



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO:

**NEGLIGENCIA MÉDICA EN UN CASO DE ANEURISMA
CEREBRAL**

Facultad de Derecho

AUTORA: ANTÍA DE PRADO REY

Tutora: Eva M^a Souto García

ÍNDICE

Abreviaturas

Introducción y hechos relevantes.....6

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

1.1. Competencias estatales y de las CC.AA. en el ámbito sanitario.....8

1.2. El consentimiento informado

1.2.1. Normativa y fundamento.....9

1.2.2. Requisitos, contenido y alcance del consentimiento informado.....10

1.2.3. Conclusiones.....11

1.3. Protección de datos en el ámbito sanitario.

1.3.1. Normativa y fundamento de la protección de datos en Sanidad.....12

1.3.2. Conclusiones.....14

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

2.1. Normativa aplicable en las acciones legales que se pueden iniciar y sujetos responsables

2.1.1. Normativa aplicable.....16

2.1.2. Acciones legales en el ámbito administrativo.....16

2.1.3. Acciones legales en el ámbito penal.....16

2.1.4. Sujetos responsables.....17

2.2. Tribunal competente.....17

2.3. Procedimientos.....18

2.3.1. Procedimiento administrativo.....19

2.3.2. Procedimiento contencioso.....20

2.3.3. Procedimiento penal.....20

2.4. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.....20

2.5. Del ilícito penal

2.5.1. El ilícito.....21

2.5.2. Fondo del asunto.....	23
2.6. Conclusiones	
2.6.1. Responsabilidad de la Administración Pública.....	25
2.6.2. Responsabilidad de los médicos.....	26
III. Con respecto al documento de instrucciones previas, ¿qué validez legal tiene en este supuesto? Pese a la voluntad en contra de la paciente y de su familia, ¿pueden los médicos retirar el soporte de respiración asistida?	
3. Documento de instrucciones previas	
3.1. Definición y regulación.....	28
3.2. Análisis del contenido y jurisprudencia.....	29
3.3. Conclusiones.....	33
IV. En caso de que María emprenda acciones legales contra los médicos o a la administración y obtenga una indemnización, ¿debería repartir el importe con su hermana Juana?	
4. Indemnización	
4.1. Introducción.....	35
4.2. El <i>iure proprio</i> y el <i>iure hereditario</i>	36
4.3. Conclusiones.....	38
V. Bibliografía.....	40
VI. Legislación.....	41
VII. Jurisprudencia.....	42

ABREVIATURAS

AA.PP.	Administraciones Públicas
AP	Audiencia Provincial
Art	Artículo
CC.AA.	Comunidades Autónomas
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
Dr.	Doctor
LAP	Ley de Autonomía del Paciente
LGS	Ley General de Sanidad
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
L.O.	Ley Orgánica
LPAC	Ley del Procedimiento Administrativo Común
LRCSV	Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos
RDL	Real Decreto Ley
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJCA	Sentencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN Y HECHOS RELEVANTES

En el siguiente informe trataremos de dar solución a las cuestiones que se nos plantean. En general, todas ellas en mayor o menor medida versan acerca de la relación entre médico-paciente. Una relación que todo el mundo experimenta en su día a día, y por ello encontré interesante la labor de inmiscuirme en los entresijos que dicha relación conlleva, tanto a efectos de derechos, como de deberes, así como los límites que puedan existir entre los mismos. Además, en cada cuestión planteada nos pondremos en la situación de ambos sujetos, interpretando cada faceta ya de forma independiente; el paciente, que gracias a las Leyes, Doctrina y Jurisprudencia ostenta un incremento cada vez más latente de su autonomía y poder de decisión en este ámbito, y el médico, que tiene el cometido de informar, en mayor medida que anteriormente, de todos los procesos asistenciales por los que atraviese el paciente, ya sea oralmente o por escrito en los casos que establezca la Ley, así como el deber de respetar la voluntad del mismo, como veremos, también cuando el paciente no se encuentre en plenas facultades para decidir, y las complicadas circunstancias a las que por su profesión tiene que hacer frente.

Además, vamos a demostrar la existencia de responsabilidad derivada de negligencia médica, tanto del hospital como del personal médico a su servicio, que podrá ser reclamada en varios órdenes jurisdiccionales como veremos más adelante, y materializada en la conducta de los dos especialistas que atendieron a Carmen en el Servicio de Urgencias del Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña (en adelante, CHUAC), consecuencia de la cual se produce el resultado final dañoso, la muerte de la paciente tres semanas después. Se hará un análisis de los hechos relevantes y los fundamentos jurídicos aplicables, para finalizar con unas conclusiones que pondrán de manifiesto si el fallecimiento de la madre de María es consecuencia de la negligencia médica, y si como consecuencia, dicho fallecimiento debe verse resarcido con la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados.

Para todo ello, comenzaremos por exponer los hechos más relevantes, que para el caso conciernen:

- El pasado otoño, Carmen, de 54 años, de A Coruña, acude a urgencias del CHUAC por las intensas cefaleas que sufre.
- Es atendida por el doctor Vázquez, médico de guardia del CHUAC. Por los síntomas que le relata la enferma le realiza una tomografía axial computarizada (en adelante, TAC) craneal que manifiesta la existencia de un aneurisma cerebral de 2,5 cm.
- Tras el resultado que revela la prueba, avisa al Dr. Seco y al Dr. Fandiño, neurocirujano y neurólogo respectivamente, que están de guardia.
- Los dos especialistas informan a Carmen de que padece un aneurisma cerebral y que el protocolo adecuado en estos casos es realizar una embolización.
- Para ello deberá quedar ingresada.
- Una vez informada de la situación de riesgo que corre, Carmen firma el Consentimiento Informado, (necesario para poder realizar cualquier tipo de intervención), pero debido a la falta de camas por haber epidemia de gripe estacional, añadido a que es fin de semana, deciden darle el alta, quedando pendiente de ser avisada para realizar la intervención.

- Tres semanas después tiene un nuevo episodio de cefalea y entra en coma. Sus hijas avisan al 061. Tras la llegada de la ambulancia, veinte minutos más tarde, Carmen continúa en coma. Respira con dificultad y la conectan a un respirador.
- En el hospital le realizan un nuevo TAC craneal.
- Se informa a las hijas de que su madre tiene una hemorragia cerebral masiva que presenta muerte cerebral y que, por tanto, se va a proceder a la su desconexión, a pesar de la voluntad en contra de las hijas y de la propia fallecida (que dejó manifestada por escrito, para el caso de que se diese esta circunstancia).

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

1.1. COMPETENCIAS ESTATALES Y DE LAS CC.AA. EN EL ÁMBITO SANITARIO

En nuestro país contamos con una gran variedad de leyes en cuanto a sanidad se refiere, tanto estatales como autonómicas. La regulación y el desarrollo de las mismas es cada vez mayor y las competencias del Estado tienen que verse complementadas por las respectivas Comunidades Autónomas (en adelante CC.AA.) tanto como para un mejor tratamiento, como para que un mayor acercamiento a la población.

Si bien es cierto que existen innumerables leyes sobre este sujeto, nos centraremos en las más importantes, así como las fundamentales a la hora de realizar el presente informe. Todas ellas tienen como elemento de unión lo establecido en el art. 43 de la Constitución española (en adelante, C.E)¹.

En primer lugar, la ley base de referencia por excelencia que regula los derechos y deberes de profesionales y usuarios, así como su organización en nuestro país es la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS) que define y regula los derechos y deberes de profesionales y usuarios, así como su organización en nuestro país, sin embargo, lo hace brevemente, razón por la cual necesita verse desarrollada y completada por diferentes leyes y decretos.

En segundo lugar, a nivel estatal destacamos también las siguientes leyes; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que pretende una satisfactoria atención sanitaria y 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 adelante, LAP) que se centra en lo que a información y documentación sanitaria se refiere, como las instrucciones previas, las cuales trataremos adelante con más detalle. Esta Ley, deroga artículos de la LGS y amplía la protección en cuanto a información sanitaria.

La Constitución y nuestro Estatuto de Autonomía atribuyen a Galicia, como nacionalidad histórica, importantes competencias en materia sanitaria, lo que le va a permitir tener una sanidad propia, diferenciada, ajustada a su realidad nacional, que dé adecuada respuesta a las necesidades de sus ciudadanos².

Así, el Estatuto de Autonomía de Galicia establece en su art. 33.1 que *“Corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior”* y más adelante destaca que *“Para lograr el fin propuesto, sobre la base de esta norma estatutaria y en concordancia*

¹ Art. 43.1 C.E: *“Se reconoce el derecho a la protección de la salud”*²*“Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”*³*“Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio”*.

² «BOE» núm. 37, de 13 de febrero de 1989, p. 4287.

con lo establecido por la Ley General de Sanidad se hace precisa la creación de un organismo único que respondiendo a los principios de integración, desconcentración, simplificación, racionalización, economía, eficacia y participación democrática de la comunidad, gestione los servicios sanitarios existentes en Galicia, sin perjuicio de su coordinación con los demás servicios de salud del Estado” abreviando, el SERGAS, por todos conocido.

Destacamos cuatro leyes fundamentales, reflejo de las competencias que Galicia ostenta en materia de sanidad; la Ley 1/1989, de 2 de enero, del Servicio Gallego de Salud; Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes y la Ley 8/2008, de 10 de Julio, de salud de Galicia, las principales a tener en cuenta, siendo además fuente de desarrollo y complemento del resto de la normativa, que seguirán sus pautas.

1.2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

1.2.1. Normativa y fundamento

La LGS define en su art 12³ el consentimiento informado. Además, el art.10 obliga a las CC.AA. a establecer un sistema normativo autonómico que, siguiendo sus pautas, haga especial hincapié en la autonomía del paciente en cuanto a información. En Galicia, se define el consentimiento informado en La Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, que recoge en su art.3 lo siguiente; *“Se entiende por consentimiento informado el prestado libre y voluntariamente por el afectado para toda actuación en el ámbito de su salud y una vez que, recibida la información adecuada, hubiera valorado las opciones propias del caso. El consentimiento será verbal, por regla general, y se prestará por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y, en general, en la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. 2. La prestación del consentimiento informado es un derecho del paciente y su obtención un deber del médico.3. El paciente tiene derecho a decidir libremente, tras recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. Asimismo, tiene derecho a negarse al tratamiento, salvo en los casos determinados en la ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito”*.

Por tanto, declara el consentimiento informado como una relación paciente-médico. Un deber para el profesional médico y un derecho para el usuario (paciente), siendo el documento del consentimiento informado, la acreditación de que dicho consentimiento ha sido otorgado⁴.

Existen casos excepcionales, sin embargo, en los que se requiere el consentimiento por sustitución o directamente no existe tal exigencia.

La LAP regula dichas excepciones, que generalizando vendrían a ser los casos en los que exista un riesgo inmediato para la salud del enfermo en cuanto a excepción del deber del consentimiento, y en cuanto a sustitución del mismo, se establece que serán

³ En el art. 12 LGS se define el consentimiento informado como: *“El procedimiento que garantiza que el sujeto ha expresado voluntariamente su intención de participar en el ensayo clínico, después de haber comprendido la información que se le ha dado acerca de los objetivos del estudio, beneficios, incomodidades y riesgos previstos, alternativas posibles, derechos y responsabilidades”*.

⁴ SAMPRÓN LÓPEZ, D., *Los derechos del paciente a través de la información y la historia clínica*, Edisofer libros jurídicos, Madrid, 2002, p. 129.

situaciones de otorgamiento del consentimiento por sustitución “*cuando el enfermo a criterio del médico responsable de la asistencia, no es competente para tomar decisiones, porque se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación*” En ese caso “*el consentimiento debe obtenerse de los familiares*”.

A nivel jurisprudencial, el Consentimiento Informado es consecuencia de las teorías de los derechos humanos referidos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia, considerándose un derecho humano fundamental⁵.

El consentimiento informado es un presupuesto integrante de la “*lex artis*”⁶ *ad hoc*, que se declara como un criterio valorativo, ya que existen innumerables leyes y disposiciones, así como técnicas que permiten el avance de la medicina y que implican que para cada caso, se den circunstancias únicas siendo cada una singular y particular, así lo define la misma sentencia, entre otras muchas, que declara, la “*lex artis*” 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 trascendencia vital del acto, 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*”⁷.

1.2.2. Requisitos, contenido y alcance del consentimiento informado

El consentimiento informado es de esa forma, presupuesto y elemento esencial de la “*lex artis*” y como tal, forma parte de toda actuación asistencial⁸. Se declara como un acto clínico, pudiendo incurrir si se incumple, en responsabilidad por parte del médico que debía proporcionarlo, estando conforme jurisprudencia y doctrina con que la información por parte del equipo médico al paciente es una condición que se tiene que dar antes de prestar el consentimiento informado, para que el paciente pueda obtener de forma efectiva toda la información conveniente a su enfermedad y al tratamiento que se le va a realizar no pudiendo ser la información transmitida ni inexacta ni parcial, y siempre atendiendo a las circunstancias de cada persona y de cada caso⁹.

La información que debe contener el documento del consentimiento informado es la 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 relacionado con el tipo de intervención, y las contraindicaciones*” eso establece el art 10 LAP.

Existen diferentes estudios para determinar hasta dónde tiene alcance la información que a tales efectos el doctor debe facilitar al paciente. Además, la jurisprudencia y la doctrina tratan de determinar de qué riesgos se debe y no se debe informar al paciente.

⁵ STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3).

⁶ “*Lex artis*” literalmente, “*ley del arte*”, ley artesanal o regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate- se ha venido empleando de siempre para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta, o se ajusta o no a lo que debe hacerse. De forma que si la actuación se adecúa a las reglas técnicas pertinentes se habla de “un buen profesional, un buen técnico, un buen artesano”, y de una buena “praxis” en el ejercicio de una profesión.

⁷ SAP de 2 marzo de 2012 (AC 2012\731).

⁸ STS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006\8059).

⁹ FRAGA MANDIÁN, A. / LAMAS MEILÁN M.M^a., en “El consentimiento informado (el consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)”, *Revista xurídica galega*, Pontevedra, 1999, pp. 16-17.

Nos encontramos pues, con riesgos típicos y atípicos. Existe un problema para determinar si es suficiente con informar de los riesgos típicos, aunque volviendo al artículo antes citado, se puede presuponer que sólo cabría exigir la información de los riesgos típicos, ya que habla de riesgos probables en condiciones normales de experiencia. Sin embargo, se ha llegado a la conclusión de que debe contener todas las consecuencias o efectos que por seguro se van a producir así como los riesgos esperados o, siendo inesperados, que sean muy graves, así como los que sean propios a las circunstancias de cada persona y a su propia salud, como su edad, peso, antecedentes etc., y por último de los procedimientos alternativos y así “*combinar tanto la eventualidad de la producción del daño como la intensidad del riesgo que se corre con el tratamiento o asistencia de la que se trate*”¹⁰.

1.2.3. Conclusiones.

En este caso concreto doña Carmen de 54 años, es la titular del bien jurídico en juego, su integridad física, y es a la persona a la que se tiene que practicar ese consentimiento informado, siendo ella misma la que debe consentir o no la actuación o intervención médica, siempre y cuando esté en plenas facultades y su capacidad de juicio se lo permita. Dicho lo cual, todo paciente, mayor de edad, no incapacitado y consciente es el titular de la información y será quien valorará los pros y contras de la actuación que se le va a realizar, así lo establece la LGS, la LAP y la Ley del Consentimiento informado de Galicia. En este caso, a doña Carmen se le realiza un TAC craneal dónde se descubre un aneurisma cerebral y a fin de paliar dicha enfermedad se propone la realización de una intervención quirúrgica, como es la embolización, para la cual se requerirá dicho consentimiento informado por escrito.

La doctrina del TS acude a la facilidad probatoria en estos casos de la relación médico-paciente, otorgándole al sujeto que esté en una posición más favorable para obtenerla y acreditarla, la carga de dicha prueba. En este caso, obviamente será el Dr. Vázquez quien se hallará en una óptima posición de proximidad a la hora de acceder a los documentos probatorios, que se han generado como consecuencia de la asistencia de doña Carmen al servicio de Urgencias del CHUAC. Dicha prueba, se ha de contener además en la Historia Clínica de la paciente, así lo establece entre otros, el art. 16.2 del Código deontológico de medicina; “*2. El consentimiento se expresa habitualmente de forma verbal, dejando constancia en la historia clínica. Cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un riesgo significativo se obtendrá el consentimiento por escrito*”. Lo mismo establece la LAP en su art. 8 cuando explica que tras la información específica al paciente de forma oral, en ciertas actuaciones, como es la intervención quirúrgica, tal consentimiento deberá constar por escrito.

Por tanto, si bien es cierto que no es obligatoria la forma escrita para que el consentimiento sea válido, ya que aunque no se constate dicha forma en el consentimiento, seguirían existiendo otros medios probatorios para justificar la concurrencia del mismo, como una prueba testifical, vídeos, etc.,¹¹ en este caso concreto al tratarse de una embolización¹² (intervención quirúrgica), a Carmen se le tiene que informar de su

¹⁰ GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley básica 41/2002 y Leyes Autonómicas*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 90-91.

¹¹ FRAGA MANDIÁN, A. / LAMAS MEILÁN M.Mª., en *El consentimiento informado (el consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)*, cit., p. 55-56.

¹² Embolización: “*La embolización es una intervención terapéutica que consiste en obstruir una arteria mediante la inyección de un producto o a veces de un fragmento de músculo. Permite impedir la disfunción arterial o la proliferación de una enfermedad como en los angiomas, por ejemplo. La embolización se usa a menudo en cancerología, especialmente en el cáncer de hígado para detener el suministro de sangre*”

situación, explicándole detalladamente y en los términos menos científicos posibles para un mejor entendimiento, la operación que se le va a realizar, primero de forma oral y luego plasmada por escrito.

Por tanto, el Dr. Vázquez justificará su actuación y su debido comportamiento a la hora de informar de su situación, de su enfermedad y de su situación al haber plasmado todo lo anterior en varios documentos por escrito. Primero, si se han hecho las cosas como establecen las leyes relativas a la autonomía e información del paciente, tendrá el Dr Vázquez en su poder la hoja del consentimiento informado, que a su vez aparecerá recogido también en otro documento como es la historia clínica, o incluso en el parte de alta médica de urgencias (Art. 8 de la LGS de Galicia; “*son derechos relacionados con la documentación sanitaria: ”Derecho del o la paciente a que quede constancia por escrito o en soporte técnico apropiado de todo su proceso y que al finalizar el episodio asistencial se le entregue el informe de alta hospitalaria, de interconsulta de atención especializada y de urgencias”*).

Por último, como ya hemos explicado antes, existen otros medios de prueba además de los documentos, que podría alegar el Dr. Vázquez para justificar que sí informó debidamente a su paciente. Así, en calidad de testigos, los doctores Seco (neurólogo de guardia) y Fandiño, tendrían que aclarar realmente se informó a Carmen debidamente de la operación. Al fin y al cabo, son los que proponen la embolización que le hubiese sido conveniente realizar.

1.3. PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO SANITARIO.

1.3.1. Normativa y fundamento de la protección de datos en Sanidad.

La base de este apartado, la encontramos en nuestra Norma fundante básica, la C.E que en su art. 18, del título de Derechos Fundamentales, declara el derecho a la intimidad de cada persona, que para el tratamiento de datos personales en el ámbito de la sanidad está especialmente relacionado, ya que el trato paciente-médico, y los conocimientos que el profesional sanitario recaba del paciente son especialmente sensibles y se encuentran en una esfera personal cuya intromisión supondría una violación del derecho a la intimidad¹³.

Jurisprudencialmente, existen numerosas sentencias que a la hora de hablar sobre la cesión de información y protección de datos, aluden primeramente al derecho a la intimidad antes mencionado. En relación con el derecho a la intimidad personal, el T.C ha declarado que “*El derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el artículo 10.1 reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los*

al tumor y así hacerlo necrosar. También es común en cardiología en caso de malformación de un vaso. La arteria puede ser obstruida con partículas de metal o una sustancia trombogénica (natural o sintética) y así se favorece la formación de un coágulo de sangre. La técnica utiliza un catéter que se introduce frecuentemente en la arteria femoral y que va a ser dirigido hacia la arteria a tratar por la inyección del producto”.

¹³ (DE) MIGUEL SÁNCHEZ, N., *Secreto Médico, confidencialidad e información sanitaria*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 21-25.

demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana”¹⁴

Más ampliamente, señalar también que el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁵ afirma que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar.

Los arts. 6, 7.3 y 10 de la L.O. 15/99, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LPDCP) precisan que para “*el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado*” que “*sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente*”. Además, el art.7 de la misma Ley dispone una lista de datos especialmente protegidos, en los que se hace mención expresa a “*los datos de carácter personal que hagan referencia a la salud (...)* “. Sin embargo, sin perjuicio de lo antes expuesto, los profesionales sanitarios pueden tratar con los datos relativos a la salud que para su función necesiten (art. 7.11). Asimismo, tendrán éstos, como responsables de los ficheros y del tratamiento, que adoptar las medidas oportunas para garantizar su seguridad (art. 9), y ostentarán el “*deber de secreto*” o secreto profesional. Importante destacar pues que están “*especialmente protegidos*”, así como la mención de “*cuando el afectado lo consienta expresamente*”.

Se infringiría, entiendo, el deber de secreto al que se hace mención en la Ley por parte del responsable del tratamiento de dichos datos que están obligados al secreto profesional y tienen el deber de guardarlos y custodiarlos. Yendo al caso que aquí concierne, nos trasladamos al ámbito profesional de la Sanidad y en cuanto a salud se refiere encontramos el art. 10.3 de la LGS que declara el derecho de todos a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboran con el sistema público.

La Ley de Protección de datos incluye dentro del tratamiento de datos la cesión de los mismos. La cesión se recoge en el art. 11 de la misma Ley y requiere siempre el consentimiento del interesado, salvo excepciones.

El Código de Ética y Deontología Médica, aprobado por la Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado de la Organización Médica Colegial, el 10 de septiembre de 1999, considera que el secreto profesional es una consecuencia indiscutible del ejercicio de la profesión que conlleva la protección a su vez de la intimidad de la persona¹⁶. El secreto profesional está ligado al principio de confidencialidad que deben mantener, que se plasma en el 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 (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, en su art. 10 cuando dice que se debe respetar su vida privada en relación a información relativa a la salud.

También la LAP lo declara como principio rector cuando establece en su art. 7 que “*toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie puede acceder a ellos sin previa autorización amparada en la Ley*”. Debe pues, esta información, estar restringida a los profesionales

¹⁴ STC de 25 de noviembre de 2002 (RTC 2002\18).

¹⁵ De Europa, C. (1950). Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Roma, Italia, 4.

¹⁶ (DE) MIGUEL SÁNCHEZ, N., *Secreto Médico, confidencialidad e información sanitaria*, cit., p. 69.

sanitarios que realizan el diagnóstico o participan en su tratamiento¹⁷.

Examinando la jurisprudencia relacionada con la confidencialidad de los datos clínicos¹⁸, se destaca que en ocasiones es muy complicado valorar la información, puesto que se encontrarán en situaciones de incertidumbre en las cuales no sabrán qué hacer, poniendo de ejemplo a una paciente que tenía una enfermedad altamente contagiosa, y que a pesar de la negativa por parte de esta a informar a sus compañeros de piso, el médico, expresó el Tribunal, que deberá hacerlo igualmente, puesto que corrían un grave riesgo, exponiendo que *“Si el paciente se niega a hacerlo, y no hay modo de convencerle, debería hacerle saber que lo hará él. Lo que no estaría justificado es que también les informara de que el paciente es VIH (+) porque esto no supone un riesgo para ellos”*.

Sabemos, pues lo dice el caso, que doña Carmen no quería que sus hijas conociesen su estado actual de salud por el momento, como en la sentencia del caso anterior, pero un aneurisma cerebral no es contagioso, ni corren riesgos las personas con las que convive, en este caso sus hijas, mayores de edad las dos. Por tanto, nos encontramos con tres personas en plenas facultades mentales.

En la LAP no caben dudas acerca de quién es el titular de la información asistencial, cuando en su art. 5.1 del Título II sobre intimidad del paciente dice que *“El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”*.

Por tanto, doña Carmen, es la titular de la información que a esta se le transmita. Si bien serán informadas las personas que ella consiente tácita o expresamente, pero en este caso, ni tácita ni expresamente, pues Carmen expresa abiertamente que no quiere que sus hijas conozcan todavía de su situación, y puesto que no carece de capacidad no estaría inmersa en el art. 5.1 *“Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”*.

1.4.1. Conclusiones

En resumen, todas las personas que utilicen los datos de carácter personal del paciente están obligadas al secreto profesional, es decir, a no revelar la información, ni en el momento de la atención ni en momentos posteriores, y afecta a cualquier sujeto que intervenga en el procedimiento de una u otra forma. Siendo sólo posible la comunicación a terceros, si existe consentimiento del afectado o, aunque no exista, para transmitirlo a otras Administraciones Públicas del mismo ámbito. La excepción al consentimiento intuyo que sería la que la hija de doña Carmen querría exponer, podría declarar que el art. 5 que contempla la LAP, permite la información a personas vinculadas al paciente, como es el caso de sus hijas, pero sin embargo, y lo que ella desconoce es que su madre no quería que a estas se les informase por el momento, y el médico tuvo que respetar su decisión, basándose en los artículos antes expuestos de la LGPD y LAP, en el secreto médico y en la confidencialidad de los datos que el secreto médico implica.

A su vez el T.C destacaba que parte destacada del derecho a la intimidad es en sí, la exclusión frente a otros, por muy allegados que éstos sean. Constituye un bien de la

¹⁷ LARIOS RISCO, D., *El derecho a la protección de datos en la historia clínica y la receta electrónica*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 178-179.

¹⁸ SJCA de 25 de mayo de 2011 (RJCA 2011\835).

personalidad, lo que implica también el derecho a excluir a los demás, así como que se abstengan de tal injerencia¹⁹.

¹⁹ STC de 22 abril de 1993 (RTC 1993\142).

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

2.1. NORMATIVA APLICABLE EN LAS ACCIONES LEGALES QUE SE PUEDEN INICIAR Y SUJETOS RESPONSABLES

Antes de iniciar cualquier acción, lo primero que hay que tener en cuenta es el tipo de centro (público o privado) donde tiene lugar la conducta, por acción u omisión, que origina el resultado lesivo. En este caso, al ser el CHUAC un centro público, es la Administración la que debe responder por los daños causados.

El principio de responsabilidad patrimonial está contemplado en el art.106.2 CE²⁰. Cuando el sujeto que causa daño pertenece a la Administración Pública, surge la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, que deberá responder por los daños causados.

El Derecho de daños incluye los daños causados a un particular por la actuación de la Administración o de entes de naturaleza pública. El art. 1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de la Administración Pública (en adelante LPAC) establece que el objeto de la misma es, entre otras cosas, regular la responsabilidad patrimonial de las AA.PP. y entes que de ella dependan.

2.1.1. Normativa aplicable

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de la Administración Pública, que deroga a la Ley 30/1992.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Ley 39/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del sistema para la valoración de los Daños y Perjuicios causados a las personas en Accidentes de Circulación.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Código Penal.

2.1.2. Acciones legales en el ámbito administrativo

Si pretende solicitar una indemnización económica por los daños causados a su madre que tuvieron como resultado el fallecimiento de la misma, teniendo en cuenta que el centro sanitario depende de un organismo público, María deberá presentar una reclamación²¹ administrativa previa a la vía judicial ante los órganos legalmente competentes de la Administración.

2.1.3. Acciones legales en el ámbito penal

²⁰ “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados, en los términos previstos por la Ley, por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

²¹ La reclamación consiste en solicitar una indemnización económica por toda lesión que los particulares sufran en su esfera personal a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y que y que tengan el deber jurídico de soportar.

Si además de la correspondiente indemnización resarcitoria por los daños causados se pretende una condena de privación de libertad y/o inhabilitación para el ejercicio de la medicina, María deberá acudir a la jurisdicción penal, presentando un escrito de denuncia²² por Delito de Homicidio imprudente²³.

Es importante destacar, que en el caso de que los hechos generadores de daños constituyan delito, la responsabilidad de la Administración sería subsidiaria²⁴.

2.1.4. Sujetos responsables

En cuanto a contra quién o quiénes puede ejercitar María las acciones legales anteriores, cabe en primer lugar que, si acude a la vía administrativa habrá de dirigirse directamente contra la Administración²⁵, que tiene una responsabilidad directa. En nuestro caso viene representada por el centro hospitalario donde se produjo la negligencia (CHUAC). Por tanto, María deberá dirigir su reclamación contra este hospital. En consonancia, el TS señala: *“No existe responsabilidad directa del funcionario público, sino tan solo una acción de regreso de la propia Administración contra el personal a su cargo que ha actuado con culpa grave”*.

Por otro lado, si opta por la vía penal, habrá de dirigirse la acción contra los sujetos que se consideren penalmente responsables, contra el autor o autores de la conducta antijurídica. María debe iniciar la acción penal contra los médicos que actuaron de forma negligente: el Dr. Seco y el Dr. Fandiño, por ser los especialistas en Neurología que trataron a su madre.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público, presuntamente responsable civil subsidiario²⁶. En el caso presente, María tendría que denunciar al CHUAC como responsable civil subsidiario, que estaría representado por la figura del Director del Centro.

2.2. TRIBUNAL COMPETENTE

Los órganos competentes para conocer los procesos sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública la tienen los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa. El órgano judicial competente territorialmente para conocer los recursos, en primera o única instancia, derivados de responsabilidad patrimonial será, a elección del demandante, el Juzgado o Tribunal en cuya circunscripción tenga su domicilio, o dónde se halle la sede del órgano autor del acto originario, así lo explica el art. 14.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante, LJCA).

²² En dicho escrito se expondrán los hechos que causaron el daño, quiénes son los responsables del mismo y la pretensión que se quiere conseguir.

²³ Vid. Epígrafe 2.2.

²⁴ Art. 121 CP: *“El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos”*.

²⁵ Art. 31.1 Ley 40/2015: *“Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.”*

²⁶ Art. 121 CP.

La competencia objetiva correspondería a los Juzgados del orden Contencioso Administrativo²⁷, siempre que la cuantía de la reclamación no exceda de 30.050 Euros. Si la cuantía es superior a dicha cantidad, la competencia es de las Salas de lo Contencioso de los TSJ²⁸. Aplicado al supuesto concreto, es competente, por razón de la cuantía indemnizatoria reclamada (bastante superior a la cantidad de 30.050 Euros que establece la Ley. para conocer la reclamación el TSJ de Galicia, con sede en la ciudad de A Coruña).

Por su parte, en la jurisdicción penal, la competencia corresponde a los Juzgados de los Penal²⁹ del lugar donde se ha producido el delito. En este caso concreto sería competente el Juzgado Penal de A Coruña, al ser el lugar donde se encuentra el centro hospitalario.

2.3. PROCEDIMIENTOS

2.3.1. Procedimiento administrativo

Los administrados no pueden acudir a los tribunales para reclamar la responsabilidad, sino que deben solicitar previamente la indemnización correspondiente a la propia Administración Pública a través del procedimiento establecido legalmente, “*reclamación en vía administrativa*”. Solamente en el suceso en que la Administración deniegue la indemnización o ésta no se adapte a lo previsto, se acudirá a la vía contencioso-administrativa.

El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración por lesión sufrida a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, ya sea en vía de derecho privado, se encuentra sometido al cumplimiento de los trámites especificados en una vía administrativa previa, que no es posible obviar, y contra cuya decisión final, sea expresa o tácita, es cuando procederá el recurso judicial. No cabe acudir al recurso directo³⁰.

La reclamación se puede presentar en cualquiera de los registros y oficinas a que se refiere el art. 16.4 de la LPAC, en el plazo de un año a contar desde que se produjo el acto dañoso o su resultado. En el caso de María la fecha inicio de cómputo del plazo sería la del fallecimiento de su madre. En cuanto al contenido, debe atenerse a lo establecido en el art. 66³¹ de la misma Ley anterior. Según el art. 67.2, misma Ley, deberá especificar el daño producido, la relación de causalidad entre éste y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible. Junto al escrito de reclamación se aportarán todos los documentos que se estimen convenientes para la defensa de la argumentación (art. 67 misma Ley).

²⁷ El apartado e). del art. 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la LJCA establece que: “*El orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de lo que derive, no pudiendo ser demandadas ante los órganos Jurisdiccionales, civil o social, aunque cuenten con un seguro de responsabilidad y/o el daño se produzca en la esfera de los particulares*”.

²⁸ Artículos 8.2 c) y 10.1.a de la LJCA.

²⁹ El art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye la competencia al Juez de lo Penal de la circunscripción se cometió el para el conocimiento y fallo de los delitos establecidos en el CP, cuya pena privativa de libertad no sea superior a 5 años.

³⁰ SAN de 2 de marzo de 2009 (JUR 2009\154754) y STSJ de 30 de noviembre de 2007 (JUR 2008\127508).

³¹ Nombre y apellidos del interesado o su representante, lugar físico en el que se ha de practicar la notificación hechos y petición en que se concrete la solicitud, lugar y fecha, firma del solicitante o acreditación por cualquier medio de su voluntad, órgano, centro o unidad administrativa a que se dirige.

En este caso María deberá aportar los documentos necesarios para fundamentar su pretensión: el informe de alta médica de urgencias, el documento del consentimiento informado, la primera vez que cuando acudió con la fuerte cefalea, así como el certificado de defunción de Carmen, su madre.

El procedimiento administrativo en general aparece regulado en los artículos 75 y ss. de la LPAC, y puede iniciarse de oficio o a instancia de parte. Comenzamos por la instrucción, que conforma la voluntad del órgano decisorio y que consta de varios trámites: alegaciones, medios de prueba, petición de informes, trámite de audiencia y por último dictamen del órgano consultivo³².

En cuanto a la terminación del procedimiento, pueden darse dos casos: uno es lo que se puede llamar una terminación “*normal*” cuando se dicta resolución expresa, estimatoria o desestimatoria de nuestra petición o “*anormal*”, cuando pasados 6 meses el órgano administrativo no ha emitido resolución expresa, hemos de entender desestimada nuestra reclamación (silencio administrativo negativo)³³.

En los procedimientos por responsabilidad patrimonial, la LPAC señala los conceptos sobre los que tiene que pronunciarse obligatoriamente sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, su cuantía y el modo de indemnización, cuando proceda, de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla se establecen en el art. 34 de la Ley 40/2015. También, en la misma línea, el art. 88 de la LPAC al establecer que la resolución será motivada.

En el ámbito autonómico y local la competencia para dictar resolución en los procedimientos por responsabilidad patrimonial la tienen los órganos correspondientes de la Comunidad o las entidades de la Administración Local³⁴.

En los supuestos en que, después de iniciado el procedimiento ordinario, hay una clara relación de causalidad entre la lesión y el daño causado y también está clara la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, el artículo 96.4 de la Ley del Procedimiento Administra regula un procedimiento simplificado en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En este caso el plazo que tiene la Administración para resolver es de tan solo 30 días. Preceptiva es, la audiencia y el dictamen del órgano consultivo.

La LPAC (artículos 121-125) articula los medios de impugnación que se pueden interponer contra la resolución desestimatoria: recurso de alzada, potestativo de reposición y recurso extraordinario de revisión.

Con los recursos, la Ley pone fin a la vía administrativa. El particular, María en este caso, ya tendría expedita la vía judicial para interponer el recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Galicia.

2.3.2. Procedimiento contencioso

Una vez agotada la vía administrativa, o transcurridos 6 meses sin que el órgano administrativo haya dictado resolución, la reclamación se entiende desestimada por silencio administrativo negativo como ya hemos visto, por lo que habrá que interponer

³² Si la cuantía de la indemnización reclamada es igual o superior a 50.000 euros es preceptivo dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la comunidad Autónoma. (art. 81.2).

³³ Art. 91.3 LPAC.

³⁴ Art. 92 de la LPAC.

recurso contencioso administrativo ante la Jurisdicción Contenciosa³⁵. El procedimiento contencioso se encuentra regulado en los artículos 43 y ss. de la LJCA.

En el que se distinguen varios momentos³⁶: En primer lugar; la interposición del recurso, regulado en el art. 45 de la LJCA explica que “*El recurso contencioso administrativo se iniciará con un escrito reducido a citar el acto, disposición, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso*”. En segundo lugar; la demanda y su contestación, teniendo la parte demandada 20 días para contestar (art.54 LJCA). Tanto el escrito de demanda como la contestación a la misma, se estructurarán conforme a lo dispuesto en el art. 56.1 de la LPAC.

En tercer lugar, vienen la vista y conclusiones. La regla general es que el pleito se falle sin vista ni escrito de conclusiones, declarándose, sin más trámites, concluso para sentencia. La vista es a solicitud de las partes (art. 62.2 LJCA).

Por último, la sentencia que podrá ser estimatoria o desestimatoria de la pretensión de demandante (artículos 68 ss. LJCA). Es decir, habrá de pronunciarse, en este caso sobre la existencia o no de responsabilidad patrimonial de la Administración.

2.3.3. Procedimiento penal

Como ya hemos visto, se iniciaría con un escrito denunciando los hechos, que pudieran ser constitutivos de delito. Si es admitida a trámite, el Juez de Instrucción incoará Diligencias Previas, continuando los trámites por el Procedimiento Abreviado, el adecuado cuando las penas privativas de libertad no son mayores de 5 años³⁷.

2.4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Cuando el sujeto que causa el daño es una Administración Pública, surge la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El principio de responsabilidad patrimonial, además de estar recogido en el art. 106.2 CE, viene regulado por las principales Leyes administrativas, como son la LPAC y la Ley 40/2015.

Esta responsabilidad es directa (cubre todas las actividades dañosas de los funcionarios³⁸). Excepcionalmente, será subsidiaria cuando se haya incoado un procedimiento penal, constitutivo de delito³⁹.

Tanto la Ley como la Jurisprudencia más actual, han querido prescindir de la idea de culpa o negligencia, aludiendo al funcionamiento, “*normal*” o “*anormal*” de los servicios públicos.

³⁵ Vid. aptdo. 2.2.

³⁶ GIMENO SENDRA, V. / MORENO CATENA, V. / SALA SÁNCHEZ, P., *Derecho Procesal Administrativo*, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 210 y ss.

³⁷ Vid. aptdo. 2.5.

³⁸ STSJ de 28 de septiembre de 2001 (JUR 2001\328251): “*No hay acción directa contra los funcionarios, sino tal solo una acción de regreso ante la propia Administración*”.

³⁹ El art. 21 CP establece que: “*El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla, el municipio y demás entes públicos responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes o contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones*”.

Así, se trata de una responsabilidad objetiva⁴⁰, aludimos a un ejemplo en el que El TS “estima responsabilidad patrimonial derivada de fallecimiento de una paciente tras practicarle una colonoscopia”.

Bastará con la existencia de una lesión causada dentro de algún campo administrativo y que el particular no tenga el deber jurídico de soportar y de la que derive la creación de un riesgo creado por la actuación administrativa, la existencia de una lesión, causada por esta actuación, así como un nexo de causalidad. La nueva regulación ha querido prescindir de la idea de culpa o negligencia, y en su lugar alude al funcionamiento “normal” o “anormal”⁴¹ en relación con el daño causado.

Además, esta sentencia del año 2005⁴² hace mención expresa a la jurisprudencia anterior que declaraba lo siguiente; y es que no importa si la actuación de la Administración ha sido normal o anormal, la responsabilidad de la Administración nace de la antijuricidad del daño objetivo que se ha producido por su funcionamiento.⁴³

En nuestro supuesto concreto, se cumplen ampliamente todas las condiciones que conforman la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por negligencia médica derivada del fallecimiento de Carmen 3 semanas después de haberle dado el alta en urgencias por falta de camas libres el día de autos. Sin realizar la intervención que requería su estado, pese a que ambos, a mayor agravamiento, deberían ser conocedores del riesgo previsible e inminente que supone una situación de tal envergadura.

2.5. DEL ILÍCITO PENAL

2.5.1. El ilícito

Un acto médico, ya sea por acción u omisión, puede dar lugar a responsabilidad penal si constituye delito, cuando así lo disponga expresamente la Ley.

Así, el CP castiga los delitos imprudentes sólo cuando expresamente lo disponga la ley (art. 12 CP). Se trata de un *numerus clausus* de delitos cuya protección penal queda reducida a los supuestos de ataques a los bienes jurídicos más importantes, como la vida.

Los hechos relevantes, descritos anteriormente, son constitutivos de un delito de Homicidio por Imprudencia⁴⁴, tipificado en el reformado art. 142 del CP, que, si bien distingue entre homicidio por imprudencia grave (art. 142.1) y homicidio por

⁴⁰ STS de 28 de diciembre de 2005 (RJ 2006\4281).

⁴¹ En este sentido, las SSTS: STS de 13 de diciembre de 2002; Se reclama al INSALUD por las lesiones causadas a una mujer en el parto, con posterior muerte de la hija. El TS establece que debe responder, “*pues de su actuación se deriva un daño efectivo, evaluable e individualizado que no tiene el deber de soportar*”. STS de 7 de octubre de 2003. Una mujer ingresada por sobredosis de antidepresivos. El médico ante su insistencia le da el alta y la remite al servicio de psiquiatría, arrojándose al exterior por una ventana. El TS estimó que el servicio hospitalario no funcionó adecuadamente. Conociendo la existencia de un suicidio previo, no puso las medidas adecuadas para evitar el resultado, previsible, dados los acontecimientos; STSJ de la Comunidad Valenciana: Una mujer en estado vegetativo debido a infarto por la deficiente actuación del servicio de urgencias, aquí el Tribunal considera que existe responsabilidad al no haber prestado una atención urgente, a la vista de los síntomas comunicado por teléfono.

⁴² SAN de 25 mayo de 2005 (RJCA 2005\1030).

⁴³ STS de 14 de mayo de 1994 (RJ 1994\4190).

⁴⁴ El punto 1 del artículo señala que: “*El que por imprudencia grave causase la muerte de otro, será castigado como reo de homicidio imprudente, con la pena de 1 a 4 años.*” Y el tercer párrafo del mismo, referido a la imprudencia profesional: “*Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para la profesión por un período de 3 a 6 años*”.

imprudencia menos grave (art. 142.2), solamente se nombra la imprudencia profesional en el homicidio grave, por tanto, tratándose de la misma, estaríamos si se cumplen los requisitos que a continuación analizaremos, ante un homicidio por imprudencia grave.

Para que podamos hablar de ilícito penal derivado de responsabilidad por negligencia médica, la imprudencia debe cumplir una serie de requisitos⁴⁵. Vamos a analizar cada uno de ellos:

- a) Acción u omisión no dolosa. Siendo el objeto de la responsabilidad médica sólo una obligación de medios que contrae el profesional de la medicina, éste debe atenerse y observar en todo momento la “*Lex artis ad hoc*”⁴⁶ (regla del arte de la profesión médica).

En términos generales, ya lo hemos explicado, se puede definir como la forma de proceder de un profesional idóneo, que tiene la formación y conocimientos necesarios para estar ejerciendo. Dicho profesional se encuentra frente a un enfermo que precisa atención médica oportuna y eficaz. Este actuar se circunscribe a lo que es comúnmente aceptado en la comunidad médica nacional e internacional, teniendo en cuenta el lugar geográfico donde se realiza la prestación, la tecnología con que se cuenta y la oportunidad en que se prestó atención.

- b) Infracción del deber de cuidado. Se suele distinguir entre imprudencia o culpa consciente o con previsión o sin previsión, según se haya llegado a prever el resultado por parte del agente. En cualquier caso no supone que la imprudencia consciente tenga que ser necesariamente grave.

El delito médico culposo es el acto médico, de acción u omisión que constituye un ilícito penal, pero que ha sido realizado sin la voluntad ni la intención de causar una consecuencia lesiva. Es decir, es una infracción al deber de cuidado necesario impuesto por las normas.

La Jurisprudencia del TS⁴⁷ respecto al deber de cuidado distingue entre deber objetivo y subjetivo de cuidado; En cuanto al deber objetivo de cuidado, contribuye a la delimitación de la imprudencia. El cuidado generalmente exigible no le es exigible personalmente al autor.

Respecto al deber subjetivo de cuidado, su infracción ha de establecerse con referencia al que podía prestar personalmente el autor.

- c) Existencia de un resultado dañoso derivado y su imputación. Para la existencia de un delito de homicidio por imprudencia es necesario que se haya producido un resultado lesivo atribuible a la actuación descuidada del agente⁴⁸.

Nos encontramos en el homicidio culposo ante un delito material o de resultado.

En este tipo de delitos la Teoría de la Imputación Objetiva se presenta como muy útil. La actividad puesta en juego por el agente ha de haber elevado el nivel de riesgo permitido, el resultado acaecido ha de responder a tal riesgo creado por el agente, y además debe encontrarse el daño dentro del ámbito de la protección de la norma infringida⁴⁹.

⁴⁵ SERRANO GÓMEZ A., *Derecho Civil. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 24-28.

⁴⁶ SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Civil. Parte especial*, cit., pp. 29 y ss.

⁴⁷ STS de 24 de octubre de 1998 (RJ 1998\6885).

⁴⁸ CERESO MIR, J., *Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 415.

⁴⁹ GÜNTER J., *Derecho Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 395 y ss.

En el caso de la imprudencia profesional la jurisprudencia considera autor a todo aquél que concurra causalmente al resultado, quedando excluida por regla general la participación. Cabe también la coautoría, pero en tales casos se exige la existencia de un “mínimo acuerdo” entre los agentes⁵⁰.

- d) Relación de causalidad entre el resultado y la conducta del autor. La necesaria relación de causalidad entre acción y resultado se hace ahora esencial: el resultado lesivo debe responder a la conducta del agente y poder ser atribuido a ella⁵¹.

Este nexo suele constatarse a partir de la teoría de la equivalencia de condiciones o de la “*conditio sine qua non*”, según la cual se considerará causa toda aquella condición que suprimida mentalmente haría desaparecer el resultado. Sin embargo, como es sabido, la teoría de la condición amplía excesivamente el ámbito de lo punible, de modo que se ha planteado la necesidad de encontrar criterios de restricción al respecto.

2.5.2. Fondo del asunto

En cuanto a la concurrencia del tipo penal por imprudencia grave; “*es necesaria una acción negligente, no intencionada del sujeto, que no respete las reglas de la mínima diligencia exigible a la persona media, y con un resultado lesivo de cierta entidad*”⁵².

Con respecto a la relación de causalidad entre la acción del sujeto activo y el resultado lesivo resulta muy interesante conocer lo que sostiene la ya mencionada SAP de 10 de Junio de 2012 al respecto que siguiendo la jurisprudencia anterior señala que para que la imprudencia penal sea constitutiva de delito debe estar configurada por una parte, por la infracción del deber de cuidado externo; deber objetivo de cuidado.

El núcleo de la culpa está en la infracción del deber de cuidado que es exigible personalmente a un sujeto. A pesar de que se ha pretendido fundamentar su pertenencia tanto al tipo como a la antijuridicidad, puede ser entendido como aquel deber individual que era personalmente exigible a un sujeto, porque podía y debía realizarlo, por lo que constituye momento esencial del reproche culpabilístico, como observamos en la SJP que condena a dos médicos por imprudencia⁵³. Se establece que dicho deber “*obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos o, en su caso, actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado*”.

A estos requisitos ha de sumarse el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico) y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado (vínculo normativo o axiológico), y en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en saber si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad cercana a la certeza, el daño del bien jurídico que tutela la norma penal. Llegados a este punto, para que estemos ante una imprudencia punible, es preciso que la infracción del deber objetivo de cuidado y de los factores psicológicos de la imprevisión del hecho tengan suficiente entidad, superior a la

⁵⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 819 y ss.

⁵¹ SAP de 10 de junio de 2012 (JUR 2012\299501).

⁵² STS de 22 de enero de 1998 (RJ 1999\275).

⁵³ SJP de 13 de julio de 2015 (ARP 2015\780).

culpa civil en cuanto propiciadores del riesgo para justificar un reproche penal o punitivo de la acción u omisión realizadas, siempre prevenibles y evitables.

Además, se requiere que el resultado final típico sea consecuencia directa, material y eficiente de esa negligencia, sin que incidan de forma relevante otros factores ajenos a la conducta del imputado/s que puedan desplazar las eventuales responsabilidades fuera del ámbito penal⁵⁴.

La misma sentencia, profundizando más en el análisis de la imputación y partiendo de la base de que la infracción del deber jurídico de cuidado, además de producir un resultado lesivo, objetivamente constitutivo de delito de los tipificado en el CP y ser la culminación del hecho típico y antijurídico, debe poder ser imputado material y objetivamente a la conducta y subjetivamente al autor.

En lo que se refiere al aspecto subjetivo de la imputación, la atribución del resultado exige que éste se haya producido como consecuencia de la falta del cuidado, de tal modo que si la inobservancia de ese cuidado, por ser ineficaz o inútil, no infringe ningún deber, no se puede reprochar lo producido, es decir, no existe relación de culpabilidad entre el resultado y el hecho inicial cuando el deber de cuidado no cumple una finalidad de protección de bienes jurídicos. Esa imputación subjetiva implica pues la exigencia de demostrar que el resultado se ha producido como consecuencia de la falta de cuidado, de la infracción del deber.

En cuanto a la atribución objetiva del resultado, viene dada por el llamado nexo o relación de causalidad que necesariamente debe existir entre la conducta inicial, infractora del deber de cuidado y el resultado lesivo.

Actualmente la teoría imperante es la Teoría de la Imputación Objetiva; distingue entre lo que llama causalidad, que es el plano en el que desaparece el resultado en su forma concreta, del llamado plano de imputación del resultado, en el que hay que analizar una serie de criterios que determinan la imputación de manera objetiva, como son, fundamentalmente, la protección de la norma, el incremento del riesgo o la adecuación.

De éstos, actualmente se entiende como Principio general de Imputación Objetiva, el que la acción humana haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado y éste se haya realizado en el resultado. No basta con comprobar que la acción sea un riesgo más sin el cual no se hubiese producido el resultado lesivo. Como parece extraerse de la sentencia del Juzgado de lo Penal de las Palmas, desde el punto de vista de la causalidad adecuada y efectiva a la producción de daños (estudiada desde el doble punto de vista.

Otro punto a tener en cuenta, que ese riesgo esté jurídicamente desvalorizado y que se ha plasmado en un hecho. En el mismo sentido para el TS⁵⁵ la exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre graves dificultades porque la ciencia que profesan es inexacta por definición. Confluyen en ella una serie de factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño. Por ello el error en el diagnóstico, por regla general, no es tipificado como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable.

“La imprudencia nace cuando el comportamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas

⁵⁴ STS de 27 de octubre de 2009 (RJ 2009\5755).

⁵⁵ STS de 29 de febrero de 1996 (RJ 1996\1339).

las circunstancias de lugar, tiempo y persona, que olvidando la “lex artis” conduzcan a resultados lesivos para las personas”⁵⁶.

Destacar igualmente el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de fecha 7 de Marzo de 2011⁵⁷ para imputar jurídico-penalmente un resultado de lesiones a una conducta, “según una línea jurisprudencial ya consolidada, junto a la inexistencia de dolo deben concurrir los siguientes elementos: a) creación de un riesgo típicamente relevante para la vida y/o salud de la persona del paciente, b) la denominada relación de riesgo o imputación objetiva en sentido estricto, es decir, es necesario comprobar que el resultado de muerte es imputable al riesgo creado o a la norma de cuidado, vulnerada por el facultativo en cuestión, debiendo acreditarse que el tratamiento o actuación correcta hubiera evitado en una probabilidad rayana a la seguridad dicho resultado lesivo.”.

Por último queremos plasmar lo que recoge la Sentencia del Juzgado de lo Penal⁵⁸ de Arrecife, de 9 de julio sobre la imprudencia profesional correspondiente a la actuación del médico. “la relatividad científica del arte médico, la libertad de actuación y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de estos profesionales. La profesión es si misma no constituye, en materia de imprudencia, un elemento agravatorio, no quita ni pone imprudencia, pero sí puede influir y de hecho influye, para determinar no pocas veces la culpa y graduar su intensidad”.

2.6. CONCLUSIONES

2.6.1. Responsabilidad de la Administración Pública

El ámbito de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, hablando en términos objetivos, es amplísimo, existen múltiples ejemplos de jurisprudencia como ésta en la que “Se condena a la Administración por la muerte de un paciente en un hospital, pese a que se reconoce que los cirujanos actuaron correctamente. Una tendencia jurisprudencial que apenas pone trabas al reconocimiento de la responsabilidad de la Administración”⁵⁹.

Por tanto, la Administración cubre los todos los daños físicos y morales; perjuicios derivados de actuaciones ilícitas, así como los derivados de acciones lícitas. Por ello, y en la práctica, no son pocos los supuestos en que la Administración es condenada por responsabilidad patrimonial y debe responder por todos los perjuicios causados en la esfera personal y/o patrimonial de las personas, siempre que tales daños no tengan que ser asumidos por éstas⁶⁰.

En la mayoría de los casos, la culpa que produce la negligencia es inconsciente, es decir el médico tendrá una conducta negligente o imprudente, pero nunca con la intención de causar un resultado perjudicial. En otros casos, la culpa puede ser consciente, pero confía en que no va a producirse el resultado.

⁵⁶ STS 4 de septiembre de 1991 (RJ 1991\6021), STS de 8 de junio de 1994 (RJ 1994\9347) y STS 29 de febrero de 1996 (RJ 1996\1339).

⁵⁷ Auto de la A.P de 7 de marzo de 2011 (JUR 2011\261489).

⁵⁸ SJP de 13 julio 2015 (ARP 2015\780).

⁵⁹ STS de 14 de junio de 1991 (RJ 1991\5115).

⁶⁰ En este sentido cabe resaltar la STS de 20 de enero de 1984: “para que exista responsabilidad administrativa sólo hace falta una actividad administrativa, por acción u omisión, un resultado dañoso y una relación de causa a efecto entre aquélla y éste, incumbiendo la prueba a quien reclama”.

A través del análisis que hemos venido realizando hasta aquí, hemos de concluir con toda certeza que existe responsabilidad patrimonial de la Administración por la conducta negligente de los neurólogos que la atendieron, ya que, por el mal funcionamiento de la Administración, o anormal como la jurisprudencia lo llama (aunque también cabe responsabilidad aunque sea normal si el resultado es antijurídico), se produce la muerte de Carmen, al no haberle facilitado todos los medios necesarios para su ingreso y urgente operación.

Se puede afirmar, sin ningún género de dudas, que a la vista de los hechos probados, de las normas aplicables y de la tendencia doctrinal mayoritaria que, María, en representación de su madre, puede exigir la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, derivada de la negligencia médica del Dr. Seco, el neurólogo, y del Dr. Fandiño, el neurocirujano, mediante una indemnización económica, por los daños y perjuicios causados a la persona de su madre y, que tuvieron como resultado la muerte de la misma, así como el ya mencionado incorrecto despliegue hospitalario en el presente caso. Recordar que todo ello sin perjuicio de que la Administración ejercite la acción de regreso que pueda tener contra el personal a su servicio.

2.6.2. Responsabilidad de los médicos

En nuestro supuesto concreto se aprecia la existencia de un delito de Homicidio Imprudente por negligencia médica, regulado en el art. 142.1 CP.

Con respecto a esto hay que señalar que el Dr. Seco y el Dr. Fandiño, por el conocimiento inherente que lleva aparejado el dedicarse al ejercicio de la ciencia médica y, que a mayor abundamiento, son además especialistas en la materia, tendrían que haber sido muy conscientes del grave peligro que, para una persona en general, entraña un aneurisma cerebral y en particular para la paciente en cuestión; pues Carmen venía padeciendo unas fuertes cefaleas, cada vez más frecuentes, por lo que el riesgo de muerte podría sobrevenir si no se tomaban en tiempo y forma los medios oportunos para remediarlo. A la vista de tal situación ambos médicos deciden dejarla ingresada y realizarle una intervención consistente en una embolización. Informan a Carmen de la situación y en vista de las circunstancias firma el consentimiento requerido para someterse a la intervención, pero debido a la falta de camas libres en ese momento, los dos especialistas deciden posponer la operación y darla de alta, quedando pendiente de ser avisada por el centro hospitalario para realizar la embolización en cuanto haya camas.

Van pasando los días y Carmen sigue con sus fuertes dolores de cabeza esperando a que la llamen. Llamada que nunca se produce porque tres semanas después tiene un nuevo episodio de cefalea y entra en coma hasta que se produce la muerte.

Decisiones como dejar al paciente en observación, explorar al enfermo, realizarle las pruebas que demanden su estado de salud o riesgo grave inminente y tomar decisiones donde no prime ningún criterio o protocolo que no sea intentar restablecer la salud del paciente nunca pueden estar subordinadas a la política hospitalaria desde parámetros económicos o protocolarios.

La conducta del Dr. Seco y del Dr. Fandiño es contraria totalmente al buen hacer profesional¹⁵ y contraviene lo establecido por el legislador, infringen el deber de cuidado, atentando gravemente contra dos de los Derechos Fundamentales más importantes de la persona, establecidos en la CE, como son el Derecho a la Protección de la Salud y el Derecho a la vida, desarrollados luego en disposiciones legislativas más concretas, relacionadas con el tema sanitario (LGS, LAP...).

Pues bien, la decisión de subordinar la embolización (pospuesta “*sine die*”) al momento en que queden camas libres conculca ampliamente los preceptos anteriores. Por tanto las conductas de los dos especialistas merecen la calificación de imprudencia grave en la forma de obrar, con resultado lesivo, que se concreta en la muerte de Carmen.

“El tipo del injusto ha de realizarse de forma imprudente, no siendo suficiente que la muerte acontezca, sino que el mismo ha de responder a la inobservancia del deber de cuidado por parte del autor”⁶¹.

La doctrina y jurisprudencia han venido siguiendo desde los años 90 ciertas teorías, como la Teoría del Consentimiento, que distingue entre imprudencia o culpa consciente o con previsión e inconsciente o sin previsión, según se haya llegado efectivamente a prever por parte del agente el resultado, en cuyo caso sí debió haberlo previsto.

Para la Teoría de la Probabilidad existiría dolo eventual en aquellos supuestos en que exista una cierta, pero alta probabilidad de que se realice cuando el agente ha previsto el resultado.

En la Teoría del Sentimiento⁶² el dolo eventual existe cuando la conducta del agente revela una cierta desconsideración por el bien jurídico cuyo menoscabo se ha previsto, en el caso de homicidio, estaríamos ante un menosprecio a nuestro máspreciado bien: la vida.

Este análisis evidencia que concurre el tipo penal de imprudencia grave con un resultado lesivo de gran entidad, la muerte de Carmen. Por tanto, cabe señalar que son culpables de un Delito de Homicidio por Imprudencia Grave en concepto de coautores el Dr. Saco y El Dr. Fandiño, castigado con pena de prisión de 1 a 4 años. Además se les deberá imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión por un período de 3 a 6 años (Art.142 LeCrim).

⁶¹ RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., *Derecho Administrativo español. Tomo I*, Netbiblo, Madrid, 2008, pp. 216 y ss.

⁶² CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, BdeF, 1989, Barcelona, pp. 43 y ss.

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

3. DOCUMENTO DE INSTRUCCIONES PREVIAS

3.1. Definición y regulación

Este documento, también llamado “Documento de Voluntades Anticipadas” o “Testamento Vital”, viene en primer lugar amparado en el derecho reconocido por el art. 9 del Convenio del Consejo de Europa sobre derechos del hombre y la biomedicina, ratificado por el convenio de Oviedo, el 4 de abril, de 1997. El mencionado artículo declaraba lo siguiente *“Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención no se encuentre en situación de expresar su voluntad”*.

Cabe mencionar, en cuanto a regulación de las voluntades anticipadas, (Oviedo 1997) que aparece regulado en el Título II, hecho interesante porque este título está *“dedicado al consentimiento, y por lo tanto, la naturaleza jurídica de las voluntades anticipadas es idéntica a la del consentimiento informado; dicho artículo está destinado a que la voluntad del paciente, expresada con anterioridad, sea aplicable después a situaciones de aceptación o rechazo del tratamiento, o de donación de órganos, cuando no puedan ratificarse ni expresarse en su momento. Comprende no sólo las urgencias a las que se refiere el artículo 8, sino también las situaciones en las que el individuo ha previsto que podrá ser incapaz de dar un consentimiento válido, como en los casos de enfermedad progresiva o demencia senil”*⁶³.

A nivel de normativa estatal, dicho concepto lo encontramos regulado en la LAP, en concreto en su art. 11 que expresa tales voluntades como “instrucciones previas” según el cual: *“Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”*.

Siguiendo con el mismo artículo en sus siguientes apartados⁶⁴ vemos como da paso ya a que sean las CC.AA. las que sigan desarrollando esta materia, así lo expresa

⁶³ (DE) LORENZO Y MONTERO, R., *Derechos y obligaciones de los pacientes, Análisis de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-89.

⁶⁴ Art.11 LAP: “1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. 2. Cada servicio de salud regulará 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. 3. No serán 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

cuando dice que cada Servicio de Salud tendrá su propia regulación, siempre en concordancia con la LAP. Además, para asegurar su aptitud se prevé la creación en el Ministerio de Sanidad y Consumo, del Registro Nacional de Instrucciones Previas, con el fin de asegurar su eficacia en todo el territorio nacional.

En Galicia, la ley que regula las instrucciones previas es la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, en su art. 5.1⁶⁵ en concordancia con el art. 11 de la LAP.

En cuanto a la forma; *“todas las leyes autonómicas reguladoras de esta materia, dictadas hasta el momento, coinciden en permitir la opción de dos formas de otorgamiento de las instrucciones previas: la primera, ante notario, sin necesidad de testigos; la segunda, ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad, y ello con las únicas diferencias de la Comunidad Autónoma de la Rioja que exige que la voluntad anticipada se formalice mediante documento notarial, en presencia de tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar y la Comunidad Autónoma del País Vasco, en la que permite también otorgar el documento de voluntades anticipadas ante el funcionario o empleado del Registro Vasco de Voluntades Anticipadas”*⁶⁶.

Además, la normativa de nuestra Comunidad Autónoma declara que de las mismas se ha de dejar constancia en la Historia Clínica, y que podrán ser revocadas en cualquier momento, con exigencia de forma escrita.

En cuanto a la validez, la ya citada Ley establece los requisitos legales para la misma. Cabe destacar que no será necesario que el documento de instrucciones previas esté inscrito, si bien existen ciertas legislaciones autonómicas que establecen como requisito de validez su inscripción, pero se ha venido considerando que se han extralimitado en sus competencias puesto que no van en concordancias con la Ley Estatal⁶⁷.

3.2. Análisis del contenido y jurisprudencia

Tras esta introducción en cuanto a definición y forma de las instrucciones previas, y para el caso que aquí se refiere, no importa si observamos la LAP como la gallega, ya que ambas dejan claro que las mismas instrucciones no se tendrán en cuenta si se

el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

⁶⁵ Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, art.5.1: *“1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, a fin de que ésta sea cumplida en el momento en que llegue a situaciones en las que por las circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.*

⁶⁶ (DE) LORENZO Y MONTERO, R., *Derechos y obligaciones de los pacientes, Análisis de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica*, cit., p. 88.

⁶⁷ SEOANE, J.A., “Derecho y planificación anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España” en *Derecho y Salud*, Año 14, n°2, A Coruña, 2006, p. 290.

consideran contrarias al ordenamiento jurídico, a la “*lex artis*” o si no se corresponden con el supuesto de hecho que el interesado había pactado.

Hago mención especial a este apartado, puesto que es el más ambiguo y el que más problemas e incertidumbres acarrea, ya sea para el presente caso, a la hora de saber si el médico actuó debidamente, o en general, ya que los manuales sanitarios se hacen las mismas preguntas; ¿cuál es el alcance de esa valoración interpretativa que podrá hacer el médico acerca de la voluntad de la paciente al decidir si se ajusta o no a la “*lex artis*” o buena práctica? ¿Se podrá usar esa facultad para que el médico aplique el procedimiento que él mismo considere más adecuado a la situación?... Cuestiones que destapan la indeterminación de la Ley, y que dejan en blanco los criterios que deben entenderse en cada situación como buena o mala praxis, así como los límites a la actuación del facultativo y de las instrucciones previas⁶⁸.

Volviendo a la Ley, es importante destacar que cuando dice que no pueden ser contrarias al ordenamiento jurídico, normalmente se refiere a casos como la eutanasia, penada en nuestro CP. Sin embargo, como ya he dicho con anterioridad, el problema aquí gira en torno a la ineficacia en cuanto a previsiones contrarias a la buena práctica clínica.

Dice el Código de Ética y Deontología Médica de Julio de 2011, en su art. 36 del Capítulo VII de “*Atención Médica al final de la vida*” que el médico tiene el deber de intentar la curación del paciente, sin embargo, cuando esto no sea ya posible, aplicará las medidas para su bienestar, entiendo que a largo plazo, puesto que continúa diciendo que lo hará incluso cuando supongan un acortamiento para la vida del mismo, aunque más adelante en el mismo artículo establece, sin embargo, que tendrán que tener siempre en cuenta las voluntades anticipadas, recalcando reiteradamente que no pueden ser contrarias a la buena práctica médica.

Ojeando la jurisprudencia sobre la respiración asistida, y la forma de actuar de los médicos cuando se trata de muerte cerebral, observamos una sentencia del TSJ en la que los médicos proponen desconectar al paciente puesto que “*está clínicamente muerto*” y es irreversible. A pesar de la oposición de la familia, los médicos tras probarles que efectivamente ni siente ni padece, lo desconectan⁶⁹.

Tengamos clara una noción, para continuar: “*Conocida también como muerte cerebral, en la actualidad se denomina muerte encefálica (ME) y se define como el cese irreversible en las funciones de todas las estructuras neurológicas intracraneales, tanto de los hemisferios cerebrales como del troncoencéfalo*”⁷⁰.

En nuestro caso, al haber muerte cerebral y estar Carmen clínicamente muerta, los médicos hablan con la familia para hacerles entender, como hemos visto ya en casos de la citada jurisprudencia, que la muerte cerebral es irreversible. Deben los médicos informar a la familia debidamente de todo el proceso y de lo que consideran que es mejor en este caso.

⁶⁸ PALOMARES BAYO, M. / DE LA SERRANA GARCÍA, J.L., *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial*, Comares, Polígono Juncaril, 2002, pp. 129-130.

⁶⁹ STSJ 16 de noviembre de 2006 (JUR 2007/223944).

⁷⁰ ESCUDERO AUGUSTO, D. / OTERO, J., “Avances clínicos y legales en el diagnóstico de muerte encefálica durante la década de los trasplantes en España” en *Nefrología*, vol. 21, nº4, Oviedo, 2001, p.30.

Este tema es un constante debate ético que está a la orden del día en prácticamente todo el mundo⁷¹. Nos podemos encontrar con múltiples casos a debate en los que un paciente ha entrado en muerte cerebral, pero en todos los casos planteados, los expertos explican cómo esta situación es irreversible, y lo único que hace que la persona respire en ese momento es la respiración asistida, pero es una esperanza muerta.

Con todo lo expuesto quiero hacer comprender, que la muerte cerebral es irreversible y que lo único que lo separa de la muerte, es el hecho de que la respiración asistida hace parecer que la persona continúa con vida, a lo que los familiares se aferrarán como es normal, puesto que existe una relación de afectividad que no les permite ver más allá. Los médicos tendrán que hacer entrar en razón a los familiares y luchar contra el duelo patológico⁷² que se pueda producir.

Está claro que los avances médicos, así como la esperanza de vida en nuestra sociedad son cada vez mayores, sin embargo, esto puede confundir tanto al paciente como a sus allegados a la hora de tomar decisiones como la que aquí se nos presenta.

Los médicos en ocasiones tan delicadas como las de encontrarse con un paciente que se enfrenta al final de su vida, se sensibilizan, como debe ser, con el paciente y sus familiares. Sin embargo, si bien es cierto que siempre se tienen que tener en cuenta las instrucciones previas o voluntades anticipadas que el mismo ha dejado constar por escrito, reflejo del incremento en el poder de decisión que leyes como la LGS, LAP, La Ley 40/2002 del consentimiento informado de Galicia les han dado al paciente en cuanto a su relación con el médico, es evidente y así lo expresan las leyes, que no siempre podrán contar con un irrefutable cumplimiento.

Los médicos, dice la Ley, han de tener en consideración el documento de instrucciones previas, y siempre que no sean contrarios a la “*lex artis*” (...).

Pues bien, teniendo en cuenta, como ya hemos explicado con anterioridad, que la muerte cerebral es irreversible, nos trasladamos a la Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales, destacando varios artículos que al caso encontramos interesantes; El art. 17 establece que: “*Las y los profesionales sanitarios tienen la obligación de respetar los valores e instrucciones contenidos en el documento de instrucciones previas, en los términos previstos en la presente ley, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en la Ley 12/2013, de 9 de diciembre, y en sus respectivas normas de desarrollo. 4. Las y los profesionales sanitarios tienen la responsabilidad de prestar una atención médica de calidad científica y humana, cualquiera que sea la modalidad de su práctica profesional, comprometiéndose a emplear los recursos de la ciencia de manera adecuada a su paciente, según el arte médico del momento y las posibilidades a su alcance*”.

Resumiendo, los médicos tienen la obligación de respetar dicho documento a la hora de decidir, y se comprometen en la medida que sea posible a darles a los pacientes y a las personas que a ellos acompañen la mayor de las atenciones.

⁷¹ Véase: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/01/10/actualidad/1389372451_729934.html, <http://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/porquelauertecerebralesmuerte-1841159/> <http://laopinion.com/2016/04/22/padres-piden-que-no-desconecten-a-su-hijo/>. Enlace consultado a fecha de 13 de febrero de 2017.

⁷² Según el Instituto de Neurología Cognitiva; “*el duelo patológico son las Dificultades para aceptar la muerte del ser querido o la sensación de no poder creer que haya fallecido. En el duelo, los sentimientos predominantes en general son de soledad y de mucha tristeza*”.

Estimo conveniente destacar la parte de “*según el arte médico del momento y las posibilidades a su alcance*” puesto que la protagonista del caso, doña Carmen, dejaba constancia en sus instrucciones previas que no quería ser desconectada en vista a un futuro de avances tecnológicos que quizás pudiesen dar solución a su estado, sin prever si sería muerte cerebral u otro.

Interesante es, también el siguiente artículo⁷³ de la misma Ley que explica las limitaciones al esfuerzo terapéutico a la hora de tratar con pacientes terminales, como es el caso. En éste se dice que, si bien deben esforzarse empleando los medios necesarios para el bienestar del paciente, muchas veces, esto implica todo lo contrario, es decir: no alargar innecesariamente su vida, puesto se pretende proteger siempre la dignidad del paciente (prevista en nuestra Carta Magna, art.10, así como en todos los documentos de derechos humanos que se precien), y a veces, declara expresamente el art.18 que “*El deber del facultativo con respecto a la persona enferma no lo obliga a prolongar la vida por encima de todo. En todo caso, el personal facultativo debe cumplir las exigencias éticas y legales del consentimiento informado*” o también que “*limitará el esfuerzo terapéutico, cuando la situación clínica lo aconseje, y evitará la obstinación terapéutica*”.

Hacemos alusión, hablando de obstinación terapéutica, a una sentencia del TEDH⁷⁴ que declaró que no había violación ninguna en los derechos de una paciente a la cual se decidió desconectar cuando se encontraba en un estado vegetativo crónico, al considerarse el tratamiento “*innecesario y desproporcionado*” y aplicando el “*criterio de obstinación irracional*” al prolongar su vida mediante tratamientos de nutrición artificiales ya que, como explicaba su doctor, la “*naturaleza irreversible de sus lesiones cerebrales*” implicaba que el tratamiento fuera “*inútil y desproporcionado*”.

Por último, teniendo en cuenta que el art. 17 hace mención a los deberes éticos, se contempla en el art. 19 que existirá un Comité de Ética Asistencial que en caso de discrepancia entre los facultativos o entre estos y el paciente o familiares, emitirán un informe de recomendaciones para asesorar en las situaciones clínicas controvertidas como lo sería esta, con lo que para el caso creen conveniente que ha de hacerse.

Vayamos pues, a la cuestión ética que aquí parece plantearse, y con ello, al Libro de recomendaciones de la Comisión Gallega de Bioética⁷⁵ y a las Recomendaciones acerca de “*Los cuidados al final de la vida*”; En la exposición de motivos explica lo que ya venía comentando la Ley anterior: que las decisiones al final de la vida han de estar en

⁷³ Art. 18: *Deberes con respecto a la limitación del esfuerzo terapéutico*1. El médico o la médica responsable de cada paciente, en el ejercicio de una buena práctica clínica y manteniendo en todo lo posible la calidad de vida del paciente, limitará el esfuerzo terapéutico, cuando la situación clínica lo aconseje, y evitará la obstinación terapéutica. La justificación de la limitación deberá constar en la historia clínica.2. Se tendrá en cuenta la opinión del personal de enfermería al que le corresponda la atención de estos pacientes.3. En cualquier caso, las y los profesionales sanitarios que atiendan a los pacientes están obligados a ofrecerles aquellas intervenciones sanitarias necesarias para garantizar su adecuado cuidado y confort, con el respeto que merece la dignidad de la persona.4. El facultativo tiene la obligación de combatir el dolor de la forma más correcta y eficaz, administrando el tratamiento necesario. Este tratamiento, por su naturaleza, debe estar orientado a mitigar el sufrimiento de la persona enferma, a pesar de que, como consecuencia accidental de este tratamiento correcto, pueda acelerarse su muerte. El deber del facultativo con respecto a la persona enferma no lo obliga a prolongar la vida por encima de todo. En todo caso, el personal facultativo debe cumplir las exigencias éticas y legales del consentimiento informado.

⁷⁴ STEDH 5 de junio de 2015 (TEDH 2015/73).

⁷⁵ El presente documento fue aprobado por la Comisión Gallega de Bioética, en la sesión realizada el 19 de junio de 2012.

armonía entre lo que el paciente quiera y lo que los avances tecnológicos permitan, ya que tan mal está omitir tratamientos como entrar en una obstinación terapéutica con tratamientos inútiles.

Expone que es una obligación ética explicar siempre los motivos, siendo de vital importancia la comunicación con sus personas allegadas, y siempre, insisto, explicando de la manera más clara y diplomática posible los motivos por los que se actúa, dejando constancia en la Historia clínica de los mismos.

Por último, en estas recomendaciones se hace mención expresa a la muerte encefálica, y alude al Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, para explicar que en casos de muerte encefálica no debería de haber conflicto ético posible si no es el del trasplante de órganos puesto que ya en su art.10 aparece claramente definida la muerte cerebral, también llamada muerte encefálica como aparece descrita en sus definiciones de diagnóstico de muerte: *“proceso por el que se confirma el cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o de las funciones encefálicas”* como en su art.9 de criterios para la donación, entre los cuales se declara también la confirmación de la muerte cuando estamos ante el cese irreversible de las funciones encefálicas.

Terminamos con las palabras textuales del Comité de Ética Gallego que dicen lo siguiente refiriéndose a la muerte encefálica: *“Cuando el estado de una persona los cumple, no iniciar o retirar todas las medidas de soporte vital no produce ni permite la muerte del paciente porque, en realidad, ésta ya ha acontecido.”*

3.3. Conclusiones

En conclusión, en el documento de instrucciones previas una persona en plenas facultades deja constancia por escrito, con opción de inscripción en el Registro de Instrucciones Previas de Galicia, de los tratamientos que quiere o no que se lleven a cabo cuando llegado el momento no tenga ya capacidad para expresar su voluntad o consentimiento.

Como ya hemos analizado, éste aparece recogido en la LAP así como en nuestra propia Ley de Galicia del consentimiento informado, documento que ya hemos expuesto a la hora de resolver la primera cuestión y que podría equipararse al de instrucciones previas en cuanto a la relación médico-paciente y a la relevancia de la autonomía del paciente a la hora de decidir en su tratamiento, siendo diferentes los momentos en los que se han de tener en consideración.

En definitiva, por el documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas como también lo llaman determinadas leyes y decretos, el médico está obligado a tener en consideración lo que el paciente ha dejado reflejado por escrito en el mismo. Sin embargo, también declara expresamente que no podrán ser contrarios al ordenamiento jurídico, así como a la *“lex artis”* exigiendo en todo momento una buena praxis de los facultativos.

Recordemos que Carmen entra en muerte cerebral y había dejado escrito en el citado documento que, con esperanzas a un futuro de avances tecnológicos, llegado el momento no se la desconectase de la respiración asistida. Los médicos tras valorar la situación y aún con la negativa de la familia proceden a desconectarla, y nos preguntamos si esta actuación ha sido la correcta por parte de los facultativos.

Aunque siguen los debates éticos en cuanto a la fase terminal de los pacientes, en este caso, después de analizar las diferentes leyes, revistas, manuales y jurisprudencia llegamos a la conclusión de que no cabe duda; los médicos han de informar en todo caso a la familia, intentando explicarles a sus dos hijas, de una forma accesible y cercana, que la mejor de las situaciones para que su madre muera dignamente es desconectarla. Si bien es cierto que ha habido avances tecnológicos en este ámbito de la ciencia, ya hemos definido la muerte encefálica, y hemos podido concretar que una muerte cerebral es y será irreversible. Además, aparece definida como “muerte” en diferentes decretos como el de trasplantes de órganos, que establecen la muerte como requisitos fundamentales para el trasplante de órganos, estando la muerte encefálica recogida entre éstas. Por tanto, si continúan con la negativa a dicha decisión, puesto que como es normal es su madre y el grado afectivo, es quizás, imposible de superar, los médicos deberían trasladar al Comité Ético la situación para que la valorase y los asesorase antes de proceder a su desconexión.

Con todo, ya hemos expuesto las recomendaciones del Comité de Ética Gallego, y éste no ofrece demasiadas dudas a la hora de tomar una decisión con las características de nuestro caso, por lo que la decisión que hubiera tomado el Comité de Ética sería proceder igualmente a su desconexión, lo que sin embargo no implica que la actuación de los facultativos con Carmen y sus hijas haya sido la correcta, puesto que si bien está claro que fue la acertada, la considero excesivamente precipitada.

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

4. INDEMNIZACIÓN

4.1. Introducción

Analizaremos dicha situación por partes; la protagonista del caso, Carmen, fallece, como ya hemos visto, a los 54 años de edad. Esta persona, poseía en vida un patrimonio, entendiendo como tal *“El conjunto de bienes y deberes de contenido económico atribuidos a un sujeto. Comprende pues todas las relaciones jurídicas cuantificables en dinero, quedando excluidas las no económicas, tanto los bienes y derechos como los deberes”*, Y continúa diciendo que *“mientras exista la persona existe su patrimonio y cuando la persona fallece, pasa a sus herederos (art 659 CC y 661 CC) y desaparece: su contenido se integra en el de los herederos”*⁷⁶.

Dicho esto, analizaremos la situación de su patrimonio después de su muerte, por la supuesta negligencia médica. Para ello, aludimos a la sucesión *mortis causa*, que es la generada cuando una persona fallece, y nos encontramos con el problema de qué pasará con los bienes y derechos de los cuales era titular, así como de las deudas y obligaciones que dicha persona tenía a su cargo, o que se producen como consecuencia de su muerte. Como consecuencia debemos aclarar también qué se entiende por herencia⁷⁷.

La herencia aparece recogida en el art. 659 del Código Civil (en adelante, CC.) que la define así: *“La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte”*.

Así, según este precepto, *“cualesquiera titularidades de índole patrimonial que, por la razón que fuere (pacto o disposición legal) tengan carácter vitalicio han de entenderse extinguidas en el momento de su fallecimiento. Ocurrirá así con cualquier pensión, usufructo, derecho de uso, seguros de vida, así como las facultades de carácter personalísimo sensu strictu (...)”*⁷⁸.

Compete explicar, que las reglas sucesorias del CC. son para nuestra Comunidad Autónoma así como para otras, derecho supletorio, al cual se hará referencia para aspectos esenciales, ya que los sistemas civiles de las autonomías gozan con mayor libertad sucesoria formal, aplicando ciertas herramientas no respetadas por el CC.⁷⁹

En Galicia, el derecho de sucesiones se rige por lo establecido en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, concretamente en su Título X.

En nuestro caso, con la muerte de Carmen nace el derecho sucesorio de sus herederos a formar parte de la herencia y de los derechos y obligaciones que ella genera, ya sea testada, intestada o legítima.

⁷⁶ RODRÍGUEZ CANO BERCOVITZ, R., *Manual de derecho civil, derecho privado y Derecho de la persona*, Bercal, 2016, Madrid, p. 165.

⁷⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de sucesiones: Principios de derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 7.

⁷⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de sucesiones: Principios de derecho civil VII*, cit., p. 8.

⁷⁹ LAPUENTE CÁMARA, S., *Curso de derecho civil (V)*, coord. PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL, Colex, Madrid, 2013, pp. 36-37.

En definitiva, lo que cabe aquí analizar es si realmente la obtención que María ha reclamado contra los médicos o contra la Administración y que le han concedido pasa a formar parte de la herencia, puesto que siendo afirmativa esta cuestión, no cabe duda que sus hijas, ambas las dos, las cuales además, convivían con la fallecida, serían herederas y tendrían que compartir ese activo que entra a formar parte del caudal hereditario.

4.2. El *iure proprio* y el *iure hereditario*

Así las cosas, para determinar si la indemnización entra a formar parte de la herencia tendremos que analizar entre otras cuestiones si María actúa *iure proprio* o *iure hereditario*, puesto que ambas tienen consecuencias diferentes.

Por tanto, para empezar a analizar la situación hemos de tener claros esos dos conceptos: *iure hereditario* e *iure proprio*, puesto que el debate versa sobre si los legitimados para la obtención de dicha indemnización por muerte son los sujetos *iure hereditario* o *iure proprio*, es decir, los primeros, por desplegar la cualidad de herederos de la víctima y los segundos por ser los perjudicados, indistintamente de que sean herederos o no. Así, el derecho de indemnización estaría entre estas dos nociones, sin perjuicio de que puedan versar sobre una misma persona, ya que los perjudicados pueden ser a la vez parientes y herederos⁸⁰, hecho más que frecuente.

Es habitual encontrarse en la jurisprudencia aclaraciones en cuanto a este asunto; múltiples sentencias⁸¹, que tienen en consideración lo que establece el TS diferencian las dos condiciones antes expuestas, aludiendo ya a controversias a la hora de legitimación para reclamar y percibir una indemnización así: *"El derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como "iure hereditario" sino como un derecho originario y propio del perjudicado, cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 junio 2003 , que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte, "iure proprio", las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con el; negándose mayoritariamente que la pérdida en sí del bien "vida" sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible "mortis causa" a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales "iure hereditario"*.

Dicho lo cual, sacamos en conclusión que en las indemnizaciones por muerte, la jurisprudencia concede la legitimación para percibir las mismas a las personas perjudicadas por el suceso, y no en calidad de herederos como tal si no como afectadas por los motivos que fueren, obviamente, lazos afectivos que hayan causados un menoscabo en su persona pero deja claro que no será la cualidad de herederos la que los hará beneficiarios de tal indemnización. Lo cual no impide que ésta pueda coincidir con la de perjudicado, como sucede habitualmente pero ya tendría efectos diferentes puesto que no entraría en el patrimonio hereditario al comenzar su existencia tras la muerte de la persona por la que se reclama, y como ya hemos expuesto, el CC explica que entrará en la herencia los bienes y derechos que no se extingan por su muerte, sin embargo, es la misma muerte la causa de tal indemnización y no entra pues, en la herencia, tal y como explica El TS⁸²: *"No es la condición de heredero, sino la de perjudicado, la que legitima*

⁸⁰ SERRANO GÁZQUEZ, L., *La indemnización por muerte*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 28.

⁸¹ SAP de 18 de octubre de 2010 (JUR 2011\47673).

⁸² STS de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006\6427).

a las personas para promover la acción que nos ocupa, y constituye pacífica y reiterada doctrina jurisprudencial la relativa a que el derecho a reclamar este tipo de indemnizaciones pertenece "ex iure proprio" a la persona que resulte perjudicada por el suceso y no "ex iure hereditatis", pues tal derecho, en todos los casos y con mayor incidencia en los supuestos de muerte instantánea, no llegó a formar parte del caudal relicto y, por tanto, no ha podido transmitirse a los herederos".

Tenemos claro pues, que si la indemnización es por causa de la muerte de una persona, las legitimadas para recibir la indemnización son los perjudicados de forma independiente, puesto que no coincidirán los perjuicios de una u otra persona. En ese caso, María no tendría que repartir la indemnización con su hermana de forma obligatoria, pudiendo quedarse ella en calidad de perjudicada con la misma.

Sin embargo, en este caso, María acude al abogado para que la asesore, porque quiere reclamar la negligencia que su madre ha sufrido. Entendemos pues, que no acude al abogado para reclamar por la muerte de su madre, siendo esta la consecuencia de la negligencia médica y/o de la Administración, que dará lugar a la correspondiente indemnización y no la causa de la misma.

Así, continuando con jurisprudencia que al caso corresponde, considero importante exponer partes de varias sentencias en las que también se reclama una indemnización, puesto que se nombra la diferencia entre una indemnización por muerte y por lesiones o secuelas causadas a la persona ya fallecida, distinción clave para nuestro informe. Pues bien, el TS explica que *"Por lo que respecta a la intransmisibilidad de la indemnización por daño moral en el sentido de que es personalísimo hemos de hacer las mismas consideraciones que en Fundamento Tercero de esta resolución, no se trata de que los actores ejerciten iure proprio esta acción sino que están ejercitando la acción en la posición de su madre como sucesores de la misma, en este sentido si la cantidad que procede por este concepto estaba en el patrimonio de la fallecida se lo transmitiría a sus herederos que son los que ahora tienen derecho a su percepción. No cabe admitir que desaparecida la secuela por fallecimiento desaparecerá este factor corrector porque nuevamente el apelante está confundiendo la reclamación en la acción ejercitada que no es por fallecimiento sino por las lesiones y secuelas derivadas del siniestro, siendo así está claro que la madre de los actores que vivió dos años desde la fecha del siniestro tenía derecho a una indemnización por daño moral que hubiera ingresado en su patrimonio y cuyo derecho a reclamarlo ha transmitido a sus herederos"*⁸³.

Otra sentencia, de la AP, similar a la anterior, al responder que los hijos sí están legitimados a la hora de ejercitar la acción, puesto que la parte recurrente alegaba que no era posible, dice lo siguiente: *"Ambos motivos deberán ser rechazados, lo primero porque la acción que ejercitan los actores nace del Art. 661 y 659 del C.Civil en su calidad de herederos de su madre de modo que los derechos y obligaciones que correspondían a la madre de los apelados las pueden ejercer ellos en su lugar como sucesores de la misma salvo aquéllos que estuviesen íntimamente vinculados y dependieran de su persona (la responsabilidad penal, por ejemplo), pero no así las indemnizaciones a que pudiera tener derecho la víctima como consecuencia de un accidente de tráfico que al tratarse de un valor económico (la indemnización) pasaría a formar parte de su caudal relicto, que debía engrosar su patrimonio, y sería transmisible a sus herederos, y efectivamente entre los derechos integrantes de una herencia se encuentran indudablemente el de la indemnización que al causante correspondiera por efecto del seguro obligatorio del automóvil en relación con las lesiones que sufrió en*

⁸³ STS de 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010\280).

hecho relativo a la circulación, y cuyas facultades y acciones hubieron de transmitirse a los herederos en virtud de lo dispuesto en el artículo 659 del CC. por ser de carácter económico y no personalísimos o ligados a la persona del causante”⁸⁴.

Exponiendo dichas sentencias lo que venimos constatando es que existe una clara diferencia entre la indemnización por fallecimiento, y la indemnización que a la persona que fallece le corresponde por los daños y perjuicios que le fueron causados.

Así, como ya hemos explicado la indemnización por muerte pertenece a los perjudicados sean o no herederos y no entra en el caudal hereditario. Sin embargo, la indemnización correspondiente concedida por la negligencia que Carmen ha tenido que soportar le pertenece a ella, y tras su muerte, a sus herederos.

Imaginemos, para entenderlo mejor, que Carmen, entra en coma, a lo que no prosigue la muerte cerebral ni la sucesiva desconexión, sino una recuperación con secuelas. Nos encontraríamos igualmente ante una negligencia médica pero con un resultado distinto al de muerte, en este caso, la acción y la correspondiente indemnización no cabe duda que le corresponderían a Carmen, como actora, entrando la misma en su patrimonio.

Prosigamos la explicación con otra sentencia, muy parecida, aunque se trata no de una negligencia médica sino de un accidente de tráfico en el que un joven pierde la vida. Explica la sentencia⁸⁵, relacionando el accidente con la indemnización que *“en este supuesto se trata de un fallecimiento que trae causa del propio accidente y es un efecto más del mismo, contemplado como tal en la ley”*. Es pues, nuestro caso, ya que se trata de una muerte que trae causa también, no de un accidente, sino de una negligencia médica.

Seguidamente, expone en la misma línea dicha sentencia que; *“Las consecuencias lesivas ya no atienden al futuro, porque desaparecieron con el fallecimiento, por lo que aquellos parámetros temporales y personales considerados en abstracto dejan de serlo porque se conocen los perjuicios, reales y ciertos, que ha sufrido desde la fecha del siniestro y que no quedan absorbidos por la muerte posterior por cuanto tienen entidad propia e independiente y han generado hasta ese momento unos perjuicios evidentes a la víctima susceptibles de reparación (...)*. Por último, y a lo que aquí nos interesa dice la misma que: *“tenía derecho a una indemnización por daño que se le causó y hubiera ingresado en su patrimonio, cuyo derecho a reclamarlo ha transmitido a sus herederos. “La regla de Derecho que justifica el desplazamiento patrimonial de la indemnización en su totalidad, dice la sentencia, radica en que la determinación de los daños por estos conceptos se hace en la LRCSCVM “ y ”crédito resarcitorio que se transmite por herencia”*.

Examinando esta sentencia, con las anteriormente citadas, observamos que existe en nuestro caso una situación parecida. En la sentencia, los herederos son los padres, en nuestro caso las hijas, que entendemos que atendiendo a su situación de convivencia, edad y relación responden ambas al concepto herederas, sin perjuicio de que existan más personas que con los datos del caso podamos desconocer, que no merecen mención.

4.3. Conclusiones

⁸⁴ SAP 28 de febrero de 2005 (JUR 2006\22909).

⁸⁵ STS de 13 de septiembre de 2012 (RJ 2012\11071).

En conclusión, analizando los dos tipos de indemnización que podrían llevarnos a confusión, hemos clarificado que no se trata aquí de una indemnización percibida en concepto de “*indemnización por fallecimiento*”, que correspondería *iure proprio* a las personas perjudicadas fuesen o no herederas, no entrando en la herencia de la fallecida, puesto que se reparan los daños sufridos por tales personas (perjudicadas) como consecuencia del suceso. En nuestro caso, Carmen ha sido víctima de una negligencia del médico y/o de la Administración Pública, y como consecuencia de ésta, ha fallecido. No obstante, aun sin haber fallecido hubiese sido igualmente víctima de la misma, podría haber quedado, por ejemplo, inválida por la falta de cuidado de los médicos... y en ese caso, no tendríamos duda alguna de que ingresaría en su patrimonio.

Desafortunadamente, la desdicha acompañó a Carmen, que fallece, siendo su hija, ahora en concepto de *iure hereditario* (como heredera), según el CC. una de las personas posibilitadas para subrogarse en dicha posición y reclamar lo que a su madre le hubiese correspondido.

Sin embargo, tras la muerte, lo que se pide es la indemnización por daños y perjuicios causados a la persona ahora fallecida, pero que podría no haber fallecido en el instante que entró en coma, momento en el que ya cabía responsabilidad por parte de la Administración y/o médicos. En dicha indemnización, se subrogaría una u otra hija indistintamente.

Así, el derecho al resarcimiento de la fallecida "*constituye un derecho patrimonial, ya devengado una vez que el mismo se ha producido y susceptible de transmisión a sus herederos*" ya que "*la muerte no puede alterar las consecuencias que se hubieran producido de no mediar la misma, y ello sin perjuicio de que a causa de la muerte se produjera, suceso entonces incierto, un perjuicio personal para los actores, susceptible de indemnización independiente, iure proprio, del que corresponde a la fallecida, ello con independencia de que de no haber mediado dicha muerte ya se hubieran podido producir perjuicios personales a los herederos*"⁸⁶.

Por tanto, la indemnización, que se hubiese integrado en el patrimonio de su madre si ésta no falleciese, se integra ahora en la herencia de la misma. Siendo así, María sí tendría que compartir con su hermana la indemnización, que como heredera le pertenece, al amparo de los artículos 651 y ss. del CC. Siempre, eso sí, sin perjuicio de la incoación *iure proprio* (en concepto de perjudicados) de otro procedimiento, si existiesen otras personas que se hubieran visto realmente afectadas por la muerte de Carmen.

⁸⁶ STSJ de 17 de octubre de 2003 (RJCA 2004(8)).

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *Manual de derecho civil, derecho privado y Derecho de la persona*, Bercal, Madrid, 2016.
- CEREZO MIR, J., *Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 1997.
- CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente*, BdeF, 1989, Barcelona, 1989.
- ESCUADERO AUGUSTO, D. / OTERO, J., “Avances clínicos y legales en el diagnóstico de muerte encefálica durante la década de los trasplantes en España”, en *Nefrología*, vol. 21, nº4, Oviedo, 2001.
- FRAGA MANDIÁN, A. / LAMAS MEILÁN, M.Mª., en “El consentimiento informado (el consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)”, *Revista xurídica galega*, Pontevedra, 1999.
- GIMENO SENDRA, V. / MORENO CATENA, V. / SALA SÁNCHEZ, P., *Derecho Procesal Administrativo*, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley básica 41/2002 y Leyes autonómicas*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- GÜNTHER, J., *Derecho Penal. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- LAPUENTE CÁMARA, S., *Curso de derecho civil (V)*, coord. PÉREZ ÁLVAREZ, M.J., Colex, Madrid, 2013.
- LARIOS RISCO, D., *El derecho a la protección de datos en la historia clínica y la receta electrónica*, Aranzadi, Navarra, 2009.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de sucesiones: Principios de derecho civil VII*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- (DE) LORENZO Y MONTERO, R., *Derechos y obligaciones de los pacientes, Análisis de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica*, Colex, Madrid, 2003.
- (DE) MIGUEL SÁNCHEZ, N., *Secreto Médico, confidencialidad e información sanitaria*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- PALOMARES BAYO, M. / DE LA SERRANA GARCÍA, J.L., *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial*, Comares, Polígono Juncaril, 2002.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., *Derecho Administrativo español. Tomo I*, Netbiblo, 2008.
- SAMPRÓN LÓPEZ, D., *Los derechos del paciente a través de la información y la historia clínica*, Edisofer libros jurídicos, Madrid, 2002.
- SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., “Derecho y planificación anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España” en *Derecho y Salud*, Año 14, nº 2, A Coruña, 2006.
- SERRANO GÁZQUEZ, L., *La indemnización por muerte*, Dykinson, Madrid, 2000.
- SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Civil. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011.

VI. LEGISLACIÓN

Código de Ética y Deontología Médica, aprobado por la Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado de la Organización Médica Colegial, el 10 de septiembre de 1999.

Convenio del Consejo de Europa sobre derechos del hombre y la biomedicina, ratificado por el convenio de Oviedo, el 4 de abril, de 1997.

De Europa, C. (1950). Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. *Roma, Italia, 4*.

Ley 1/1989, de 2 de enero, del Servicio Gallego de Salud.

Ley 1/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes y la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del sistema para la valoración de los Daños y Perjuicios causados a las personas en Accidentes de Circulación.

Ley 39/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de la Administración Pública, que deroga a la Ley 30/1992.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

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.

Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales.

Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

VII. JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de junio de 2015 (TEDH 2015\73).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 abril de 1993 (RTC 1993\142).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de noviembre de 2002 (RTC 2002\18).

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991 (RJ 1991\5115).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de septiembre de 1991 (RJ 1991\6021).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1994 (RJ 1994\4190).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1994 (RJ 1994\9347).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 1996 (RJ 1996\1339).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1998 (RJ 1998\275).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1998 (RJ 1998\6885).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2005 (RJ 2006\4281).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006\6427).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009 (RJ 2009\5755).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006\8059).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010\280).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2012 (RJ 2012\11071).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 28 de septiembre de 2001 (JUR 2001\328251).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 17 de octubre de 2003 (RJCA 2004\8).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 16 de noviembre de 2006 (JUR 2007\223944).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 30 de noviembre de 2007 (JUR 2008\127508).

AUDIENCIA NACIONAL

- Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de marzo de 2009 (JUR 2009\154754).

AUDIENCIA PROVINCIAL

- Sentencia de la Audiencia Provincial de 28 de febrero de 2005 (JUR 2006\22909).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de 10 de junio de 2012 (JUR 2012\299501).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de 18 de octubre de 2010 (JUR 2011\47673).

JUZGADO DE LO PENAL

- Sentencia del Juzgado de lo Penal de 13 de julio de 2015 (ARP 2015\780).

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- Sentencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de 25 de mayo de 2011 (RJCA 2011\835).