade por facto de terceiro.

Salienta a doutrina que “os médicos estão obrigados para com os seus doentes, quer pelos específicos deveres que resultam do contrato entre eles celebrado quer de um genérico dever de cuidado e tratamento que a própria deontologia lhes impõe”. O médico deve actuar de acordo com as regras de cuidado, com a perícia e usando os conhecimentos que sejam compatíveis com “os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo”, exigindo-se-lhe uma actuação com o grau de cuidado e competência “que é razoável esperar de um profissional do mesmo ofício agindo em semelhantes circunstâncias”.

“Responsabilidade contratual” versus “responsabilidade extra-contratual”

Situação de responsabilidade extracontratual (casos com conduta do médico) *v.g.*, ofensas corporais, prática ilegal de aborto, violação de sigilo profissional, bem como as situações em que os danos causados pelo médico no decurso do tratamento não têm nenhuma conexão funcional com o mesmo.

O médico que realiza, por observação descuidada do paciente, um diagnóstico errado ou que descarta negligentemente os cuidados técnicos adequados à operação responde tanto obrigatoriamente por violação de um contrato de prestação de serviços médicos como delitualmente por ofensa à integridade física do paciente (Artigos 70º, nº1 e 483º, nº1 do Código Civil de Portugal).

Segundo PIRES DE SOUSA, o médico que mantém o seu consultório aberto com placa, encontra-se numa situação de proponente contratual, ou seja, um contrato consensual (Art. 219º do Código Civil de Portugal), que é claramente “pessoal” (o elemento decisivo é a confiança que o médico inspira ao doente e que tem como correlativo o “princípio de livre escolha”), de “execução continuada”, em regra, “sinalagmático” e “oneroso” e sempre susceptível de rescisão.

E a questão das diferenças de regime entre a responsabilidade contratual e a “*aquiliana*”: ónus da prova da culpa (Art. 799º, nº1 *versus* Art. 487º, nº1 do Código Civil de Portugal); prazos de prescrição (Art. 309º *versus* Art. 498º do Código Civil de Portugal); responsabilidade por facto de outrem (Art. 800º, nº1 *versus* Art. 500º do Código Civil de Portugal) ; atenuação equitativa da indemnização em caso de mera culpa (Art. 494º do Código Civil de Portugal).

E, de facto, facultar ao lesado a escolha entre os regimes que melhor o protejam no caso concreto é a solução que melhor se coaduna com o *princípio do favorecimento da vítima*. Admitir que, ao abrigo de um contrato de prestação de serviços *sui generis*, ficassem impunes condutas que - na ausência do contrato - integrariam responsabilidade *aquiliana*, constituiria o paradigma da não protecção do doente. Pelo contrato, as partes não pretendem renunciar à protecção geral que a lei lhes confere: o que pretendem é criar uma protecção acrescida.

Em Portugal, como refere PIRES DE SOUSA, a jurisprudência começou a pronunciar-se sobre a questão nos anos oitenta dando a entender a admissibilidade da tese do concurso de responsabilidades e foi expressamente admitido “o concurso de pretensões, por cumulação de responsabilidades” (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 4.4.2005, *Francisco Lourenço*, CJ 1995- II, pp. 31-35); admitiu-se a opção entre as duas responsabilidades (Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.4.2006, *Fátima Galante*, CJ 2006 – II, pp. 110-114, de 11.9.2007, *Rosa Ribeiro Coelho*, CJ 2007 – IV, pp. 77-81, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4.3.2008, *Fonseca Ramos*, CJ 2008 - I, pp. 134-143)), notando-se que a tutela contratual é a que mais favorece o lesado na sua pretensão indemnizatória face às regras em matéria de ónus da prova (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5.7.2001, *Ferreira de Almeida*, CJ 2001 – II, pp. 166-170).

A admissibilidade do concurso de responsabilidades implica que haja uma única acção, a que corresponde no plano material um único direito, que tem como objecto unitário o ressarcimento do dano, mas que pode ser fundamentada em diversas normas (*Anspruchsnormenkonkurrenz*).

Conforme explica o mesmo autor, a necessidade de não destruir “*in iudicio*” a relação de concurso existente entre as pretensões através de uma compartimentação da competência do tribunal impõe a construção doutrinária de um “*critério de extensão da competência*”, o qual tem apenas como limites a competência genérica ou exclusiva de outro tribunal na medida em que, nesses casos, nenhum outro órgão judiciário pode utilizar os poderes de subsunção atribuídos a esse tribunal.

A) Actividade do médico prestada num estabelecimento público de saúde

Nestes casos, vigora o regime da responsabilidade civil do Estado e demais entes públicos por danos causados pelos seus órgãos, agentes e representantes no exercício de uma actividade que deve ser considerada como de *gestão pública*.

Por conseguinte, o médico, quando exerce a sua profissão num hospital público posiciona-se como um *funcionário público* e exerce uma actividade de *gestão pública*.

Por isso, a eventual responsabilidade civil proveniente dos actos e omissões que nesse hospital pratique e se considerem lesivos dos direitos dos utentes, desde que, naturalmente, praticados no exercício e por causa dessa função pública, é regulada pelo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas- hoje, por uma recente lei de Dezembro de 2007 (Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro).

Antes de se abordar em particular a responsabilidade do médico enquanto agente do Estado e funcionário público, é importante delimitar o âmbito de aplicação deste regime, e a prática de *actos de gestão pública*:

Em Portugal, a *Lei de Gestão Hospitalar (lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro)*, estabelece os hospitais que integram o serviço nacional de saúde podem ser:

- a) Estabelecimentos públicos dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, e financeira, com ou sem autonomia patrimonial;
- b) Estabelecimentos públicos, dotados de personalidade jurídica, autonomia administrativa, financeira e patrimonial e natureza empresarial;
- c) Sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos;
- d) Estabelecimentos privados, com ou sem fins lucrativos, com quem sejam celebrados contratos.

A responsabilidade do médico e, bem assim, a do próprio hospital, é extracontratual, por decorrer do exercício da função administrativa que aquele desempenha.

Dos pressupostos da responsabilidade, assumem especial relevância, nesta análise, a *ilicitude* e a *culpa*, uma vez que conhecem um tratamento específico na referida lei.

Assim, as acções ou omissões de um médico serão consideradas *ilícitas* se:

- i. Violarem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares,
- ii. Infringirem regras de ordem técnica ou
- iii. Infringirem deveres objectivos de cuidado e
- iv. Se de tais acções ou omissões resultar uma ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos, designadamente, da saúde ou da vida do doente.

Terá também de haver *culpa* do médico para existir responsabilidade. A culpa deve ser apreciada, diz a lei portuguesa, “pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso”, a um médico “zeloso e cumpridor”.

O *grau de culpa* implica diferentes soluções jurídicas responsabilidade pelo ressarcimento dos danos:

a) Se o acto ou a omissão tiver sido praticado com *culpa leve*, é o hospital exclusivamente responsável pelos danos causados. Assim como também o será sempre que os danos causados a um doente não resultarem do comportamento concreto do médico ou não se consiga provar a autoria pessoal do acto ou da omissão causadora do dano, e este deva ser atribuído a um funcionamento anormal do serviço (artigo 7.º/3).

b) Se o acto ou a omissão (do médico) tiver sido praticado com *dolo* ou com *diligência e zelo manifestamente inferior àquele a que se encontrava obrigado atendendo ao cargo desempenhado*, o hospital é responsável, mas agora de forma solidária com o médico, gozando, posteriormente, do direito de regresso contra o mesmo, se for obrigado a indemnizar o paciente (o exercício do direito de regresso tornou-se obrigatório com a entrada em vigor da nova lei em Portugal).

B) Actividade do médico prestada em estabelecimento privado de saúde

A responsabilidade assenta na existência de um contrato, pelo que estamos perante um caso de responsabilidade contratual do próprio estabelecimento privado de saúde, com quem o paciente estabeleceu a relação jurídica.

A clínica responde pelos actos de todo o pessoal que utilizar no cumprimento das suas obrigações, assim, tendo ao seu serviço médicos, responde contratualmente pelos actos destes. Como responde, pelos actos do seu pessoal auxiliar (salvo em determinados casos por razões técnicas ou legais).

O acto tem de ser praticado sob a orientação e a vigilância de um médico - “transferência de autoridade”- a quem incumbe o poder de direcção e de vigilância, a responsabilidade por esses actos.

Nestes contratos entre a clínica privada e o doente, em Portugal encontra a jurisprudencia três modalidades na relação clínica-doente, a que correspondem diversos tratamentos jurídicos:

a) *Contrato total*, em que a clínica assume directa e globalmente obrigações de prestação de actos médicos conjuntamente com as de internamento hospitalar: a clínica é responsável, nos termos do artigo 800º, nº 1, do Código Civil, pelos actos praticados pelas pessoas que utiliza para o cumprimento das suas obrigações, incluindo os actos do médico ou médicos integrados no contrato;

b) *Contrato dividido*, que compreende apenas as obrigações próprias do contrato de internamento, embora acordado em conexão com um outro contrato de prestação de serviço médico directa e autonomamente celebrado com um médico: a clínica é, nestes casos, responsável apenas pelos actos praticados pelo pessoal envolvido na execução do contrato de internamento, com exclusão, pois, dos actos médicos;

c) *Contrato entre a clínica e o paciente*, cujo objecto exclusivo é a prestação de serviços médicos, necessariamente praticados por um ou mais

médicos – por via de regra, serviço médico prestado em regime ambulatorio e consistente em consultas, cuidados de saúde simples e/ou exames complementares de diagnóstico: o contrato tem o mesmo conteúdo e a mesma natureza que o contrato celebrado directamente com um médico profissional liberal, mas a obrigação de prestação de serviço médico é assumida pela clínica, pelo que é esta que é responsável nos termos do artigo 800º, nº 1, do Código Civil.

Nestes casos, as modalidades na relação médico-doente podem ser as seguintes:

a) No *contrato total* e no de *simples prestação de serviços médicos* contratados com a clínica, o médico não sendo parte no contrato, mas auxiliar ou pessoa utilizada para o cumprimento da obrigação (artigo 800º, nº 1, do Código Civil), não se obriga directamente perante o doente.

b) No *contrato dividido*, médico e doente estabelecem relações contratuais directas e diferentes, pelo que o médico responderá, no quadro da responsabilidade civil contratual, pelos seus próprios actos e pelos daqueles que utilize como seus auxiliares no cumprimento.

C) O acto médico (“obrigação de meios” vs “obrigação de resultado”)

Quando se apreciam questões em matéria de responsabilidade civil médica, é outra das questões que tem ocupado os tribunais portugueses, a de se saber se a execução de um contrato de prestação de serviços médicos pode implicar uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado.

a) Obrigação de meios: quando o devedor apenas se compromete a desenvolver, prudente e diligentemente, certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza.

b) Obrigação de resultado: quando o devedor, ao contrair a obrigação, se compromete a garantir a produção de certo resultado em benefício

do credor ou de terceiro, estando o devedor adstrito à efectiva obtenção do fim pretendido.

A prática do acto médico coenvolve, normalmente, da parte do médico, enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e saber profissionais, a assunção de uma obrigação de meios. E, por isso, só existirá incumprimento se for cometida uma falta técnica, por acção ou omissão dos deveres de cuidado, conformes aos dados adquiridos da ciência. No Acórdão do STJ, de 4 de Março de 2008, “é comum considerar-se que a prática de acto médico envolve, da parte do médico enquanto prestador de serviços que apelam à sua diligência e saber profissionais, a assunção de uma obrigação de meios”. E, por isso, “existe incumprimento se é cometida uma falta técnica, por acção ou omissão dos deveres de cuidado, conformes aos dados adquiridos da ciência, implicando o uso de meios humanos ou técnicos necessários à obtenção do melhor tratamento”.

No entanto, existem casos em que o médico está vinculado a obter um resultado concreto, sendo o exemplo citado mais frequentemente a *cirurgia estética de embelezamento* (como lhe chamam os civilistas brasileiros) mas já não a chamada *cirurgia estética reconstrutiva*, uma vez que esta é geralmente considerada como exemplo cirúrgico de obrigação de meios.

O Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão de 4 de Março de 2008, considera, por exemplo, que “face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma”. Justificando que: “Mal estariam os pacientes se os resultados de análises ou exames laboratoriais obrigassem, apenas, os profissionais dessa especialidade a actuarem com prudência, mas sem assegurarem um resultado”.

No objecto da prestação solicitada ao médico ou ao laboratório para saber se, no caso em concreto, estamos perante uma obrigação de meios –a demandar apenas uma actuação prudente e diligente segundo as regras da arte– ou perante uma obrigação de resultado, o que implica a afirmação de uma resposta e um resultado peremptórios e inequívocos.

Sendo a prestação do médico, por norma, uma obrigação de meios, não pode ser responsabilizado pela não obtenção de um resultado, mas:

- a) Ou pela circunstância de usar meios impróprios nos serviços que foi contratado prestar, uma vez que se exige que actue em conformidade com a diligência que a situação clínica do paciente impõe.
- b) Ou pela circunstância de omitir actos que essa diligência requer.

Já não assim no caso da intervenções cirúrgicas em que o estado da ciência não permite, sequer a cura mas atenuar o sofrimento do doente, caso em que, refere a jurisprudência portuguesa, “é evidente que ao médico cirurgião está cometida uma obrigação de meios”.

Apontando a decisão do STJ que, em especialidades como medicina interna, cirurgia geral, cardiologia, gastroenterologia, o especialista compromete-se a uma obrigação de meios; nas especialidades que não visam uma actuação directa sobre o corpo do doente, mas antes auxiliar na cura ou tentativa dela, como sejam os exames médicos realizados, por exemplo, nas áreas da bioquímica, radiologia e, sobretudo, nas análises clínicas, é dificilmente aceitável que se esteja perante uma obrigação de meios, devendo considerar-se que se trata de obrigações de resultado.

Inferem destas ideias os tribunais que o *erro médico* pode ser definido como “a conduta profissional inadequada resultante da utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorrectas que se revelam lesivas para a saúde ou vida de um doente” – podendo ser cometido por imperícia, inconsideração ou negligência. O médico erra, não quando não atinge o resultado da cura ou da minoração do mal ou do sofrimento do paciente, mas quando não utiliza as técnicas e conhecimentos que definem, em cada momento, as *leges artis*, com diligência, perícia e consideração.

Em Acórdão da Relação do Porto, de 20 de Julho de 2006, a responsabilidade civil médica supõe a culpa por o médico “não ter usado o instrumental de conhecimento, o esforço técnico, que se pode esperar de qualquer médico numa certa época e lugar”.

As *leges artis*, devem presidir ao trabalho do médico, e são “o conjunto de regras da arte médica, isto é, das regras reconhecidas pela ciência médica em geral como as apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico, na concreta situação em que tal abordagem ocorre”.

2.3. Fases do processo de responsabilidade civil

É despoletado pela *queixa* do doente-vítima (ou seus representantes legais), de que determinado dano foi consequência de conduta faltosa do médico, pelo que lhe é exigida uma reparação ou indemnização.

Do ponto de vista legal, a instrução do processo para o apuramento da responsabilidade civil do médico passa por várias fases, LESSEPS LOURENÇO estabelece as seguintes:

- 1) Confirmação e caracterização do dano alegado pela parte queixosa.
- 2) Definição e caracterização da conduta médica (da qual presumivelmente resultou o dano) e se essa conduta foi ou não conforme as *leges artis*.
- 3) Nexo de causalidade (ou *sequência causal*) entre esta conduta e as respectivas consequências danosas.
- 4) Se o médico agiu com mera negligência ou com dolo (no caso da sua conduta não ter sido de acordo com a *leges artis*)
- 5) Responsabilidade do médico é individual ou solidária.

2.4. Pressupostos da responsabilidade

Os pressupostos ou elementos constitutivos da responsabilidade civil são os mesmos, quer se trate de responsabilidade extracontratual, quer se trate de responsabilidade contratual.

Em primeiro lugar impõe-se a existência de um facto gerador de responsabilidade, um facto controlável pela vontade, um comportamento ou conduta humana onde cabe, evidentemente, o acto médico.

Em segundo lugar, exige-se a ilicitude do facto, que pode traduzir-se:

a) Ou na violação de um direito de outrem, designadamente de direitos absolutos, como os direitos inerentes à personalidade;

b) Ou na violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

Em terceiro lugar, é necessário existir culpa: isto é, para que dê origem a responsabilidade, o facto, além de ilícito, deve ser culposos, não bastando reconhecer que o agente tenha procedido objectivamente mal. Por um lado, a mera culpa ou negligência (falta de cuidado na prestação do serviço médico) e, por outro, o dolo (intenção de causar um dano), com responsabilidade criminal.

- A culpa é apreciada segundo padrões médios: quer para a responsabilidade extracontratual, quer para responsabilidade contratual, a lei usa o padrão “bom pai de família”, em face das circunstâncias de cada caso.

Na responsabilidade civil do médico, deve atender-se “ao sujeito suficientemente dotado de conhecimentos, experiência e capacidade”, o “*bonus pater familias*” para a sociedade em geral.

- A negligência médica aparece quando a perícia e o cuidado expectáveis –em razoável e mediano grau– não são postos em prática, sendo prestado um tratamento errado ou omitido o tratamento adequado.

Os Tribunais, invocam, aqui, frequentemente, o Código Deontológico dos Médicos, segundo o qual o médico deve exercer a sua profissão com o maior respeito pelo direito à saúde dos doentes, devendo assumir um comportamento profissional adequado à dignidade da sua profissão –obrigando-se, quando aceite o encargo ou perante o dever de atender um doente, à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, no pleno respeito pela dignidade do ser humano.

A obrigação de indemnização pressupõe, depois, a existência de um dano, patrimonial ou não-patrimonial– questão que, adiante, se tratará.

O quinto pressuposto da responsabilidade civil é a existência de um nexo de causalidade entre o acto médico e o dano sofrido pelo doente, de modo a poder-se concluir que este – o dano – resulta daquele (do acto médico).

É a doutrina do Código Civil: a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o paciente lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão, como refere o artigo 563º. Não há, assim, obrigação do médico de ressarcir todos e quaisquer danos que sobrevenham ao *fato ilícito*, mas tão só os que ele tenha na realidade ocasionado: ou seja, o *nexo de causalidade* (adequada) entre o facto e o dano desempenha a função de pressuposto da responsabilidade civil –e, ainda, a de circunscrever a obrigação de indemnizar.

Do artigo 653º do Código Civil, a jurisprudência portuguesa acolhe claramente a teoria da causalidade adequada: para que um facto seja causa de um dano, é necessário:

- Antes de mais, que ele seja condição sem a qual o dano não se teria verificado (*nexo naturalístico*);

- E depois, que em abstracto e em geral seja causa apropriada para produzir o dano (*nexo de adequação*).

Da *teoria de causalidade* deve considerar-se consagrada na nossa lei a sua formulação negativa, de maior abrangência e considerada mais criteriosa: o facto que actuou como condição do dano deixa de ser considerado como causa adequada, quando

para a sua produção tiverem contribuído, decisivamente, circunstâncias anormais, excepcionais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto.

Conforme DIAS PEREIRA, na responsabilidade por “erro técnico” ou “má-prática”, os *requisitos* ou *pressupostos* da responsabilidade são comuns à extracontratual e contratual:

1) O *facto voluntário* do agente, que se pode traduzir numa acção ou omissão.

2) A *ilicitude*.

3) O *nexo de imputação*, que abrange a *imputabilidade* e a *culpa* que se subdivide em dolo ou negligência.

4) O *nexo de causalidade*, adoptando-se a *teoria da causalidade adequada* (art. 563º CC de Portugal).

5) O *dano*, que pode ser de natureza patrimonial ou não patrimonial.

A *responsabilidade objectiva* só existe em casos excepcionais (art. 483/2 CC de Portugal). Para além das hipóteses do art. 8º do DL 48051, no âmbito da responsabilidade pelo risco do Estado e outros entes públicos (casos de *ensaios clínicos de medicamentos*, *doação de órgãos para transplante*, utilização de *material radioactivo*, e a *responsabilidade civil do produtor*).

O critério de apreciação da culpa está previsto no art. 487º CC de Portugal, em termos objectivistas, isto é, segundo a teoria da *culpa em abstracto* e dentro desta da *culpa como deficiência da conduta*. DIAS PEREIRA afirma, neste âmbito, que a culpa como *deficiência da conduta* e não apenas como *deficiência da vontade*, e pretende incluir na culpa não apenas a falta de cuidado, de zelo, de aplicação (a incúria, o desleixo, a precipitação, a leviandade ou ligeireza), mas também a falta de senso, de perícia ou de aptidão (a incompetência, a incapacidade natural, a inaptidão, a inabilidade).

3. Responsabilidade penal do médico

A informação ao cliente, de modo que ele possa dar "um consentimento simultaneamente livre e esclarecido", é de importância fundamental para a exclusão da responsabilidade do médico em caso de dano.

A conduta do médico em absoluta consonância com as normas que regem o exercício da medicina, somada à atuação conforme a *leges artis*, são geralmente apontadas como fatores suficientes para a exclusão da responsabilidade penal do médico.

Não obstante, a questão de apurar-se no caso concreto tal responsabilidade não é tão simples quanto parece. Por um lado, porque definir o que seja conduta conforme a *lex artis* pode ensejar dificuldades e controvérsias, considerando-se as peculiaridades de cada caso. Por outro lado, é preciso enfrentar a situação inversa: o não cumprimento dos regulamentos e da *lex artis*, por si só, autoriza, como consequência automática, tal responsabilização?

Para poder obter-se uma resposta, deve-se analisar o conceito de culpa penal, seus requisitos, já que a culpa é pressuposto necessário à responsabilização penal.

Veremos, a seguir, como identificar a culpa na conduta do médico, abordando a questão da atuação do médico conforme a *lex artis*, e ainda a responsabilidade penal decorrente do desrespeito aos *regulamentos* que devem nortear o exercício da medicina.

As principais situações da intervenção médica com efeitos penais cabem no âmbito dos chamados *crimes contra a integridade física*.

O Código Penal de Portugal, no seu artigo 143º, manda punir com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa⁷⁸ “quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa”.

A pena é agravada para prisão de 2 a 10 anos, quando da ofensa resulte privação de importante órgão ou membro, ou ocorra desfiguração grave e permanente; quando tenha como consequência a perda ou afectação grave da capacidade de trabalho, das capacidades intelectuais ou de procriação ou a possibilidade de utilizar o corpo, os

sentidos ou a linguagem; quando provoque perigo para a vida (artigo 144º do Código penal).

Se a ofensa ao corpo ou saúde de outra pessoa vier a produzir-lhe a morte a pena de prisão vai de 1 a 12 anos (artigo 145º do Código Penal).

Se a ofensa for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, a pena aplicável é agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo (artigo 146º do Código Penal).

O Código Penal de Portugal contém uma norma especialmente dirigida às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, que é o artigo 150º, segundo o qual, as intervenções e tratamentos não se consideram ofensa à integridade física, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por médico, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental.

Inversamente, se as intervenções ou tratamentos violarem as *leges artis* e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde, são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Trata a lei penal portuguesa, ainda, das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, ou seja, sem o consentimento do paciente, matéria que já se tratou atrás, a propósito do consentimento informado. (artigos 156º e 157º do Código Penal de Portugal).

3.1. Conceito de culpa penal

Para que a culpa seja considerado como pressuposto da responsabilidade penal tem que existir uma conduta penalmente relevante, isto é, aquela que decorre de determinado estado psicológico do agente, de modo que só há crime se estiver presente o elemento subjetivo previsto no tipo penal, agregado à conduta.

A conduta do agente deve ser dolosa ou culposa para que haja crime e, por consequência, responsabilidade penal.

Assim, como condição primeira para que seja *imputado* a alguém um crime é necessário:

1. Uma conduta humana dolosa ou culposa.
2. Um resultado (se for o caso, pois há crimes que se consumam somente com a conduta).
3. Umnexo de causalidade entre a conduta e o resultado.
4. Um perfeito enquadramento da conduta, do resultado e do nexo causal em uma norma que descreva um crime.

A pena a ser aplicada é aquela prevista abstratamente como decorrente do crime descrito na lei.

Presentes os elementos acima, temos um fato típico de ilícito criminal. A ocorrência de fato típico é condição necessária, mas não suficiente para que haja um crime. É ainda necessário que a conduta seja ilícita, quer dizer, contrária ao Direito. Há casos em que o agente pratica a conduta dirigida à obtenção do resultado, o qual vem a ocorrer, e ainda assim não há crime, pois as circunstâncias que o levaram a agir são justificáveis, sendo considerada lícita a ação. Não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, sendo que esta última hipótese de exclusão da ilicitude é relevante para o estudo da responsabilidade penal do médico.

O fato típico e ilícito caracteriza o crime. Mas para que seja efetivamente aplicada pena, a conduta deve ser reprovável, deve deflagrar a "reprovação social", ou ainda a "censurabilidade". A culpabilidade é, pois, pressuposto da aplicação da pena. São elementos da culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e *exigibilidade de conduta diversa*.

3.2. Acção delituosa

Neste sentido, devemos falar do “*nullum crimen sine actione*”, a acção delituosa. CUNHA GOMES fala dela como evolução dogmático-jurídica, desde a conformação naturalística mecanico-causal de modificação do mundo exterior, ligada causalmente à vontade, cega e indiferente a todo o juízo de valor (concepção causalista), passando pela concepção normativista da escola neoclássica como negação de específicos valores jurídico-criminais e perspectivada pela doutrina finalista como a supra determinação final de um processo causal, além das concepções tributárias das chamadas doutrinas intermédias.

3.3. Ilicitude Penal Médica

Como refere CUNHA GOMES, por “ilicitude” ou “antijudicidade”, deve-se entender, a contrariedade da acção humana com o Direito. Neste sentido, cita ROXIM para diferenciar entre ambos conceitos. “*Injusto*” seria a própria acção valorada antijuridicamente, enquanto a “*antijuridicidade*” seria a contradição da acção com a norma jurídica. Segundo ROXIM, os conceitos sistemáticos penais de “antijuridicidade” e de “injusto” distinguem-se na medida em que a “antijuridicidade” designa uma propriedade de acção típica, ou seja, a sua contradição com os mandados e proibições do direito penal, enquanto que, por “injusto”, se entende a própria acção típica e antijurídica, ou seja, o objeto de valoração de antijuridicidade com o seu predicado de valor.

Neste domínio, merece ser destacada a exigibilidade de conduta diversa na fixação da responsabilidade do médico.

Preliminarmente, cabe distinguir o “crime doloso” do “crime culposo”, consignando-se que a responsabilização penal do médico, na maioria dos casos, refere-se à prática culposa de crimes.

- a) Diz-se *crime doloso*, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

- b) Diz-se *crime culposo*, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

3.4. Diferença entre erro médico, negligência médica, evento adverso, e violação das *leges artis*

Neste mesmo sentido, CUNHA GOMES distingue entre o erro médico, a negligência médica, o evento adverso e a denominada violação das *leges artis*.

O erro médico só é penalmente relevante, quando, por via dele, o médico preenche a factualidade de qualquer tipo de ilícito penal, ou seja, na medida em que tal erro (“conduta médica errada”) fundamenta a imputação objectiva de um resultado lesivo a essa “conduta penalmente punível” (realização de um tipo legal doloso, na forma tentada ou consumada, ou de um tipo legal negligente, na forma consumada).

Impõe-se ainda mencionar, nesta matéria, os factores determinantes da responsabilidade médica («causas» dessa responsabilidade). Causa da responsabilidade criminal é a própria conduta criminosa e, para que esta exista, é mister que haja não apenas uma conduta voluntária, controlável pela vontade, mas que nela convirjam os restantes pressupostos da punição: ilicitude, tipicidade, culpa e punibilidade.

À responsabilidade penal por factos negligentes que integrem os ilícitos típicos de ofensas à integridade física ou de homicídio, interessa a própria estrutura da infracção penal, o surgimento do resultado típico, embora em termos puramente dogmáticos nada pareça impedir a criação de tipos legais negligentes de mera actividade ou de omissão pura.

No que respeita ao Direito Penal, o erro médico só é penalmente relevante quando, por via dele, o médico preenche a factualidade de qualquer tipo de ilícito penal em que o bem jurídico tutelado seja a saúde, o corpo ou a vida do paciente, ou a sua liberdade ou autodeterminação, na medida em que tal erro fundamenta a imputação objectiva de um resultado lesivo a uma conduta penalmente punível (realização de um

tipo legal doloso, na forma tentada ou consumada, ou de um tipo legal negligente, na forma consumada), como melhor se verá no número seguinte.

Segundo o mesmo autor, CUNHA GOMES estabelece que o processo causal naturalístico é uma cadeia de factores ligados, entre si, por um nexos de causa-efeito que nem sempre é suficiente, para a atribuição do resultado material à conduta do agente, exigindo-se, antes, a aplicação do “princípio lógico da causalidade” para a atribuição normativa, ou seja, valorativa, do resultado típico ao comportamento do agente.

SOUSA MENDES, ao referir-se ao denominado “*princípio lógico da causalidade*” (quando trata da evolução diacrónica do pensamento penal relevante em matéria da causalidade humana como origem da lesão ou do perigo de lesão dos bens jurídicos), refere: “não pode dizer-se que um golpe causou *naturalmente* a morte da vítima *-natura non facit saltus-* e podemos asseverar que nenhum relatório de perícia médico-legal mencionaria a agressão mecânica como a causa da morte da vítima, mas indicaria antes a própria ferida como a causa do decesso», acrescentando que «no entanto, o princípio lógico da causalidade garante a ligação do golpe (movimento corporal) com a morte da vítima (modificação do mundo externo penalmente relevante) em conformidade com a velha máxima segundo a qual também a causa da causa é causa causante (“*causa causae est causa causati*”).

Há que ter em atenção que o ordenamento jurídico-penal de Portugal considera, no art. 150º/1 do Código Penal, não haver ofensa à integridade física nos casos de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos realizados por:

- a) Médico ou pessoa legalmente equiparada;
- b) Havendo indicação médica;
- c) Conformidade com as *leges artis*;
- d) Intenção curativa.

Assim, estaremos perante um erro médico, no caso da responsabilidade penal, desde que se verifique o resultado típico, a lesão ou perigo de lesão da integridade física (corpo ou saúde/ artºs 143º e segs do C. Penal de Portugal) ou da vida (artºs 131º e segs.

do Código Penal de Portugal), mas sempre tendo em atenção que se verifica exclusão da tipicidade do crime de ofensas à integridade física se se verificar a cumulação dos requisitos exigidos pelo artº 150º, nº 1 do mesmo Código.

CUNHA GOMES defende que, desde o advento do Código Penal de 1982, em Portugal, o Direito Médico encontra nos preceitos daquele diploma legal que à matéria da responsabilidade médica concernem, a verdadeira e mais avançada matriz normativa, de tal forma que seria impossível que se não tivessem presentes tais preceitos no tangente, quer à responsabilidade civil do médico, *maxime* à responsabilidade extracontratual médica, quer à responsabilidade disciplinar de tais profissionais de saúde.

Os conceitos normativos de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos* (artº 150º/1), de *violação punível das leges artis* (artº150º/2) de *consentimento esclarecido ou informado* (artº 156º) e do próprio *dever de esclarecimento* (artº157º) gizados pelo Código Penal de Portugal, que mereceram de reputados penalistas de vários países europeus, dos quais são exemplo os alemães ALBIN ESER e KLAUS ULSENHEIMER, além do citado CLAUS ROXIN, oferecem ao jurista luso um respaldo de acordo com as mais modernas e abalizadas concepções doutrinárias médico-jurídicas, que não se limitam à jurisdição penal.

3.5. “Dever de esclarecimento” à de “dever de informação”

A expressão “dever de informação” é decorrente da locução inglesa “*informed consent*”, traduzida em português por “*consentimento informado*” devendo, como se referirá mais adiante, ser substituída com vantagem por “*consentimento esclarecido*” a que, como reverso, corresponde o pertinente dever de esclarecimento.

Para o paciente poder prestar validamente o seu consentimento, deve o mesmo ser convenientemente esclarecido sobre o diagnóstico, a índole, o alcance, a envergadura e as possíveis consequências da intervenção ou tratamento, como dispõe o artigo 157º do Código Penal de Portugal.

Dispõe o artigo 157º do Código Penal de Portugal, que o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido *devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento* ressaltando as situações em que a comunicação de tais circunstâncias podem colocar em perigo a vida ou, de forma grave, a saúde (física e psíquica) do mesmo.

O ordenamento jurídico-criminal de Portugal neste concreto aspecto, é dos mais avançados da Europa, pois ,enquanto a generalidade dos Estados considera que a realização dos tratamentos médicos realizados sem o consentimento do paciente é passível de integrar o crime de ofensas à integridade física, tanto o Código Penal português de 1982 (com as diversas alterações legislativas a que foi sujeito) como o Código Penal austríaco (§ 100 do *ÖStGB*), gizaram um tipo legal de crime em que o bem jurídico tutelado, quando ocorre a falta de consentimento do paciente, não é o corpo, a saúde ou vida do paciente, mas sim a autodeterminação do mesmo, o direito de dispor livremente sobre o seu corpo. Assim ocorre, porque um dos deveres que impende sobre o médico é o dever de esclarecimento (*Aufklärungspflicht*, no Direito germânico), justamente em homenagem à liberdade e ao consequente direito à autodeterminação sobre o seu corpo a até sobre a sua vida, que é reconhecido a toda a pessoa humana.

Por sua vez, o CDOM anterior, impunha ao médico o dever de procurar esclarecer o doente, a família ou quem legalmente o represente, acerca dos métodos de diagnóstico ou de terapêutica que pretende aplicar; mais concretamente, impunha ao médico o dever de revelar ao doente o prognóstico e o diagnóstico, salvo se o médico, por motivos que em sua consciência julgue ponderosos, entendesse que o não devia fazer.

O CDOM (*Código Deontológico da Ordem dos Médicos - Regulamento 14/2009, de 13.01.2009*) veio estatuir no seu artº 50º o seguinte:

«1- O diagnóstico e o prognóstico devem, por regra, ser sempre revelados ao doente, em respeito pela sua dignidade e autonomia. 2 - A revelação exige prudência e delicadeza, devendo ser efectuada em toda a extensão e no ritmo requerido pelo doente, ponderados os eventuais danos que esta lhe possa causar».

Do cumprimento deste “dever de informação” (e “dever de esclarecimento”), depende a validade do consentimento do paciente uma vez que, só um consentimento entroncado no conhecimento e compreensão do significado, alcance e riscos da intervenção médica (para efeitos de simples diagnóstico ou terapêuticos) poderá ser excluído da tipicidade do ilícito penal das intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (artigo 156º do Código Penal de Portugal) ou justificativo de ofensas corporais, *v. g.*, em caso de violação das *leges artis* (artigo 150º do Código Penal de Portugal *a contrario*).

Para que qualquer tratamento ou intervenção médica não se considere ofensa à integridade física são necessários quatro requisitos cumulativos:

1. Ser efectuado por médico ou pessoa legalmente autorizada,
2. Com intenção curativa,
3. Ser medicamente indicado
4. E ser realizado de acordo com a “*leges artis*”

Se algum destes requisitos faltar, estaremos perante “ofensas corporais típicas”.

Todavia, poderão ver excluída a sua ilicitude através do consentimento válido do ofendido, *in casu* do paciente (artigos 31º n.ºs 1 e 2 al. d) e 38º do Código Penal de Portugal) ou de outra causa de justificação.

Segundo a doutrina dominante, afirmar que a jurisprudência alemã dos Tribunais Superiores vêm-se pronunciando afirmativamente, citando mesmo o caso de uma velha decisão do R.G. (1932) que sentenciou «*mesmo no caso das doenças mais graves, como o cancro, o paciente tem interesse e assiste-lhe o direito de ser informado com verdade sobre a natureza do seu mal*».

Em Portugal, tanto a lei penal (artigo 157º do Código Penal) como a norma deontológica (artigo 50º n.ºs 1e 2 do CDOM) impõem ao médico o dever de revelar ao doente o diagnóstico, embora exceptuando as situações de privilégio terapêutico. O “*privilégio terapêutico*” a que se refere o artigo 157º do Código Penal português é

exclusivo do diagnóstico, isto é, fica o médico dispensado de revelar o diagnóstico ao doente quando tal revelação seja susceptível de pôr em perigo a vida deste ou de lhe causar grave dano à saúde. ■

4. Bibliografia

1. ÁLVARO João, *Breves considerações em torno da responsabilidade civil médica*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Novembro 1993, Ano II, N°3.
2. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I. 10ª edição.
3. CUNHA GOMES Álvaro da, *Responsabilidade Médica em Direito Penal (Estudo dos Presupostos Sistemáticos)*. Editorial Almedina, Coimbra 2007.
4. DIAS PEREIRA André Gonçalo:
 - *Breves Notas sobre Responsabilidade Médica em Portugal*, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 2007.
 - *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
 - “*Dever de documentação, acesso ao processo clínico e sua propriedade. Uma perspectiva europeia*” (*Revista Portuguesa de Dano Corporal*, novembro 2006, ano XV, N°16).
5. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, 2007.
6. FERREIRA DE ALMEIDA Carlos, *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviços Médicos*, *Direito da Saúde e Bioética*, 1996.
7. FIDALGO Sónia, *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Coimbra Editora, 2008.
8. FRAGATA José e MARTINS Luís, *O Erro em Medicina*, Almedina, 2004.

9. JONAS Hans, *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Ediciones Paidós Ibérica, 1997.
10. KATCHI António, *Diccionario da Parte Geral do Código Civil Português*, Editorial Almedina, Coimbra, 2006.
11. MARTÍNEZ URREA, Maria Ángeles, *La valoración de dictámenes periciales contradictorios (Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil)*, Bosch Procesal, 2008.
12. MENEZES CORDEIRO, António de, *Tratado de direito civil (Coimbra, Edições Almedina)*.
13. MONTERROSO CASADO, Esther, *Diligencia Médica y Responsabilidad Civil*
14. OLIVEIRA Guilherme de, *Temas do Direito da medicina, Estrutura Jurídica do acto médico, consentimento informado*, Coimbra, 2005.
15. PINTO Correia, *A Responsabilidade na Equipa de Saúde*. J. Soc. Ciências Médicas. Fev.º 1986.
16. PIRES DE SOUSA Luís Filipe (Juiz de Direito, professor do CEJ), *O Ónus da prova na responsabilidade civil médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de acções (competência, instrução do processo, prova pericial)*.
17. RAPOSO Vera Lúcia e VIEIRA Duarte Nuno, *Methodology of ascertainment & Criteria of Evaluation in Professional medical Responsibility - European Academy of Legal Medicine EALM*.
18. REYS, Lesseps Lourenço dos, *A responsabilidade civil dos médicos*, *Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa, serie III, volumen 5*.
19. ROSÁRIO NUNES Manuel António do, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, Ed. Almedina, Coimbra, 2007.

20. ROXIM Claus:
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I - trad. espanhola Direito Penal, parte geral T1.*
 - *Política criminal y sistema del Derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Barcelona, (Bosch 1972) e para o português por Luís Greco em 2000.*
21. SOUSA MENDES Paulo de, *O Torto Intrinsecamente Culposos como Condição Necessária da Imputação da Pena (dissertação de Doutoramento), Coimbra Editora, 2007.*
22. TEIXEIRA de Sousa Miguel, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica, Direito da saúde e Bioética, AAFDL, 1996.*
23. Constituição da República Portuguesa (Cfr. o artigo 25º).
24. Código Civil Português, Editorial Almedina, 2011. (Cfr. o artigo 70º que protege as pessoas contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral).
25. Código Deontológico da Ordem dos Médicos (*CDOM). Regulamento 14/2009, de 13.01.2009.
26. Cfr. Processo 2403/06-2 (www.dgsi.pt).
27. Cfr. Acórdão da Relação de Lisboa, de 29 de Abril de 2007, Proc. 10328/2006-1, (www.dgsi.pt).
28. Cfr. Acórdão da RL de 29 de Abril de 2005 (www.dgsi.pt).
29. Cfr. Acórdão da RL, de 23 de Janeiro de 2007, proferido no processo 6307/2006-7, (www.dgsi.pt).
30. *Dicionário da Língua Portuguesa*, Porto Editora, 2009.

31. *Diccionario Portugués-Español/Español-Portugués, Ediciones Librería Universitaria, 2008.*

32. *Diccionario Español-Portugués/Portugués Español de Términos Comerciales, Económicos y Jurídicos, Marcial Pons, 2003. ■*

FIRMAS DEL AUTOR Y DEL DIRECTOR

TESIS DOCTORAL EN DERECHO:

“LAS CUATRO VERTIENTES DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA”

En A Coruña, a 9 de julio de 2013.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Francisco Carro González', is written over a light blue rectangular background.

Autor: **D. Francisco Javier CARRO GONZÁLEZ**

Director: **D. Domingo BELLO JANEIRO**