



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de  
fin de grado

# Negligencia médica en un caso de aneurisma cerebral

Alumno: Adrián March  
Romero

Tutor: Eduardo  
Cebreiros Álvarez

**Grado en Derecho y Administración y Dirección de  
Empresas**

Año 2017

# Índice:

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1. Derecho de información del paciente y personas vinculadas.....</b>               | <b>1</b>  |
| A) Introducción: marco regulatorio general.....  | 1         |
| B) Información recibida por la paciente.....   | 2         |
| i. Sujetos obligados a facilitarla.....  | 2         |
| ii. Contenido y forma.....   | 3         |
| iii. Carga de la prueba.....   | 6         |
| iv. Medios de prueba.....  | 7         |
| C) Información a personas vinculadas.....  | 12        |
| i. Supuestos de información.....   | 12        |
| ii. Derecho a la intimidad y revelación de secretos.....                               | 13        |
| <b>2. Reclamación por negligencia médica.....</b>                                      | <b>15</b> |
| A) Sistema competencial.....   | 15        |
| B) Reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración.....               | 17        |
| i. Naturaleza.....   | 17        |
| ii. Orden competente.....  | 18        |
| iii. Características y nacimiento.....   | 18        |
| iv. Requisitos para su apreciación.....  | 20        |
| C) Procedimiento.....  | 28        |
| a) Iniciación.....   | 28        |
| b) Instrucción.....  | 28        |
| c) Resolución.....   | 29        |
| D) Responsabilidad penal médica.....   | 30        |
| <b>3. Documento de instrucciones previas y decisión médica.....</b>                    | <b>34</b> |
| A) Validez legal del documento.....  | 34        |
| B) Muerte cerebral y posibilidad de retirar el soporte de<br>respiración asistida..... | 37        |
| <b>4. Indemnización a las herederas.....</b>   | <b>40</b> |
| <b>5. Conclusiones.....</b>  | <b>45</b> |
| <b>6. Bibliografía.....</b>  | <b>47</b> |
| <b>7. Legislación.....</b>   | <b>49</b> |
| <b>8. Abreviaturas</b>   |           |
| <b>9. Anexos</b>   |           |

## 1. Derecho de información del paciente y personas vinculadas.

*Por cuestiones de una mayor claridad expositiva y comprensión académica, se invierte el orden de respuesta a las dos preguntas que forman parte de la cuestión número 1.*

### A) Introducción: marco regulatorio general.

La primera de las cuestiones que se presenta en este caso de negligencia médica por aneurisma cerebral, hace necesario determinar cómo está regulado en nuestro país el derecho de información en el ámbito sanitario. Éste es una manifestación del derecho de respeto a la integridad física y psíquica contemplado en el artículo 15 de la Constitución Española de 1978 (CE).

En el ámbito estatal, para conocer tal regulación, es preciso recurrir a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Cabe señalar el que se enuncia como uno de los principios básicos de la misma y que se recoge en el punto 6 del artículo 2, donde además de la actividad asistencial, todo profesional interviniente en la misma deberá dar cumplimiento a los deberes de información y de documentación clínica. Más concretamente en su artículo 4, se proclama el derecho del paciente a conocer la información asistencial en cualquier ámbito de su salud y, el artículo siguiente, recoge expresamente que el titular del derecho a la información es el propio paciente, siempre que éste se encuentre en plena posesión de su capacidad jurídica.

Antes de entrar en un mayor nivel de profundidad, se hace necesario aclarar los tres tipos de información existentes<sup>1</sup> que nos van a resultar fundamentales para el tratamiento del caso que nos ocupa. Así, se puede distinguir por un lado la información denominada asistencial, que es aquella que guarda relación con la facultad de decisión que poseen los pacientes en cuanto a considerar si deseen someterse a una concreta actuación médica. Esto es lo que da lugar al conocido como consentimiento informado.

La anterior no debe ser confundida con la información terapéutica, cuyo interés radica en la posibilidad de establecer la relación médico-paciente. Es decir, viene a constituir el derecho de todo paciente a conocer todo lo que atañe al proceso asistencial en el cual está incurso. Igualmente el paciente ha de tener derecho a conocer la información relativa al Sistema Nacional de Salud, que no es otra que el conocer, entre otros, sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, así como de sus medios e instalaciones técnicas.

Para una comprensión correcta de la casuística que se presenta, conviene distinguir como lo hace la profesora Blanco Pérez-Rubio<sup>2</sup>, los dos principios que esta Ley establece: el derecho del paciente a ser informado y la exigencia del consentimiento que se debe dar tras haber recibido la información. Es decir, se trata por un lado de la regulación de una información autónoma o terapéutica y, por otro, de una información

---

<sup>1</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. (2013). *Tratado de derecho sanitario* (1st ed.). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi. Vol I pp 812 y 813.

<sup>2</sup> Blanco Pérez-Rubio, L. (2013). *La Carga de la prueba por omisión de información al paciente* (1st ed.). Madrid, [etc.]: Marcial Pons. pp 14.

como requisito de consentir un determinado tratamiento prescrito con conocimiento de causa.

Por su parte, la comunidad autónoma de Galicia también cuenta con normativa propia, que se encuentra recogida en la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. En su artículo 9.2 se concreta el derecho a la información en el proceso asistencial, que como se señalará en líneas inferiores, guarda estrecha similitud con la normativa nacional.

El derecho del paciente a ser informado también tiene acogida 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, de 1997, conocido como Convenio de Oviedo. Entró en vigor en España el 1 de enero de 2000 y a tenor de su art.10.2 toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud<sup>3</sup>.

Además, el Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de 2011, viene a considerar que la información al paciente no es un mero acto burocrático sino un acto clínico que debe ser asumido por el médico responsable del proceso asistencial<sup>4</sup>.

## **B) Información recibida por la paciente.**

### i. Sujetos obligados a facilitarla:

Se formula primeramente una cuestión relativa a la información que se debió proporcionar a la paciente sobre la asistencia médica en el Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña (CHUAC), así como el descubrimiento de un aneurisma cerebral de 2.5 cm. Más concretamente sobre el deber que recaía en la persona del Dr. Vázquez, por ser éste el encargado de realizar la prueba del TAC.

Por ello, en primer lugar, se debe plantear quién ha de ser el sujeto obligado a informar a tenor de lo establecido en el artículo 4.3 de la Ley 41/2002. Según este precepto, el médico responsable es el sujeto que se encuentra bajo esa obligación.

Para saber qué médico ostenta tal característica ha de recurrirse a su definición prevista en el artículo 3 de la misma, donde se establece que se entenderá por responsable aquel profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial.

En el ámbito autonómico de Galicia esta cuestión está contemplada en el artículo 9 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia. Ahí se establece que la obligación de informar previa al consentimiento, incumbe al médico designado por el establecimiento sanitario para la atención del paciente. Siendo éste el que conste a su vez en la historia clínica, tal y como establece los arts. 13 y 16.b) de la misma ley.

---

<sup>3</sup> Domínguez Luelmo , A. (2007). *Derecho sanitario y responsabilidad médica* (1st ed.). Valladolid: Editorial Lex Nova. pp 49.

<sup>4</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol I. *op. cit*, pp 1296.

En el caso de que intervengan varios profesionales, supuesto que se da en este caso, el art. 9 Ley 3/2001 de Galicia afirma que la obligación de informar corresponde a todos los profesionales en el ámbito de su intervención<sup>5</sup>.

Es más, como pone de manifiesto el Tribunal Supremo<sup>6</sup> cabe hacer extensivo este deber, en caso de que no sea posible determinar con exactitud el profesional que ha de informar, al Centro Hospitalario, por entender que ostenta un deber in vigilando e in eligiendo<sup>7</sup>. Este deber se concentra en aquellas cuestiones de índole de estructura organizativa, supuesto perfectamente ajustable al caso propuesto, relativo al número de camas que el hospital debía prever necesarias por encontrarse en fin de semana. No parece razonable esperar un servicio sanitario de peores condiciones por el mero hecho de encontrarse en un día no laborable, o no tener en cuenta aquellos días u horas de mayor congestión. La demanda que se pueda llegar a originar habrá de ser prevista por cuantas situaciones semejantes se hayan producido en el pasado y por tanto ha de entenderse esta obligación extensiva al centro hospitalario.

Por tanto, en el presente caso no ha de entenderse que esta información haya tenido que ser efectuada en exclusividad por el Dr. Vázquez. El motivo de ello estriba en que están afectos a este deber, todos aquellos profesionales que atiendan al paciente durante el proceso asistencial, por lo que han de incluirse el Dr. Seco y el Dr. Fandiño.

Como consta en la redacción de este supuesto, el Dr. Vázquez es el encargado de realizarle a la paciente un TAC craneal en el cual se detecta un aneurisma cerebral de 2.5 cm. Es ello motivo por el cual existiría el deber de imputarle a este profesional parte de la obligatoriedad de la información. Sin embargo, son posteriormente el neurocirujano y neurólogo de guardia, el Dr. Seco y el Dr. Fandiño respectivamente, los competentes para su valoración y por ello los sujetos a los que también se refiere el articulado analizado sobre la explicación de la dolencia correspondiente al paciente y de la gravedad de la enfermedad.

El Dr. Vázquez, en vista de lo detectado en el TAC craneal, se limita a derivar el caso a los profesionales competentes, que resultan ser quienes verdaderamente pueden realizar un juicio certero y científico del mismo, para poder después explicárselo y comunicárselo a la Sra. Carmen. Es de toda lógica pensar que cualquier persona no ha de ser capaz de explicar algo que no conoce, por lo que como efectivamente se ha producido una derivación hacia otros profesionales especialistas, éstos deberán quedar vinculados a tal obligación.

i. Contenido y forma:

En lo relativo a cómo ha de facilitarse la información obligatoria, según el art. 4.1 de la Ley 41/2002 y 9.2 Ley 8/2008 de Galicia, ésta ha de hacerse verbalmente dejando la respectiva constancia en la historia clínica e indicando al menos la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de la intervención. El objetivo no es otro que hacer saber al paciente el estado en el que se encuentra, el diagnóstico de su enfermedad, el tratamiento que debe seguir o los riesgos inherentes y las consecuencias del mismo<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> En igual manera se pronuncia el art. 4.3 Ley 41/2002.

<sup>6</sup> STS, núm. 956/1998 de 16 de octubre RJ 1998/7565.

<sup>7</sup> Domínguez Luelmo, A. *op. cit.*, pp 211.

<sup>8</sup> *Vid* artículo 4.1 Ley 41/2002.

El deber de facilitar una información completa proviene del derecho de todo paciente a conocer “*toda la información disponible sobre la misma*”. Ha de entenderse el concepto de completa como accesible y no como exhaustiva o técnica en el sentido en el que se pronuncia la STSJ Navarra de 27 de octubre de 2001<sup>9</sup>.

En el apartado segundo del mismo artículo, y en el mismo en el caso de la normativa gallega, se hace referencia a la comprensibilidad de la misma, como condición para que el paciente pueda decidir libremente. Razón por la cual puede afirmarse que el contenido de la información dependerá de la preparación cultural del paciente, así como de su formación específica<sup>10</sup>. Ha de realizarse pues, una cierta valoración subjetiva para rebajar o elevar el nivel de información en el aspecto cuantitativo y cualitativo<sup>11</sup>.

En una mayor precisión sobre el carácter de la misma, se encuentran pronunciamientos judiciales<sup>12</sup>, fijando que: “*ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada* (este término se empleaba en el art. 10.5 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) derogado por la Ley 41/2002), *precisa y exhaustiva para que la comprensión se integre con los conocimientos que posee, y también suficiente para tener los datos necesarios para decidir acerca de las recomendaciones médicas*”.

En lo relativo a cuándo ha de realizarse esa comunicación, la Ley 41/2002 no aborda expresamente esta cuestión (su art. 10.1 se limita a señalar que el facultativo proporcionará al paciente la información "antes" de recabar su consentimiento), pero sí lo hacen varias leyes autonómicas, como el art. 8.3 de la Ley gallega 3/2001, donde se recoge el carácter previo de la información con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar y decidir libremente. Ha de entenderse que facilitar la información sin tiempo para prestar consentimiento es tanto como privar de la información y actuar contra la *lex artis ad hoc*<sup>13</sup>. Resulta conveniente no olvidar que se está ante un mecanismo para garantizar la autonomía de la voluntad del paciente y que puede suponer incluso, una lesión del propio derecho fundamental<sup>14</sup>.

Por su parte, en el cuerpo normativo gallego de referencia, en los preceptos 8.2 y 8.4 (la LGS lo recoge de manera semejante y más breve en su art. 10.1) emplea los adjetivos de verdadera, comprensible, adecuada a las necesidades del paciente, continuada, razonable y suficiente. Apunta además a su deber de ser objetiva, específica y adecuada al procedimiento, evitando los aspectos alarmistas que puedan incidir negativamente en el paciente. Finalmente enumera una serie de cuestiones que deberá incluir<sup>15</sup>:

*“identificación y descripción del procedimiento, objetivo del mismo, beneficios que se esperan alcanzar, alternativas razonables a dicho procedimiento, consecuencias previsibles de su realización, consecuencias de la no realización del procedimiento, riesgos frecuentes, riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia, riesgos personalizados de acuerdo con la situación clínica del paciente y contraindicaciones”.*

<sup>9</sup> STSJ Navarra, núm. 22/2001 de 27 de octubre de 2001 RJ 2002\1079.

<sup>10</sup> SAP Barcelona, de 5 enero 1998. AC 1998\4.

<sup>11</sup> Domínguez Luelmo, A. *op. cit.*, pp 213.

<sup>12</sup> STS, núm. 511/1997 de 29 de mayo RJ 2003\3916.

<sup>13</sup> Blanco Pérez-Rubio, L. *op. cit.*, pp 54.

<sup>14</sup> STS, núm. 323/2011 de 13 de mayo. RJ 2011\3279.

<sup>15</sup> En semejantes términos se pronuncia el art. 5 Convenio de Oviedo.

Llegados a este punto es conveniente apuntar que nos encontramos ante un supuesto de medicina curativa o necesaria, ya que tal y como recoge la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo<sup>16</sup>, ésta se produce cuando hay desencadenado un proceso patológico que por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud, o conseguir la mejoría del enfermo, con la interferencia de los medios o remedios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible<sup>17</sup>. El motivo de establecer la diferencia entre ésta y la denominada satisfactiva o voluntaria, radica en la no necesidad de realizar una información mucho más rigurosa<sup>18</sup>.

Por su parte, la doctrina también se ha pronunciado sobre el carácter que debe recubrir a la información al paciente. En este sentido Llamas Pombo<sup>19</sup> propone varios niveles de información graduales, que han tenido acogida en numerosa jurisprudencia, en función de los siguientes factores:

- Capacidad del paciente para comprender la información y alcanzar una decisión a partir de las consecuencias de la misma.
- Deseos de información del paciente: en ocasiones el paciente deja en manos del médico toda la decisión, lo que no exime a éste de informarle, si bien será una información mucho más somera que si el paciente pregunta por el tratamiento, posibilidades alternativas, etc.
- Necesidad de tratamiento: si el tratamiento es esencial para la salud del paciente, el alcance del deber de informar será en general menor que si los actos médicos a realizar no son esenciales.
- El nivel de riesgo que entrañe el tratamiento, ya que si el riesgo es grave, el deber de información pesará mucho más que si se trata de un riesgo despreciable o poco importante.
- Probables efectos de la información sobre el paciente.

En resumen, de esta cuestión señalar, como expone el fundamento de derecho tercero de la STS de 23 de julio de 2003<sup>20</sup>, que en lo relativo al deber de información “*no es posible exponer un modelo prefijado que albergue “a priori” todo el vasto contenido de dicha información*”. En todo caso ha de entenderse que, en los términos en los que se ha pronunciado el Tribunal Supremo<sup>21</sup>, una información errónea o incompleta equivale a la falta de información y supone una actuación deficiente por parte del médico<sup>22</sup>.

En base a todo lo anterior, no existen indicios para no apreciar que la información facilitada fue transmitida de forma comprensible y adecuada a sus capacidades, así como para la toma de decisiones de acuerdo a su propia y libre voluntad. Prueba de lo anterior es la actuación deliberada realizada, según consta, por la Sra. Carmen de no comentarle nada a sus hijas para no preocuparlas. Este hecho demuestra la comprensión de su estado de salud dado que sopesa que, de hablarlo con sus hijas, ocasionaría en ellas un estado de preocupación. Estado este último que solamente puede venir

---

<sup>16</sup> STS, núm. 948/2011 de 16 de enero RJ 2012\1784.

<sup>17</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol II. *op. cit.*, pp 46.

<sup>18</sup> STS, núm. 758/2005 de 21 de octubre RJ 2005\8547.

<sup>19</sup> Llamas Pombo, E. (1988). *La responsabilidad civil del médico* (1st ed.). Madrid: Trivium pp 162 y ss.

<sup>20</sup> STS, núm. 784/2003 de 23 de julio RJ 2003\5462.

<sup>21</sup> STS, núm. 344/2011 de 31 de mayo RJ 2011\4000.

<sup>22</sup> Blanco Pérez-Rubio, L. *op. cit.*, pp 60.

precedido por otro entendimiento y asimilación de la información sanitaria de la que es sujeto receptor la Sra. Carmen.

Por último señalar que, de darse el caso en que los medios de los que disponga un centro sanitario, puedan resultar insuficientes para prestar correctamente un tratamiento, debe hacerse constar tal circunstancia, en aras de que el paciente decida para poder recibir el mismo tratamiento en otro centro médico que sí cuente con los recursos necesarios. Desconocemos en este caso si se informó a la paciente del estado deficiente, entendido como aquel estado que se produce cuando hay menos de lo que debería haber, y por ello sobre si tuvo la opción ésta de prever que la situación de colapso podría extenderse hasta la finalización del proceso de congestión.

De este modo, solo cabe esperar que esta información deba prestarse al paciente previamente a que éste otorgue su consentimiento, puesto que la información es un requisito previo a la validez del mismo<sup>23</sup>.

ii. Carga de la prueba:

En concordancia con una de las preguntas que plantea el caso práctico objeto de este trabajo de fin de grado, en lo que atañe a la carga de la prueba de la falta de información, la doctrina y la jurisprudencia no mantienen una postura unánime. Para algunos autores como Llamas Pombo<sup>24</sup>, González Morán<sup>25</sup>, Moreno Quesada<sup>26</sup>, al estar ante un caso de medicina curativa, existe una obligación de medios (en el caso de la voluntaria ésta sería una obligación de resultado) por lo que será el paciente quien ha de probar la falta de información. Para otros autores, como Jordano Fraga<sup>27</sup>, Carrasco<sup>28</sup>, De Ángel Yagüez<sup>29</sup> o Díaz-Regañón<sup>30</sup>, no es necesario recurrir a la distinción sobre ante qué tipo de medicina se está<sup>31</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia<sup>32</sup> parece acoger el criterio de los primeros, en virtud de la cual, en el caso planteado, no se presume la culpabilidad del facultativo y deberá ser el paciente el que deba demostrar la negligencia de aquel y su derecho a ser indemnizado.

Los pronunciamientos mayoritarios de la jurisprudencia<sup>33</sup>, y más concretamente la STS de 23 de octubre de 2008<sup>34</sup> (si bien existen comentarios contrarios a esta sentencia como

---

<sup>23</sup> Emaldi Cirión, A. (2000). *Información y documentación clínica* (1st ed.). Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. pp 47 y ss.

<sup>24</sup> Llamas Pombo, E. *Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba* (1st ed.). pp 230 y 425.

<sup>25</sup> González Morán, L. (1990). *La responsabilidad civil del médico* (1st ed.). Barcelona: Bosch. pp 90-91.

<sup>26</sup> Moreno Quesada, B. (1976). "Problemática de las obligaciones de hacer". *Revista de Derecho Privado*. 60 (6) pp 474 y ss.

<sup>27</sup> Jordano Fraga, F (1991). "Obligaciones de medios y de resultados. A propósito de alguna jurisprudencia reciente". *Anuario de Derecho Civil* 44 (1) pp 77-80.

<sup>28</sup> Carrasco Perea, A (1989) Artículo 1.214, en Albaladejo (dir.), "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", XV-1, pp 592.

<sup>29</sup> Ángel Yagüez, R. (1999). *Responsabilidad civil por actos médicos* (1st ed.). [Madrid, España]: Civitas. pp 34.

<sup>30</sup> Díaz-Regañón García-Alcalá, C. (1996). *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica* (1st ed.). Pamplona: Aranzadi. pp 79 y ss.

<sup>31</sup> Blanco Pérez-Rubio, L. *op. cit.*, pp 84 y ss.

<sup>32</sup> STS, núm. 274/2004 de 31 de marzo RJ 2004\2323.

<sup>33</sup> Blanco Pérez-Rubio, L. *op. cit.*, pp 106 y ss.

<sup>34</sup> STS, núm. 943/2008 de 23 de octubre RJ 2008\5789.



el de Bello Janeiro)<sup>35</sup>, han señalado que: cuando se trata de medicina asistencial en los casos de responsabilidad civil por omisión del deber de información al paciente, no se aplicará la inversión de la carga de la prueba y será el paciente quien pruebe el daño, la culpa del facultativo y la relación causal entre la falta de información y el daño causado. Otros<sup>36</sup>, en cambio, sostienen una inversión de la carga de la prueba dado que el facultativo tiene mayor facilidad probatoria para argumentar su ausencia de responsabilidad. Un tercer grupo de sentencias<sup>37</sup> haciendo referencia al art. 217.6 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, afirman que la carga de probar ha de ser combinada con la facilidad de la misma, es decir, que quien disponga de la misma la aporte al proceso.

En cualquier caso, como se refiere la STS de 12 de enero de 2001<sup>38</sup>, si esta información se omite o es errónea, la sentencia resultará condenatoria para el profesional médico por incumplir su deber y suponer una infracción de la *lex artis ad hoc*, calificándose como negligente. Cabe recordar que la información, según numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>39</sup>, se considera como un elemento esencial de la *lex artis*.

En la situación contraria y siguiendo también pronunciamientos emitidos por el Tribunal Supremo<sup>40</sup>, en los casos en los que no existiese ningún daño vinculado a la omisión de información médica o a la propia intervención, la denuncia por falta de la debida información no genera ningún tipo de responsabilidad civil<sup>41</sup>.

### iii. Medios de prueba:

Una vez analizado todo lo anterior, cabe preguntarse cómo, el sujeto que ostenta la carga de la prueba, es capaz de alcanzarla al tratarse, en ocasiones, de una información comunicada de manera oral<sup>42</sup>. En el caso de que constase por escrito, el tipo de prueba idónea, no cabe duda, que sería la prueba documental<sup>43</sup>.

De esta manera, es vital hacer referencia a la historia clínica por su notable importancia, que se deriva fundamentalmente, de su condición como máximo exponente de la documentación sanitaria. Ésta aparece definida en el art. 3 de la Ley 41/2002 como el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial.

El art.10 de la Ley 8/2008 de Galicia, contempla como derechos relacionados con la documentación sanitaria, el que posee el paciente a que quede constancia, por escrito o en soporte técnico apropiado, de todo su proceso y que al finalizar el episodio

---

<sup>35</sup> Bello Janeiro, D. (2009). “Sentencia de 23 de Octubre de 2008: Fecundación in vitro. Responsabilidad sanitaria. Carga de la prueba. Técnica casacional. Obligación de medios o de resultado. Medicina curativa y satisfactiva. Aplicación de la Ley de Consumidores a los servicios sanitarios. Resultado desproporcionado. Consentimiento informado”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia* nº 80 pp 802.

<sup>36</sup> STS, núm. 2/2009 de 21 de enero RJ 2009\1481 y STS, núm. 323/2011 de 13 de mayo RJ 2011\3279.

<sup>37</sup> STS, núm. 1288/2002 de 23 de diciembre RJ 2003\914.

<sup>38</sup> STS, núm. 3/2001 de 12 de enero RJ 2001\3.

<sup>39</sup> STS, núm. 522/2008 de 29 julio RJ 2008\4391.

<sup>40</sup> STS, núm. 1367/2006 de 21 de diciembre RJ 2007\396 y STS, núm. 407/2008 de 14 de mayo RJ 2008\3072.

<sup>41</sup> Bello Janeiro, D. (2013). *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria* (1st ed.). Madrid: Reus. pp 84.

<sup>42</sup> Domínguez Luelmo, A. *op. cit*, pp 225.

<sup>43</sup> STS, núm. 956/1998 de 16 de octubre RJ 1998\7565.

asistencial se le entregue el informe de alta hospitalaria, de interconsulta de atención especializada y de urgencias.

En términos análogos reza el art. 7.a) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. Allí se establece que el ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, y de acuerdo, entre otros, con el siguiente principio:

*“Existirá formalización escrita de su trabajo reflejada en una historia clínica que deberá ser común para cada centro y única para cada paciente atendido en él. La historia clínica tenderá a ser soportada en medios electrónicos y a ser compartida entre profesionales, centros y niveles asistenciales”.*

Se erige igualmente, como uno de los deberes de los profesionales ya que en virtud de su también art. 2.6, todo profesional, cada cual en la medida de su actividad, que interviene en la práctica asistencial está obligado al deber de información y de documentación clínica. Además según art. 17.3 Ley 41/2002, 13 Ley 3/2001 de Galicia y 19.ñ) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, ha de hacerlo de manera que se le pueda identificar; reflejando su nombre y su categoría profesional.

No cabe ampararse pues en una indeterminación de la responsabilidad por la concurrencia de varios sujetos en la atención de los pacientes, como es el caso. En definitiva ha de quedar constancia no solo del qué, sino también del quién<sup>44</sup>. Asimismo es necesario remitirse en esta ocasión, al ya mencionado artículo 4.1 de la misma ley, que aprecia la necesidad de que conste en la historia clínica el haber comunicado dicha información.

Mismamente el Documento Final del Grupo de Expertos de Información y Documentación Clínica, llevado a cabo por el Ministerio de Sanidad con fecha de 26 de noviembre de 1997, afirma en su punto 3.3 que ha de recomendarse a los profesionales a incorporar el hábito de incluir en las hojas la evolución clínica, los comentarios y anotaciones acerca de aquello de lo que hablan con los pacientes. Señala que además de ser un signo de calidad, tiene valor probatorio a efectos jurídicos<sup>45</sup>.

A todo esto hay que añadir un elemento que puede tener una gran trascendencia como son las “anotaciones subjetivas”. Estas anotaciones son opiniones propias realizadas por los médicos en la historia clínica cuyo origen no es deducible objetivamente y que al ser la historia clínica solicitada por los pacientes, pueden exigir que las mismas no figuren, si bien en la práctica se entiende concedido el permiso por silencio.

Por todo ello, la historia clínica es el lugar por antonomasia para encontrar cuanta información sea posible acerca de la salud de los pacientes y en este sentido en SAP de Barcelona de 5 de enero de 1998<sup>46</sup> se destaca que:

*“la historia clínica es un dato de extraordinaria importancia en el ámbito médico, ya que en ella han de quedar reflejadas todas o, al menos, las más importantes incidencias en el tratamiento, seguimiento y control del paciente.*

---

<sup>44</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol I. *op. cit.*, pp 1300.

<sup>45</sup> Domínguez Luelmo, A. *op. cit.*, pp 544.

<sup>46</sup> SAP de Barcelona, de 5 de enero de 1998 AC 1998/4.

*En principio pues y, precisamente, por su transcendencia en el ámbito médico, no puede haber razones para dudar de la autenticidad de su contenido, a no ser que se aporten datos serios que induzcan a pensar lo contrario”.*

Pues bien, llegados a este punto es necesario referirse a lo manifestado en el artículo 16.3 de la Ley 41/2002, donde se permite el acceso a la historia clínica con fines judiciales y por ello tiene valor probatorio en los procedimientos judiciales de cualquier orden jurisdiccional<sup>47</sup>.

El valor probatorio de la historia clínica ha sido atestiguado en abundantes pronunciamientos judiciales<sup>48</sup>. Además existen documentos a incorporar en la misma que sin duda van a facilitar o dificultar la prueba en caso de juicio. Ejemplo de ello es el documento del consentimiento informado, al que se hará mención en líneas inferiores<sup>49</sup>.

Además, es perfectamente asumible el valor probatorio de la misma independientemente de en qué soporte se encuentre. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) admite como medio de prueba, en sus arts. 382 y ss, cualquier documento electrónico siempre que se pueda certificar su autenticidad<sup>50</sup>.

No obstante, lo que figure en el historial médico deber ser confrontado con los demás medios probatorios, de manera que lo que allí figure no ha de entenderse como verdad irrefutable<sup>51</sup>. Según la interpretación que fijó el TS<sup>52</sup>, se entiende que de no constar ninguna información en la historia clínica del paciente es posible presumir que no se practicó ningún tipo de información<sup>53</sup>.

Resaltar por su claridad la postura fijada por el Alto Tribunal en STS de 13 de octubre de 2009 destacando que<sup>54</sup>:

*“la falta de información simplemente escrita, y las consecuencias que sin más comporta, -que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor "ad probationem"-, garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente, especialmente en aquellos tratamientos continuados en los que se va produciendo poco a poco dentro de la normal relación existente con el médico, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido así como de los riesgos que la misma conlleva; habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3916), que debe al menos "quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte", como exige la ley de 24 de noviembre de 2002”.*

---

<sup>47</sup> Vid Anexo I.

<sup>48</sup> STS, núm. 394/1994 de 25 de abril RJ 1994\3073 y STS de 3 de octubre de 2000 RJ 2000\7799.

<sup>49</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol I. *op. cit.*, pp 1304.

<sup>50</sup> Domínguez Luelmo, A. *op. cit.*, pp 547.

<sup>51</sup> STS, núm. 531/1998 de 5 de junio RJ 1998\4275.

<sup>52</sup> STS, núm. 511/1997 de 29 mayo RJ 2003\3916.

<sup>53</sup> Domínguez Luelmo, A. *op. cit.*, pp 226 y ss.

<sup>54</sup> STS, núm. 674/2009 de 13 de octubre RJ 2009\5564.

Ahora cabe preguntarse pues, qué documentos son los que integran la historia clínica. Para ello se recurre a lo que recoge el art. 16 de la Ley 3/2001 de Galicia, donde como contenido mínimo se fija:

- *Datos suficientes para la adecuada identificación del paciente.*
- *Médico o profesional responsable.*
- *Datos que identifiquen el proceso de atención sanitaria.*
- *Datos relativos al proceso, que incluirán, como mínimo: anamnesis y exploración física, órdenes médicas, hoja de evolución y de planificación de cuidados de enfermería, evolución clínica, informe sobre los procedimientos diagnósticos o terapéuticos e interconsultas realizadas, informe de alta del episodio de atención u hoja de problemas en atención primaria, documento de consentimiento informado y documento firmado de alta voluntaria.*

Una vez puntualizado todo lo anterior, es necesario hacer referencia a parte de este contenido como lo es el consentimiento informado, definido en el art. 3 de la Ley 41/2002 como: “*conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*”<sup>55</sup>.

El artículo 8.2 de la misma ley estatal y el art. 3 de la gallega, hacen referencia a su oralidad, excepto en los casos de: intervenciones quirúrgicas –éstas revisten un mayor riesgo que los actos diagnósticos-, los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y los procedimientos diagnósticos o terapéuticos que supongan riesgos e inconvenientes, notorios y previsibles con repercusión negativa en la vida del paciente.

Asimismo el consentimiento informado ha de entenderse en todo momento como un documento dinámico y no estático, puesto que deja la puerta abierta a ser acompañado por anexos y cualquier otra información de índole general<sup>56</sup>. Su relevancia es tal que integra lo que se conoce como la *lex artis*, estando el médico obligado a obtenerlo del paciente ya que su ausencia o sus carencias, podrán ser causa de responsabilidad civil<sup>57</sup>.

Teniendo en cuenta las aclaraciones anteriores, pasamos ahora a detallar cuestiones de fundamental importancia con el fin de delimitar la capacidad probatoria que tiene en este caso el consentimiento informado. Para ello hay que partir de lo que afirma el art. 4 de la Ley 3/2001 de Galicia, donde se pone de relevancia, indirectamente, los distintos momentos en los cuales se puede prestar dicho consentimiento. Ello se deduce de la posibilidad de que sean dos médicos diferentes, que prestan su atención al paciente en dos momentos asistenciales diferentes, los que recaben dicho consentimiento. Así, el consentimiento podrá darse ante el médico designado por el centro sanitario para la atención del paciente, o bien por el que practique la intervención diagnóstica o terapéutica al mismo.

Lo anterior, enlaza con la gestión que ha de llevar a cabo un médico cuando valore la conveniencia de realizar una intervención quirúrgica –embolización-<sup>58</sup>. Para poder realizar la intervención propuesta, es necesario reservar plaza hospitalaria cubriendo una

---

<sup>55</sup> En términos similares se pronuncia el Convenio de Oviedo en su art. 5 y el art. 3 Ley 3/2001 de Galicia, añadiendo este último que se trata de un consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información, haya valorado las opciones propias del caso.

<sup>56</sup> Lorenzo, R. (2003). *Derechos y obligaciones de los pacientes* (1st ed.). Madrid: Editorial Colex. pp 55

<sup>57</sup> Bello Janeiro, D. *Régimen jurídico... op. cit*, pp 78.

<sup>58</sup> Vid Anexo II.

hoja de inclusión que se incorpora al Registro de pacientes en espera quirúrgica. Pues bien, es en este momento en el cual el paciente puede aceptar firmando el consentimiento informado, así como dicha hoja de inclusión. No obstante, la firma de estos dos documentos no tiene por qué producirse en este momento ya que puede facilitársele el documento del consentimiento informado para que el paciente piense y tome consciencia de la intervención y entregarlo en momentos previos a dicho evento.

Así, se puede comprobar cómo el consentimiento informado viene a transformar la relación médico-paciente en el sentido de otorgar la autoridad a este último, en aras de promover su autonomía individual y la decisión racional<sup>59</sup>.

Pues bien, en este punto hay que aclarar que para justificar la existencia de una debida información acerca de la gravedad de la paciente, se podría llegar a esgrimir el argumento de que constase consentimiento informado por escrito en lo relativo a la prueba de la embolización<sup>60</sup> si la paciente lo hubiese firmado en el momento previo a ser dada de alta en su primera estancia en el CHUAC, o bien si se le facilitó aun sin haber procedido a su firma. Cuestión diferente sería si la intervención llegase a realizarse, puesto que en ese caso previamente a ser realizada sí tendría que constar el documento relativo a la información facilitada y del consentimiento a la embolización.

Por otra parte sí es cierto también que debiera existir un consentimiento informado relativo a la realización en urgencias del TAC craneal, que de encontrarnos ante un supuesto de los recogidos en el art. 8.2 Ley 41/2002 y art. 3 Ley 3/2001 de Galicia<sup>61</sup>, debería de figurar por escrito<sup>62</sup>. De todas maneras, éste en ningún caso podría ser soporte de justificación de la gravedad de la enfermedad que sufría la paciente, puesto que es con posterioridad a la prueba cuando se conoce la presencia en el cerebro de un aneurisma de 2.5 cm.

Es de toda lógica concluir, en vista de los acontecimientos, que el consentimiento informado daría prueba sobre la información acerca de la prueba del TAC, pero en ningún caso del diagnóstico que se deriva de la misma. Es decir, defender la debida y correcta información al paciente en base a la autorización para una prueba médica, que es la que posibilita la interpretación por los facultativos de la dolencia que se padece, es temporalmente inconsistente.

Lo que se desconoce con carácter previo a una intervención no puede justificar lo que se informa y se conoce con carácter posterior. En otras palabras, un acto anterior a una intervención, imposibilita justificar un diagnóstico e información posterior, cuando es fruto de esa prueba, el momento en el que se adquiere el conocimiento sobre la situación clínica del paciente. En definitiva, en el momento de otorgamiento de consentimiento para una intervención nadie parece capaz de valorar el resultado de ese acto, puesto que entonces carece de toda lógica su realización.

También podría aportarse el informe de alta médica, que viene a ser, como define el artículo 3 de la Ley 41/2002, el documento emitido por el médico responsable en un

---

<sup>59</sup> Sánchez-Caro, J. & Abellán, F. (2003). *Derechos y deberes de los pacientes* (1st ed.). Granada: Editorial Comares. pp 46.

<sup>60</sup> Vid Anexo III.

<sup>61</sup> Caso de encontrarse ante: intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y procedimientos diagnósticos o terapéuticos que supongan riesgos e inconvenientes, notorios y previsibles con repercusión negativa en la vida del paciente.

<sup>62</sup> Vid Anexo IV.

centro sanitario al finalizar cada proceso asistencial de un paciente. El motivo por el que ha de entenderse que este documento puede dar prueba fehaciente de que la información suministrada era suficiente para que la paciente conociera la gravedad de su enfermedad, es el volumen de información que debería albergar. Ello es cuanto se señala en su definición: los datos del paciente, un resumen de su historial clínico, la actividad asistencial prestada, el diagnóstico y las recomendaciones terapéuticas. Ha de precisarse que estos elementos vienen a constituir el contenido mínimo del mismo<sup>63</sup>, por lo cabe encontrarse mayor información más allá de esto<sup>64</sup>.

La Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 6 de septiembre de 1984, de obligatoriedad de elaboración del informe de alta para pacientes atendidos en Establecimientos Sanitarios fija en su art. 1, la obligatoriedad de elaborar un informe de alta para los pacientes que hayan producido al menos una estancia<sup>65</sup>. Informe que ha de obrar en poder del paciente, ya que el art. 20 de la Ley 41/2002 lo incluye como uno de sus derechos y por tanto el Dr. Vázquez debió de proceder a su entrega<sup>66</sup>.

Dado que el caso apostilla que se produjo su alta médica, pendiente de llamarla para realizar la embolización, podría haberse emitido un informe de alta provisional dada la falta de todos los datos necesarios para elaborar el diagnóstico definitivo. Así, ya una vez obtenidos por completo tras la intervención, serían adjuntados con el alta definitiva. Su contenido se vería entre tanto reducido, aunque habría de mantenerse un diagnóstico provisional que de igual manera aunque no con el mismo nivel de detalle, le debería hacer ser consciente de la gravedad de la enfermedad que padecía.

A mayores de toda la prueba propuesta, otras maneras de probar la correcta información serían documentos periciales o prueba testifical<sup>67</sup>. Es decir, valoraciones que se pudieran aportar al procedimiento por medio de informes realizados por peritos sobre la situación que se dio en ese momento o, testimonios que fueran concedores en primera persona de la información acerca de la gravedad de la enfermedad de la paciente.

Por todo ello se puede concluir que parece bastante difícil pensar que con el nivel de detalle de toda la información relativa al proceso asistencial, la Sra. Carmen no pudiera tener real conocimiento de la gravedad de su enfermedad.

### **C) Información a personas vinculadas.**

#### **i. Supuestos de información:**

El centro del estudio se focaliza ahora sobre los argumentos orientados a sostener la no información a la familia de la paciente. Para dar respuesta a ello, es necesario acudir primeramente al artículo 5.1 de la Ley 41/2002, donde se establece de una manera taxativa que sólo podrán ser informadas personas vinculadas a ella cuando ésta lo permita de una manera expresa o tácita.

<sup>63</sup> Domínguez Luelmo, A. *op. cit.*, pp 606.

<sup>64</sup> A mayores lo recogido en la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 6 de septiembre de 1984, de obligatoriedad de elaboración del informe de alta para pacientes atendidos en Establecimientos Sanitarios bajo la rúbrica de Datos referidos al proceso asistencial.

<sup>65</sup> Según el art. 10.2 se entiende por estancia el conjunto de pernocta y el tiempo que correspondería a una comida principal (almuerzo o cena).

<sup>66</sup> Domínguez Luelmo, A. *op. cit.*, pp 762 y ss.

<sup>67</sup> Blanco Pérez-Rubio, L. *op. cit.*, pp 119.

Analizando tal cuestión, se puede afirmar que no consta la existencia en este caso de ningún permiso tácito, y cuanto menos de forma expresa, ya que la Sra. Carmen, durante su estancia en el CHUAC y más concretamente en su encuentro presencial con el Dr. Vázquez, no realizó ninguna declaración o hecho en ese sentido.

En lo que atañe a las personas aquí vinculadas a la paciente y su derecho a recibir información, nada hace probar el supuesto por el cual tendría que comunicárseles, dado que la paciente no carecía de capacidad para entender, a causa de su estado físico o psíquico, la información que le proporcionó el Dr. Vázquez sobre el aneurisma cerebral (art. 5.3). Es ésta una de las previsiones que contempla la Ley y que está orientada para aquellas personas que se encuentren en estado de coma o inconscientes.

La familia, y más concretamente sus dos hijas, Juana y María de 18 y 22 años respectivamente, no hacen que se esté ante la presencia de algún representante legal de la Sra. Carmen, a la cual sí asiste la obligación de informar, ya que en ningún momento consta que la paciente sufra incapacidad alguna. Domínguez Luelmo<sup>68</sup> considera que el legislador entiende esta incapacidad como falta de capacidad de obrar, por lo que han de entenderse incluidos los incapacitados por sentencia judicial y sometidos a tutela o patria potestad, como los menores de edad no emancipados.

Tampoco se considera que nos encontremos ante un caso en virtud del cual, la información sanitaria al paciente haya sido limitada a causa de la existencia objetiva de un estado de necesidad terapéutica o, como se conoce mayoritariamente por parte de la doctrina, “privilegio terapéutico”. El motivo principal de ello es que no existe tal acreditación y por ello el Dr. Vázquez no dejó constancia razonada de las supuestas tales circunstancias en su historia clínica. Supuesto este, de darse, en el que tal decisión sí debería de comunicarse a sus dos hijas, como personas vinculadas por razones familiares que son en virtud del art.5.4 Ley 41/2002.

Tomando en consideración el artículo 5 de la Ley 41/2002 con parte de la regulación anterior derogada y contemplada en la Ley General de Sanidad, hay que destacar que si bien ahora se reconoce que el titular indudable del derecho a la información asistencial es el paciente con las posibilidades de permiso expreso o tácito a terceros, el artículo derogado 10.5 de la LGS exigía en cambio que la información se proporcionara al paciente y a sus familiares y allegados, sin hacer expresamente referencia a la opción de que el paciente lo hubiese permitido bien de forma expresa o tácita<sup>69</sup>. Por este motivo, es obligado considerar el relevante cambio experimentado por el legislador en el sentido limitativo de la concesión de información a terceros en lo que se refiere a la determinación efectuada ahora, de la forma en la que debe darse tal permiso.

ii. Derecho a la intimidad y revelación de secretos:

Todo lo anterior entronca directamente con el derecho a la intimidad contemplado en el artículo 7 de la Ley 41/2002. En virtud de éste, toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley. Además, siguiendo el

---

<sup>68</sup> Rodríguez López, P. (2004). *La autonomía del paciente* (1st ed.). Paracuellos del Jarama (Madrid): Dilex. pp 97 Domínguez Luelmo, A. (2001). “Régimen jurídico del consentimiento informado y la historia clínica de los pacientes en la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo”. *Revista Xurídica Galega* 33 pp 187.

<sup>69</sup> Lorenzo, R. *op. cit.*, pp 43.

criterio expuesto en STS de 27 de junio de 2003<sup>70</sup>, destaca que en lo referente a los datos de la salud de las personas, el derecho a la intimidad exige una mayor reserva. Prueba de ello son también las numerosas ocasiones en las que la Ley 41/2002 emplea el concepto de reserva o secreto<sup>71</sup>.

Asimismo, el art. 10.3 LGS se manifiesta en términos semejantes, al afirmar que todos tienen derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con el proceso y la estancia en instituciones sanitarias. Es relevante señalar que el pronombre empleado es el de “todos”, término sin duda de mayor alcance que el de usuario y cuanto mayor del de paciente. A mayores, se detecta que existe un apercibimiento expreso a todas aquellas personas que elaboren o tengan acceso a la información y la documentación clínica, puesto que mediante los principios básicos de la Ley 41/2002 (art. 2.7), se fija su obligación a guardar la reserva debida.

Por su parte, en Galicia, el artículo 9 de la Ley 8/2008, establece que el derecho a la confidencialidad se concreta en el estado de salud. Entendido éste como la identificación del destinatario y el contenido de la información que puede suministrarse, que será decidido por el paciente, excepto en los casos en que legalmente se contemple el deber de información. Esta normativa autonómica afirma que los datos personales a que se refiere este punto se someterán al régimen de protección establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Por este motivo han de entenderse amparados por el art. 10 de esta última Ley en la que se estipula que:

*“el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos [...]”.*

Además, la Ley 41/2002 en su artículo 7.3, concibe los datos relativos a la salud como especialmente protegidos, como también lo hace la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en su artículo 8.

En este sentido, el Convenio de Oviedo apuntala que *“toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud”*. Ya en el ámbito deontológico destacar igualmente el art. 9.2 del Código de Deontología Médica, que señala que, en el ejercicio de su profesión, el médico actuará con corrección y delicadeza, respetando la intimidad de su paciente.

Finalmente, es importante destacar que no nos encontramos ante una protección menor. Prueba de ello es el amparo constitucional al derecho a la intimidad fijado en el artículo 18 de la Constitución Española y que se engloba dentro de los derechos fundamentales.

Así, de todas estas disposiciones normativas debe entenderse la obligación del profesional sanitario de mantener el secreto médico proveniente de cualquier

---

<sup>70</sup> STS, núm. 621/2003 de 27 de junio RJ 2003\4312.

<sup>71</sup> Domínguez Luelmo, A. *op. cit.*, pp 271.



información devengada por la relación con el paciente, no pudiendo ser revelada a terceros sin su consentimiento específico o causa legal<sup>72</sup>.

El deber de secreto ha de entenderse como el deber de no revelar aquellos hechos, datos o resultados que el profesional sanitario haya conocido por razón o en el ejercicio de su profesión<sup>73</sup> y su infracción podría suponer una falta grave según los artículo 71 y siguientes de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del personal de los servicios de salud.

Así, si el Dr. Vázquez hiciera un uso distinto del que realizó con la información, en cuanto a su comunicación, estaría incurriendo, como recogen algunos pronunciamientos judiciales<sup>74</sup>, en un acto contrario a la ley, con las consiguientes responsabilidades recogidas en el artículo 199.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP). Incluso algún autor eleva esta conducta a la violación de secretos como hecho tipificado en el art. 417.2 CP, en aquellos casos donde el médico, como es el caso, es funcionario público desempeñando su profesión (profesional del SERGAS), en la que comete una infracción de un deber especial que tiene por razón del oficio o cargo que desempeña<sup>75</sup>.

En definitiva, solamente cabría apreciar el deber de información a la familia bajo los supuestos explicados y de no aplicación a este caso. Las personas que habrían de entenderse vinculadas a la Sra. Carmen, como viuda que es, serían sus dos hijas. En tal hipotético supuesto y por el orden de lo establecido en la legislación autonómica en su art. 6.a) de la Ley 3/2001 (la legislación estatal no contempla ningún orden pero la doctrina se muestra coincidente en iguales términos que la ley gallega<sup>76</sup>), sería su hija de mayor edad a la que habría que comunicarle tales circunstancias.

## **2. Reclamación por negligencia médica.**

### **A) Sistema competencial.**

La segunda de las cuestiones que el caso práctico nos plantea, guarda relación con los cauces que debieran seguirse a raíz de la negligencia médica padecida por la paciente.

Conviene empezar señalando que para reparar un daño derivado de una actuación médica cabe la posibilidad de que nos encontremos ante distintas jurisdicciones que pueden declararse competentes y por ello conocedoras del caso<sup>77</sup>.

Por ejemplo, si el hecho dañoso está tipificado como delito en el CP, será el juez de la jurisdicción penal al que compete juzgar la comisión del referido delito y de condena al responsable civil a la reparación de los perjuicios patrimoniales. En cambio, en caso de no entender la comisión de tal ilícito cabría acudir a la jurisdicción contencioso-

---

<sup>72</sup> Lorenzo, R. *op. cit.*, pp 51.

<sup>73</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol I *op. cit.*, pp 1288.

<sup>74</sup> STS, núm. 574/2001 de 4 de abril RJ 2001\2016.

<sup>75</sup> Sánchez-Caro, J. & Abellán, F. *op. cit.*, pp 37.

<sup>76</sup> Blanco Pérez-Rubio, L. *op. cit.*, pp 45.

<sup>77</sup> Domínguez Luelmo, A. *op. cit.*, pp 88.

administrativa. Ello sobre la base de haberse producido un daño por parte de un funcionario o agente de la Administración Pública y producido por un funcionamiento anormal de los servicios públicos.

Asimismo, otros órdenes jurisdiccionales han conocido causas de negligencias en el ámbito sanitario. En el art. 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), se establece un criterio residual –el argumento de la *vis atractiva*–, en virtud del cual se atribuye a la jurisdicción civil todas las materias que aparte de las propias no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional<sup>78</sup>. Estas palabras han sido interpretadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, esgrimiendo argumentos relativos a: lo que debe entenderse por funcionamiento de los servicios públicos, los casos donde son demandados conjuntamente la Administración Pública y un particular o bien, la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24 CE<sup>79</sup> y que tiene por objetivo evitar el peregrinaje de jurisdicciones<sup>80</sup>. Término que se emplea cuando las causas van rotando de unos a otros órdenes jurisdiccionales pudiendo incluso suponer dilaciones indebidas.

Resulta así sorprendente, cómo hasta hace relativamente poco tiempo, se podían encontrar sentencias sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en las cuatro Salas del Tribunal Supremo.

Teniendo en cuenta todo lo dicho hasta ahora, y para poner fin a esta situación de multiplicidad competencial, la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fijó en su artículo 9.4, que el orden contencioso-administrativo conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Además, para evitar cualquier género de duda determina también que, en caso de haber concurrido sujetos privados en la producción del daño, éstos deberán deducir también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional.

En este sentido, el artículo 21.1 de la misma ley amplía el foco, apreciando que podrán considerarse parte demandada: las Administraciones públicas, las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante y las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada.

El cambio también llegó de la mano de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que circunscribe a este orden<sup>81</sup>:

*“La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”.*

---

<sup>78</sup> Domínguez Luelmo, A. *op. cit.*, pp 91.

<sup>79</sup> STS, núm. 18/2004 de 30 de enero RJ 2004\439.

<sup>80</sup> Bello Janeiro, D. (2009). *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*. Madrid: Reus. pp 251.

<sup>81</sup> Art. 2e) Ley 29/1998.

En resumen, todas las pretensiones, surgidas como consecuencia de algún hecho dañoso en el ámbito de actuación de la sanidad pública, dirigidas contra la Administración o su aseguradora irán al orden jurisdiccional contencioso-administrativo<sup>82</sup>.

Como consecuencia de todo lo anterior puede afirmarse que, cuando sea demandada la Administración Pública, bien sea de manera conjunta con uno o varios particulares o de forma exclusiva, ha de entenderse competente la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>83</sup>. Así, a día de hoy solo deberían estar bajo órdenes jurisdiccionales distintos a este último las acciones ejercitadas antes de dicha reforma<sup>84</sup>.

Por ello la responsabilidad que rige en este caso no es la contemplada en la jurisdicción civil sino la contenida en Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Este hecho no puede ser considerado de menor relevancia, dado que supone un régimen de responsabilidad distinto y por tanto, un concreto criterio de imputación objetivo y no subjetivo, diferencias en cuanto a la carga de la prueba, en las causas de exoneración, en la legitimación en casos de muerte de la víctima, en la responsabilidad del centro hospitalario, en la prescripción de acciones y en la reclamación administrativa previa<sup>85</sup>.

Con esta exclusión cabe señalar por tanto, que la jurisdicción civil solo conoce de aquellos casos de responsabilidad médica cuando se trata del ejercicio privado de la medicina –profesional liberal-, o bien cuando el centro sanitario tenga la misma titularidad<sup>86</sup>. En esos casos, se está ante una clara responsabilidad civil, bien sea de naturaleza contractual cuando deviniese de una relación médico-paciente nacida por acuerdo de voluntades (art. 1101 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil), o bien de naturaleza extracontractual cuando la relación no se genere por el acuerdo de voluntades (arts. 1902 y 1903 CC)<sup>87</sup>.

## **B) Reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración.**

### **i. Naturaleza:**

El artículo 43 de la Constitución Española consagra el derecho a la protección de la salud y encarga a los poderes públicos, la competencia de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y aquellas otras prestaciones y servicios que sean necesarios. A mayores, el art. 51 CE afianza la responsabilidad de los poderes públicos en garantizar la defensa de consumidores y usuarios protegiendo su salud. En igual forma el paciente como consumidor que es, se encuentra amparado por los arts. 147 y 148 del Real Decreto Ley 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en lo referente a los daños causados de la prestación de los servicios sanitarios.

---

<sup>82</sup> Bello Janeiro, D. *Régimen jurídico...* op. cit, pp 58.

<sup>83</sup> Domínguez Luelmo, A. op. cit, pp 88 y ss.

<sup>84</sup> Jiménez López, M. (2011). *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria* (1st ed.). Madrid: Tecnos. pp 109.

<sup>85</sup> Jiménez López, M. op. cit, pp 86 y ss.

<sup>86</sup> Bello Janeiro, D. *Régimen jurídico...* op. cit, pp 69.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pp 53.

Pues bien, para dar respuesta al régimen de responsabilidades que se deriva de una actuación médica negligente, conviene señalar que España no cuenta con una normativa específica que recoja tal cuestión<sup>88</sup>. Por esta razón, para aquellos daños que se han producido como consecuencia del funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria, se hace necesario acudir al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que está previsto en las referidas leyes 39/2015 y 40/2015.

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, orientada a obtener por parte de ésta un resarcimiento por los daños antijurídicos ocasionados con motivo de la asistencia sanitaria prestada por el personal que se encuentra a su servicio, ha de ser invocada primeramente, como se verá, en vía administrativa. Con ello se emplaza a la Administración a que conozca de la responsabilidad en que haya podido incurrir y una vez recaído expediente administrativo, si el interesado no está conforme, es cuando puede realizar tal reclamación acudiendo a los tribunales de justicia de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>89</sup>.

ii. Orden competente:

Como se indicaba, con el fin de determinar la cuestión competencial de la jurisdicción, hay que atender a dónde se ha producido el acto médico. En este caso la atención se produce por parte del equipo médico del CHUAC, hospital que forma parte del Servicio Galego de Saúde (SERGAS)<sup>90</sup>, circunstancia por la cual nos encontramos ante un centro de titularidad pública dentro de la Administración Pública Autónoma Gallega.

Lo anterior encuentra su apoyo legal en la Ley 1/1989, de 2 de enero, del Servicio Gallego de Salud, donde se detalla en su artículo primero, que nos encontramos ante un organismo autónomo de carácter administrativo y adscrito a la Consellería de Sanidad, dotado de personalidad jurídica propia y que tiene como finalidad la gestión de los servicios sanitarios de carácter público dependientes de la Comunidad Autónoma de Galicia.

iii. Características y nacimiento:

Cabe preguntarse llegados a este punto sobre qué carácter tiene la responsabilidad de la Administración, para lo cual se señalarán sus principales características.

- Puede decirse que esta responsabilidad es objetiva, y por tanto se prescinde de la idea de ilicitud o culpa, tal y como declaran numerosos pronunciamientos judiciales<sup>91</sup> y como se tratará más adelante. Así la responsabilidad no solo se da cuando hay una culpabilidad, bien sea de manera dolosa o imprudente, sino que ésta nacerá cuando de manera expresa la ley prevea la reparación de las consecuencias que sufrió un sujeto determinado<sup>92</sup>.

Además, es tal la importancia de la cuestión que estamos tratando, que el art. 106.2 CE establece el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión acaecida sobre sus bienes y derechos cuando esté derivada del funcionamiento de los servicios

---

<sup>88</sup> Bello Janeiro, D. *Responsabilidad civil del médico... op. cit*, pp 19 y ss.

<sup>89</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol II. *op. cit*, pp 74.

<sup>90</sup> *Vid Anexo V.*

<sup>91</sup> STS de 8 octubre de 1998 RJ 1998\7816.

<sup>92</sup> Bello Janeiro, D. *Régimen jurídico... op. cit*, pp 13.

públicos. Por su parte, en virtud de las competencias exclusivas con las que cuenta el Estado, ha de ser éste quien ejercite su capacidad para establecer el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas.

Asimismo, el art. 32 de la recién aprobada Ley 40/2015 contiene una redacción muy similar al art. 106 CE, concretando que este derecho a ser indemnizados corre a cargo de las Administraciones Públicas y que no establece diferencia entre un funcionamiento normal o anormal<sup>93</sup>.

Por servicio público ha de entenderse, según refleja abundante jurisprudencia<sup>94</sup>: toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa ejercida, incluso, con la omisión o pasividad, cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado.

Con el fin de determinar cuándo existe el deber de reparar una lesión y cuándo ésta debe soportarse sin indemnización, hay que recurrir a los criterios de imputación<sup>95</sup>. Tal y como ya se señaló, a pesar de ser cierto el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, los pronunciamientos judiciales han ido modulando esta concepción mediante el establecimiento de cláusulas de exoneración del deber de reparar un daño causado por los servicios públicos. Así, se puede afirmar que no todo daño es objeto de ser reparado como recoge art. 34.1 de la Ley 40/2015 respecto de la indemnización:

*“Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos [...]”*

Ello es conocido como “riesgos del progreso” o “riesgos del desarrollo”, que si bien guardan relación con toda actividad de la Administración, cobran una especial importancia en materia de responsabilidad médico-sanitaria<sup>96</sup>.

En este caso, dado que el criterio de imputación es objetivo y no se tiene en cuenta la culpa, el perjudicado o quien en su nombre actúe en caso de fallecimiento, se ve dispensado de la carga de la prueba, sin tener que hacer más que lo que se verá en párrafos inferiores. Queda en todo caso, en poder de la Administración, probar que se han dado causas de exoneración de su responsabilidad<sup>97</sup>.

- La responsabilidad de la Administración también es directa, dado que frente al administrado –paciente-, responde la Administración correspondiente y no el funcionario –médico- que provocó el daño, pues éste, sirve a los intereses de la Administración. Es por tanto también una responsabilidad exclusiva, siendo en todo caso la Administración la que posteriormente aplique un régimen sancionador al funcionario en virtud de sus normas y en las que nada tiene que objetar el

---

<sup>93</sup> Gamero Casado, E. & Fernández Ramos, S. (2016). *Manual básico de derecho administrativo* (1st ed.). Madrid: Tecnos. pp 706.

<sup>94</sup> STS de 22 de noviembre de 1991 RJ 1991/8844 y STS de 5 de noviembre de 1997 RJ 1997/8298.

<sup>95</sup> Gamero Casado, E. & Fernández Ramos, S. *op. cit.*, pp 711 y ss.

<sup>96</sup> Jiménez López, M. *op. cit.*, pp 82.

<sup>97</sup> *Ibidem*, pp 74.

administrado<sup>98</sup>. Es decir, una vez satisfecha la responsabilidad con el perjudicado, la Administración, podrá ejercer la acción de regreso o repetición contemplada en el art. 36 Ley 40/2015 contra el funcionario que causó el daño.

En la misma línea se manifiesta el art. 36.1 LRJSP, precisando que el régimen de responsabilidad de todas las administraciones públicas es un sistema directo, puesto que a pesar de que el causante del daño sea un empleado público, la responsabilidad ha de dirigirse contra la Administración. La indemnización se reclama sobre el patrimonio público y no contra el empleado que actúa bajo la misma.

A mayores de lo anterior, cabe destacar la posibilidad de que la Administración cuente, como parece lógico, con un seguro. En la práctica jurídica no se solía demandar a la aseguradora, ni de manera separada ni conjuntamente con la Administración. No obstante hay que señalar las ventajas, nada irrelevantes, que tiene invocar también a la aseguradora, y que son por un lado los intereses derivados de la aplicación del artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y la inmediatez en el cobro de la cuantía indemnizatoria<sup>99</sup>. En este caso y tal y como se puso de manifiesto en líneas superiores por virtud del art. 9.4 LOPJ y 21.1.c) LJCA, cabe demandar a ambas para lograr una reparación del daño. Es en cambio desaconsejable, ejercitar solamente la acción directa contra la aseguradora puesto que en ese caso habría que derivarse al orden civil, mientras que si se hace de manera conjunta seguirá conociendo el orden contencioso-administrativo.

iv. Requisitos para su apreciación:

Para la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial deberán precisarse varias cuestiones que vienen determinadas en el art. 67.2 Ley 39/2015 y que son: las lesiones que se han ocasionado, la relación de causalidad, la cuantía económica en la que se valora el daño, el momento en el cual se produjo el mismo... Además, aparte de los medios de prueba de los que pueda valerse, deberán anexionarse cuantos documentos, alegaciones o informaciones se consideren apropiados para apoyar la reclamación<sup>100</sup>.

Según reiterada jurisprudencia<sup>101</sup>, a partir de la interpretación de los artículos 32 y siguientes de la Ley 39/2015, para que pueda darse la responsabilidad patrimonial han de darse los siguientes requisitos:

- a) efectiva realidad del daño y que éste sea efectivo, individualizado y en relación con una persona o grupo de personas,
- b) que el referido daño sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos,
- c) que exista una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre la actividad de la administración y el resultado producido y ello sin intervención de elementos extraños que pudieran romper el nexo causal y,
- d) ausencia de causa mayor.

<sup>98</sup> Domínguez Luelmo, A. *op. cit.*, pp 94 y ss.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp 99.

<sup>100</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol II. *op. cit.*, pp 91.

<sup>101</sup> STS de 10 de febrero de 1998 RJ 1998\1786 y STS, núm. 84/2006 de 14 febrero RJ 2006\884.

Una de las sentencias de mayor relevancia en esta materia es la STS de 30 de septiembre de 2011<sup>102</sup>:

*"La responsabilidad de las administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa [...] se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria".*

Como bien expresa ésta y otras sentencias del Tribunal Supremo<sup>103</sup>, si bien existe el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el daño causado ha de ser reputado como antijurídico constituyendo un perjuicio o sacrificio patrimonial que no ha de soportar. Es importante destacar que la antijuridicidad no se refiere al proceder de la Administración sino a la del resultado o lesión<sup>104</sup>.

Con respecto al nexo causal, el Alto Tribunal<sup>105</sup> aprecia que: entre la actuación del servicio público y el perjuicio sufrido es necesario que se tenga en consideración la conducta llevada a cabo por el personal médico. Respecto a ello el art. 32.1 LRJSP, defiende que para que se produzca el nacimiento del derecho de indemnización, la lesión sufrida ha de ser consecuencia necesariamente del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En este caso, podrá reputarse como anormal en base a que el servicio fue prestado sin cumplir con los estándares mínimos de calidad que cabría esperar<sup>106</sup>.

Para determinar las razones por las se pretende exigir responsabilidades con causa en el fallecimiento de la Sra. Carmen, es primordial comenzar prestando atención a la entidad del daño que se ha ocasionado<sup>107</sup>. Para que éste alcance la categoría de lesión (lesión y daño no son términos análogos) es necesario que cumplan los siguientes requisitos<sup>108</sup>:

- a) Efectivo: guarda relación con que el daño deba ser real y cierto<sup>109</sup>, por lo que no quedan contemplados los daños posibles o hipotéticos.
- b) Cuantificable: hace referencia a los daños de carácter patrimonial. No obstante la jurisprudencia<sup>110</sup> sí admite los daños morales, que en este caso por fallecimiento se consideran como un derecho de las persona supervivientes, son un derecho propio de quien los reclama y por tanto no son transmisibles por título hereditario<sup>111</sup>. Además, como se contempla en un caso de reclamación a la Xunta de Galicia por fallecimiento<sup>112</sup>, la cuantificación del daño ha de ser fijado en instancia, sin posibilidad de modificación en casación.

<sup>102</sup> STS de 30 de septiembre de 2011 RJ 2012\1034.

<sup>103</sup> STS 9 de octubre de 2012 RJ 2012\10198.

<sup>104</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol II. *op. cit.*, pp 80.

<sup>105</sup> STS de 14 de julio 2001 RJ 2001\6693 y STS de 18 de mayo de 2002 RJ 2002\5740.

<sup>106</sup> Bello Janeiro, D. *Responsabilidad civil del médico...* *op. cit.*, pp 190.

<sup>107</sup> Cuestión distinta es el daño indemnizable que se tratará detenidamente en la cuestión número 4.

<sup>108</sup> Gamero Casado, E. & Fernández Ramos, S. *op. cit.*, pp 708 y ss.

<sup>109</sup> STS de 7 de julio de 2008 RJ 2008\6872.

<sup>110</sup> STS de 21 de febrero de 2006 RJ 2006\2902.

<sup>111</sup> Guerrero Zaplana, J. (2003). *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria* (3rd ed.). Valladolid: Lex Nova. pp 75.

<sup>112</sup> STS de 2 de diciembre de 2008 RJ 2008\6688.

- c) Individualizado: ha de recaer sobre una persona determinada o grupo.
- d) Antijurídico: se entiende cuando no exista el deber jurídico de soportar el daño, es decir, que el perjuicio patrimonial no debe ser amparado por el ordenamiento jurídico. Recordar aquí la excepción que hace el art. 34.1 LRJSP sobre los daños no indemnizables referidos anteriormente como “cláusula de progreso”.

Una vez aclarados todos los conceptos anteriores se está en condiciones de poder estudiar si lo que el caso que aquí se plantea puede encuadrarse o no, como un supuesto de hecho que de origen a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Para ello, y en concordancia con la relación de causalidad anteriormente explicada, es necesario traer a colación la cuestión de la omisión.

La omisión de la Administración ha sido considerada por los tribunales<sup>113</sup> como funcionamiento anormal de los servicios públicos en cuanto afecten al incumplimiento de una obligación de hacer o la omisión de un deber, es decir, ya no se trata aquí de un acto de carácter positivo que causa un daño a terceros.

Para poder determinar si la omisión de la Administración sirve como causa del daño, hay que prestar atención a las obligaciones explícitas o implícitas impuestas a la Administración competente por las normas que regulan sus servicios y también al rendimiento objetivamente exigible a la Administración. Este supuesto encaja con los retrasos producidos en las intervenciones médicas o las listas de espera como se plantea en el caso que nos afecta<sup>114</sup>. Ejemplo de ello aparece en STS de 27 de septiembre de 2006<sup>115</sup> donde, tras un diagnóstico de realidad, estableciendo el paralelismo como es detectar un aneurisma cerebral de 2.5 mm, el paciente debió ser asistido por la unidad correspondiente, pero en lugar de hacerlo se procedió a darle el alta. Con ello se puede constatar que se está produciendo un grave incumplimiento de los deberes asistenciales prestados por la Administración.

Así también, existen pronunciamientos condenatorios a la Administración<sup>116</sup> por ser responsable en la falta de empleo de los medios adecuados y disponibles que eran requeridos por la paciente. Se produjo un comportamiento inhibitorio de la Administración por no programar y controlar la atención médica a un paciente con una dolencia que habiéndose tratado correctamente no derivaría en el resultado finalmente acaecido. En otras palabras, pero con igual significación: de no atenderse el aneurisma a su debido tiempo, podría provocarse, como se provocó, tal resultado sumamente dañino e irremediable como es la muerte.

Pues bien, antes de continuar y relacionado con el párrafo anterior, es importante aquí puntualizar un aspecto no menor; nada se dice en este supuesto sobre si hay o no sitio en quirófano para realizar la intervención quirúrgica –léase embolización- sino que el motivo por el cual no se le realiza tal actuación, no es otro que la falta de camas para hospitalizar a la paciente. Conviene por ello realizar una reflexión acerca de lo sorprendente que resulta que un hospital deje de programar un acto médico complejo por una carencia de medios básicos. Es decir, no se está discutiendo nada aquí sobre si había mayor o menor espera para entrar en quirófano, sobre si había o no personal necesario para proceder o mismamente sobre si se tenían los medios o equipos

---

<sup>113</sup> STS de 27 de marzo de 1998 RJ 1998\2942.

<sup>114</sup> Bello Janeiro, D. *Responsabilidad civil del médico... op. cit.*, pp 174 y ss.

<sup>115</sup> STS de 27 de septiembre de 2006 RJ 2006\8807.

<sup>116</sup> STS de 12 de septiembre de 2006 RJ 2006\8539.



suficientes para poder intervenir. Lo que aquí se está tratando no es a la ausencia de otra cosa que sino de las camas, elemento básico por antonomasia de un centro que dicese prestar asistencia sanitaria.

Es ilustrativo traer a colación en este punto, pronunciamientos judiciales como son las Sentencias de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2000 y de 20 de marzo de 2002<sup>117</sup>. En ellas se da por probado la causación de un daño con derecho de resarcimiento por no tener el deber de soportarlo en la incorrecta gestión de las listas de espera, entendiéndose que existe responsabilidad cuando en el curso de la espera el paciente sufre un daño que se trataba de atajar con la intervención, lo que a todas luces excede de lo tolerable o soportable<sup>118</sup>.

El hecho de haber derivado a la paciente a su domicilio a la espera de ser llamada para la intervención y con ello a engrosar la lista de espera, ha sido, como se ve, tenida en cuenta por los tribunales. Quizás el ejemplo más adecuado atendiendo a su claridad expositiva, motivo por el cual se reproduce, se puede ver en la siguiente sentencia del Tribunal Supremo<sup>119</sup>:

*“El problema de las listas de espera es un mal que acarrea nuestra sanidad y pone de manifiesto que su funcionamiento no es el que demanda la necesidad de procurar la salud de los enfermos, a los que se les hace difícil comprender que estando diagnosticados de un padecimiento grave y perfectamente establecido, y necesitado de operación, ésta no se lleve a cabo de inmediato, o en el menos tiempo posible, y máxime cuando la enfermedad no se comprobó hubiera presentado síntoma alguno de haber remitido, lo que hace necesario intensificar los esfuerzos hospitalarios para adoptar cuanto antes la solución de intervención y con carga suficiente de poder resultar positiva y eficaz. Relegar un enfermo de estas características a un práctico olvido por haberse pospuesto la operación que necesitaba e incluirle en el trámite burocrático de lista de espera, equivale prácticamente a un abandono muy grave y con carga de riesgo relevante de que el desenlace fatal pueda producirse en cualquier momento, como por desgracia sucedió”.*

Pues bien, es cierto que se parte de la premisa de que para las reclamaciones derivadas de una actuación en el ámbito sanitario no es condición suficiente la existencia de una lesión para determinar una responsabilidad por ello, sino que es necesario acudir al criterio de la *lex artis* para conocer cuál habría sido la actuación médica debida, independientemente del resultado producido en la vida del enfermo<sup>120</sup>. No obstante, la responsabilidad de la Administración puede venir de una actuación contraria a la *lex artis* o como en este caso, de la conocida como teoría de la pérdida de oportunidad.

Brevemente, conviene explicar que la *lex artis* exigible a toda actividad médica es un criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico o presupuesto ad hoc, ejecutado por el profesional de la medicina. Ésta comprende la elección, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, de las técnicas previstas para la patología

---

<sup>117</sup> SAN de 31 de mayo de 2000 JUR 2000\204044 y SAN de 20 de marzo de 2002 JUR 2003\58551.

<sup>118</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol II. *op. cit.*, pp 80 y ss.

<sup>119</sup> STS, núm. 504/2003 de 27 de mayo RJ 2003\3929.

<sup>120</sup> Bello Janeiro, D. *Responsabilidad civil del médico... op. cit.*, pp 12 y 133.

en cuestión. Tales técnicas deberán aplicarse con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención<sup>121</sup>.

Como la *lex artis* es un concepto jurídico indeterminado, habrá que atender a los protocolos u otras disposiciones como la Ley 44/2003, de Ordenación de las profesiones sanitarias<sup>122</sup> donde se establecen los principios generales para el ejercicio de las profesiones sanitarias. Con ello se pretende valorar la adecuación del acto médico a la conducta debida, así como a las circunstancias específicas presentes en la actuación de los profesionales y que es motivo por el que se añade el término “ad hoc”<sup>123</sup>.

Relacionada con la *lex artis*, está la mencionada doctrina de la pérdida de oportunidad, acogida por numerosa jurisprudencia y que viene a poner de relevancia la importancia de la variable tiempo en la asistencia sanitaria, así como a motivar el origen de la responsabilidad no en una acción, sino en una omisión. Entiende que de no haberse producido la omisión, el daño tampoco se hubiera producido y por ello que de habiendo actuado conforme a la *lex artis* médica el resultado podría evitarse. La pérdida se vincula en este caso con el tratamiento, donde la indemnización nace por lo que se hubiera evitado de haberse actuado de manera diligente.

Esta teoría aparece explicada como un criterio alternativo al quebranto de la *lex artis* que permite dar respuesta indemnizatoria cuando tal quiebra no se ha producido pero sí tiene lugar un daño antijurídico. En estos casos se parte de que el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido sino la incertidumbre de lo que hubiese pasado de haberse actuado de manera diferente.

La razón de ser de esta teoría no es otra que la negación por parte del centro sanitario de otros medios diagnósticos o terapéuticos gracias a los cuales, el daño podría haberse evitado o bien disminuido. Según ésta, viene a privarse al paciente en un estado de enfermedad de unas posibilidades de curación o incluso de supervivencia. Es decir, que de hacerse la embolización a su debido tiempo cuando la Sra. Carmen estaba en el hospital, las complicaciones sucesivas y su desencadenamiento en el resultado de muerte podrían haberse evitado o atenuado<sup>124</sup>.

El Alto Tribunal<sup>125</sup> ha sentenciado que basta con que exista cierta probabilidad de que la actuación médica debida pudiera evitar el daño, aunque no pueda ser afirmado con certeza, para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido. Igualmente algunos pronunciamientos judiciales<sup>126</sup>, matizan además que la cuantía indemnizatoria habrá de ser fijada en función de la situación concreta del paciente y la probabilidad de que el daño se produjese si finalmente se hubiese obrado de manera correcta. Así el montante indemnizatorio se reducirá en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido en caso de haber actuado correctamente.

En definitiva, a lo que aquí se asiste es a la privación por parte del CHUAC, de una expectativa de curación que se podría alcanzar dado el estado actual de la ciencia mediante la ya planteada embolización. No cabe pensar en ningún momento que los

---

<sup>121</sup> STS, núm. 10/2008 de 16 enero RJ 2008\4.

<sup>122</sup> Arts. 5.1 y 4.7b) Ley 44/2003.

<sup>123</sup> STS de 11 de marzo de 1991 RJ 1991\2209.

<sup>124</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol II. *op. cit.*, pp 87.

<sup>125</sup> STS, núm. 948/2011 de 16 enero RJ 2012\1784.

<sup>126</sup> STS de 2 de enero 2012 RJ 2012\2 y STS de 20 de marzo de 2012 RJ 2012\4676.

médicos desconocían las ventajas de tal intervención puesto que esa misma fue planteada durante su estancia en el centro hospitalario, quedando pospuesta sine die.

Una vez llegados aquí, cabe hacerse la pregunta sobre en qué consiste la responsabilidad que poseen los poderes públicos. Para comenzar, el SERGAS cuenta con la obligación que se le atribuye por la LGS<sup>127</sup> de adecuar su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad, así como ser éste el encargado de asignar los medios físicos y materiales que sean necesarios para un correcto funcionamiento del sistema.

Partiendo de que el art. 149.1.18<sup>a</sup> otorga al Estado la competencia exclusiva para determinar el sistema de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas y dada la organización político-territorial existente en España desde la promulgación de la Constitución Española de 1978, las Comunidades Autónomas son sujetos que están vinculados por un régimen competencial que, en materia sanitaria, han venido atribuidas por el art. 148.1.21 CE.

No obstante, compete al Gobierno central la coordinación general de la sanidad<sup>128</sup>. Si bien, son los art. 2.2 y 41 de la LGS en virtud de los cuales, las CCAA tienen encomendados los servicios de salud de carácter ejecutivo, lo que les hace ser responsables de todos los servicios que las mismas gestionan<sup>129</sup>.

Para canalizar dicho poder competencial, se constituyen en cada CCAA un Servicio de Salud autónomo, que en el caso gallego resulta ser el Servicio Galego de Saúde (SERGAS), que como se detalló al comienzo de esta cuestión, encuentra refugio legal en la Ley 1/1989 de Galicia.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud, en sus art. 11 a 19 viene a recoger el conjunto de prestaciones que ha de ofrecer el Sistema Nacional de Salud y en lo que a nuestra problemática jurídica se refiere, en su art. 13 se refiere a la prestación de atención especializada que es la que comprende actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas que garantizará la continuidad de la atención integral al paciente, una vez superadas las posibilidades de la atención primaria y hasta que aquél pueda reintegrarse en dicho nivel. Es ya en su punto 2c) donde se afirma que esta atención comprenderá “la hospitalización en régimen de internamiento”. Lo que viene siendo el ingreso de la paciente en el hospital que en nuestro caso no se llevó a cabo y que se consideraba necesario para proceder más tarde a la embolización.

Antes de entrar en el análisis detenido de tal cuestión, conviene hacer una serie de apuntes sobre los procedimientos médicos en casos de asistencia sanitaria. De este modo, cuando un médico valore la conveniencia de realizar una intervención quirúrgica como es la embolización, ha de asignar un nivel de prioridad según criterios de gravedad, oportunidad y efectividad<sup>130</sup>. Partiendo de la premisa de que se prescindirá – como lo hace en ocasiones la jurisprudencia<sup>131</sup> – acerca del hecho de si existen o no, guías médicas que incluyan el margen de tiempo que debe considerarse aceptable entre el diagnóstico de un aneurisma no roto con indicación de tratamiento quirúrgico y la

---

<sup>127</sup> Arts. 49 y 50 LGS.

<sup>128</sup> Art. 149.1.16 CE.

<sup>129</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol I. *op. cit.*, pp 350.

<sup>130</sup> Art. 5.4 Ley 12/2013 de Galicia.

<sup>131</sup> STSJ de Castilla y León, núm. 783/2013 de 10 de mayo JUR\2013\200268.

realización de dicho procedimiento terapéutico, sí se puede encontrar legislación que puede arrojar luz a esta problemática.

Con motivo de lo anterior, se pueden abrir dos posibilidades: por un lado, que la intervención de la embolización fuese considerada de carácter urgente –ante la falta de datos no es posible afirmar con total rotundidad tal punto pero sí parece de todo verosímil-, y con ello no podría tener lugar bajo ningún modo la concesión del alta hospitalaria, o bien, por otro lado, que no se catalogara como urgente y por lo tanto entrara en lista de espera para ser intervenida dentro del límite de tiempo que por criterio médico fuera aconsejable.

Pues bien, aun poniéndonos en el escenario más desventajoso para una posible defensa de la concurrencia de tal negligencia; es decir, en el caso de encontrarnos ante la última situación reseñada donde no habría tal carácter urgente, se puede acudir a la Ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias de Galicia. Según el art. 5 de la misma, el tiempo máximo de espera estructural en las intervenciones quirúrgicas es de 60 días, plazo que aumenta hasta los 180 días si se atiende al Decreto 104/2005, de 6 de mayo, de garantía de tiempos máximos de espera en la atención sanitaria<sup>132</sup>, que se encuentra en vigor por lo que dispone la referida ley en su disposición transitoria única.

Cabe preguntarse ahora cuándo comienza a contabilizarse el plazo de lista de espera. La respuesta está en el deber que tiene el médico de cubrir una hoja de inclusión con el objeto de su incorporación al registro de pacientes en espera quirúrgica. Como consecuencia de todo ello, la fecha de entrada en la lista de espera puede darse en dos momentos: si se firma y entrega la hoja de inclusión en el momento en el cual el médico prescribe la intervención, la fecha de entrada coincidirá con la de prescripción. En cambio, si la firma y su entrega se hacen en un momento posterior, la fecha de inclusión será aquella en la que se entregue la hoja de inclusión en el servicio de Admisión.

De no poder cumplir dicho plazo, el art. 7.2 de la Ley 12/2013 obliga al SERGAS a ofertar a la paciente la misma intervención en otro centro público o concertado. Así de existir semejante congestión el hospital debería asignarse a la Sra. Carmen la categoría de “pacientes en derivación” para que pudiese ser intervenida.

Pero fuera lo que fuese de lo que nada consta, y según el art. 28 de la misma, todo paciente goza del derecho a conocer de manera personalizada el tiempo medio estimado para la atención solicitada, obligando al servicio público a expedir un documento acreditativo con esta y otra mucha información (art. 31).

Por último, se procede a reflejar la situación de la Sra. Carmen con base en el paralelismo que su caso presenta con un pronunciamiento judicial y que sirve como sustento a buena parte de las afirmaciones jurídicas que se realizan en este trabajo.

En este sentido, atendiendo primeramente a un cuadro clínico de riesgo vascular previo, con base en las cefaleas que viene sufriendo la paciente de un tiempo a esta parte, y que se presumen comunicadas al equipo médico que la atendió por cuanto figuran en el texto del caso práctico que aquí se plantea, no cabe obviar de ninguna manera la gravedad de la situación que allí se presentaba.

---

<sup>132</sup> Este último número de días coincide con el que se establece en el Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

Pudiendo entender que, según el especialista en Neurología Don Miguel Ángel cuyo informe consta en el expediente a instancia del reclamante en la sentencia del STSJ de Castilla y León de 10 de mayo de 2013<sup>133</sup> y cuya Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo hace referencia por su calidad expositiva, señala que: la causa más frecuente de tales cefaleas es la hemorragia subaracnoidea (HSA) intracraneal. Ésta tiene la consideración de grave y presenta una mortalidad de un 50% e incapacidad en la mitad de los supervivientes, por lo que solamente existe una probabilidad del 25% de que aquellos que presenten semejante cuadro clínico, no tengan ningún género de complicación.

Asimismo, en más de un 80% de los pacientes la cefalea –tégase en cuenta nuevamente que no se tienen datos sobre su entidad- se debe a la rotura de un aneurisma. A ello se suma que entre el 10% y el 40% de los pacientes tienen en los días o semanas previas a la hemorragia una cefalea también brusca, denominada “centinela”, que corresponde a una hemorragia menos cuantiosa. Ante todo este cuadro clínico y una mínima experiencia médica, se asegura que debe sospecharse la producción de la ruptura del aneurisma intracraneal.

Además, no consta en este caso que los médicos advirtieran a la paciente de una serie de recomendaciones a realizar mientras esperaba a ser llamada para la intervención quirúrgica.

En conclusión, con todos estos datos y recalando sus episodios previos de cefalea, es del todo temerario y contrario a las disposiciones ya referidas, que los servicios públicos deriven sine die a una paciente para ser intervenida presentando las complicaciones que la misma padecía. Más aún sin que tal intervención llegue finalmente a producirse como consecuencia de una concatenación de fenómenos previsibles que no fueron tenidos en cuenta y que no resultan ser otros que las posibilidades de congestión del hospital los fines de semana o los periodos gripales propios de la época otoñal. Época que no es novedosa o espontánea sino que todos los años tiene comienzo con el equinoccio de otoño y terminación en el solsticio de invierno, lo que viene a corresponderse en nuestro hemisferio a los meses de septiembre, octubre y noviembre.

Para zanjar esta cuestión, partiendo de la escasez de información y datos que este caso proporciona y que sin duda resultarían enormemente valiosos en una argumentación jurídica en un proceso judicial –especialmente en el campo sanitario-, considero que dar una respuesta única y excluyente acerca de la responsabilidad por una negligencia médica se aleja del objetivo académico que aquí se persigue. Motivo por el cual esta cuestión no termina en este punto, pasando a analizar una posibilidad alternativa.

Si bien el caso aquí planteado podría entenderse –como ya se ha argumentado- subsumible en la teoría de la pérdida de la oportunidad, aprecio cómo se podrían encontrar otros caminos jurídicos alternativos -más complicados-. Las razones para ello son que la doctrina de la pérdida de oportunidad ha venido siendo aplicada por la jurisprudencia refiriéndose principalmente a los supuestos de responsabilidad sanitaria por error de diagnóstico o diagnóstico tardío<sup>134</sup>, no siendo éste nuestro caso puesto que el diagnóstico ya estaba correctamente fijado y por tanto la disyuntiva se centra sobre la actuación médica de proceder al alta hospitalaria y la no intervención quirúrgica.

---

<sup>133</sup> STSJ de Castilla y León, núm. 783/2013 de 10 de mayo JUR\2013\200268.

<sup>134</sup> Martínez López , F. (2006). *La pérdida de oportunidad en las reclamaciones y sentencias de responsabilidad patrimonial*. Madrid: Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. pp 75.

Por otro lado, como la pérdida de la oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de si la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, en la mayoría de los casos se recurre a ella por ser imposible afirmar que, con una actuación distinta del enjuiciado, el desenlace final se hubiera evitado<sup>135</sup>. No obstante que lo sea en la mayoría de los casos no equivale a que lo sea en todos, motivo por el cual podría tratarse de argumentar el debido nexo causal mediante informes periciales y apreciar la quiebra de la *lex artis*.

### **C) Procedimiento.**

En este apartado se hará un recorrido por las diferentes fases que ha de atravesar toda reclamación patrimonial contra la Administración. Destacan los siguientes puntos<sup>136</sup>:

#### **a) Iniciación:**

Para conocer las cuestiones relativas al procedimiento es necesario acudir a la LPAC, donde en su artículo 67.1 se fija el plazo para ejercitar el derecho de reclamación. Señala que éste será de un año desde el momento en el cual se produjo el acto que motive la indemnización o desde que se manifieste su efecto lesivo. Este mismo artículo es el que otorga la capacidad de iniciar el procedimiento a instancia de parte mediante la formulación de un escrito de reclamación de responsabilidad<sup>137</sup>.

Ha de ser redactado siguiendo formulario general del escrito de alegaciones, y además de los datos habituales, ha de incluir: una descripción de las lesiones producidas con la fecha en la que acontecieron, exponer la relación de causalidad y cuantificar económicamente el daño<sup>138</sup>. Junto a todo ello podrán incorporarse cuantos documentos se consideren oportunos así como los medios de prueba pretendidos. Lo anterior se encuentra precisado también, en el orden autonómico, en el punto 1.1.1 de la Instrucción de 4 de septiembre de 2006, de la Secretaría General de la Consellería de Sanidad, sobre el procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de asistencia sanitaria.

El destinatario de tal escrito es, como señala el art. 92 LPAC, el órgano que establezca la respectiva autonomía. En el caso de Galicia y atendiendo al punto 1 de la referida Instrucción; la solicitud de iniciación podrá ser presentada por las herederas en este caso de la Sra. Carmen, en las direcciones provinciales del Servicio Gallego de Salud, así como en las delegaciones provinciales de la Consellería de Sanidad, las gerencias de los complejos hospitalarios y en las gerencias de los centros de Atención Primaria.

#### **b) Instrucción:**

En esta etapa entran en juego distintos informes, primeramente el art. 81 LPAC, señala la obligatoriedad de formularse uno por el órgano o unidad bajo la cual se produjo el daño. A continuación, según precisa el punto 3 de la citada Instrucción, deberá solicitarse informe del Consejo Consultivo de Galicia, que dispone de un plazo de dos meses para pronunciarse acerca de si, a su juicio, existió o no una relación de

---

<sup>135</sup> Martínez López, F. *op. cit.*, pp 82.

<sup>136</sup> Gamero Casado, E. & Fernández Ramos, S. *op. cit.*, pp 717 y ss.

<sup>137</sup> *Vid* Anexo VI.

<sup>138</sup> Remisión a la cuestión número 4.

causalidad, sobre la valoración del daño así como sobre su cuantía y el modo de la indemnización final. Por su parte, la ley que rige su funcionamiento<sup>139</sup> establece su dictamen preceptivo en aquellos casos donde la reclamación patrimonial supere los 30.000 euros.

c) Resolución:

Una vez concluida la instrucción, el art. 91.3 LPAC y el punto 3.3 de la Instrucción de 4 de septiembre, la Consellería de Sanidad y más concretamente el Conselleiro del ramo<sup>140</sup>, tiene un plazo de resolución de 6 meses o bien habrá de entenderse silencio negativo.

La misma ley e instrucción contemplan<sup>141</sup> que se pueda conducir la pretensión por el procedimiento simplificado o abreviado. Para que sea posible se requiere que el órgano competente para su tramitación considere que: ha existido sin género de duda la relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos, la valoración del daño y el cálculo del montante indemnizatorio.

La conclusión de este procedimiento, bien sea el general o el abreviado, supone por virtud del art. 114.1.e) LPAC, el agotamiento de la vía administrativa, quedando la facultad del interesado a ejercitar un recurso potestativo de reposición ante el mismo órgano o bien optar directamente por entablar recurso contencioso-administrativo ante el juzgado<sup>142</sup>. La competencia territorial corresponderá al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santiago de Compostela por tener su sede allí el órgano que dictó el acto; que es la Consellería de Sanidad.

Al mismo tiempo que se cierra la puerta de la vía administrativa, se abre, como se ha indicado, la de la vía judicial. Para ello el art. 46 LJCA abre un plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo a contar desde la notificación del acto. En el caso de que se obtuviera silencio administrativo, según el art. 46.1 LJCA, se dispondrá de un plazo de seis meses desde el día siguiente a aquel en que venciera el plazo de resolución. No obstante según jurisprudencia del Tribunal Constitucional y seguida por el TS “cuando se produce el silencio administrativo, el particular no se ve limitado por un concreto plazo de impugnación de los actos administrativos, quedando abierta la vía de recurso indefinidamente<sup>143</sup>”.

---

<sup>139</sup> Art. 12j) Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia.

<sup>140</sup> Según el art. 5 de Ley 6/2001, de 29 de junio, de adecuación de la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

<sup>141</sup> Art. 96.4 LPAC y punto 4 Instrucción de 4 de septiembre de 2006 de Galicia.

<sup>142</sup> Vid Anexo VII.

<sup>143</sup> STC, núm. 106/2008 de 15 septiembre RTC 2008\106 y STC, núm. 52/2014 de 10 abril RTC 2014\52.

#### **D) Responsabilidad penal médica.**

Como señalábamos al comienzo de esta cuestión, si el hecho dañoso está tipificado como delito en el CP, será el juez de la jurisdicción penal al que compete juzgar la comisión del referido delito y de condena al responsable civil a la reparación de los perjuicios patrimoniales<sup>144</sup>.

Lo anterior se justifica a tenor de lo establecido en el artículo 109 CP, donde se especifica que: dada la ejecución de un hecho delictivo existe una consiguiente obligación de reparar los daños y perjuicios por él causado. En términos análogos se pronuncia el artículo 100 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).

Además, y siguiendo la literalidad del art. 112 LECrim, una vez finalizado el proceso penal, el sujeto sobre el que haya recaído el daño puede reservar el ejercicio de su pretensión civil para demandar al causante del daño ante la jurisdicción civil.

Fijémonos ahora que en el art. 114 del mismo texto, se afirma que una vez promovido juicio criminal no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho hasta que se produzca sentencia firme en la causa penal. Es decir, si se opta por acudir como primera vía a la jurisdicción penal, quedará bloqueada la posibilidad de acudir a otras jurisdicciones mientras ésta no resuelva de manera firme. Pues bien, lo aquí señalado encuentra una matización nada irrelevante si se atiende al art. 37.2 de la Ley 40/2015. En este precepto se puede observar cómo se concede la posibilidad de acudir al procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial sin haber recaído sentencia firme en el proceso penal, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

A tenor del artículo 37 de la LRJSP la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente. Por ello, acudiendo al art. 121 CP se reconoce que la Administración Pública responde subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean funcionarios públicos en el ejercicio sus funciones y siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados. Ello será, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Además el mismo artículo declara una obligación a los denunciantes en el sentido de que, si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil del funcionario público, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

Por todo ello, en el supuesto de que se ejercieran acciones penales todo cambia radicalmente, ya que si media enjuiciamiento y condena penal del personal médico, la responsabilidad de la Administración dejaría de ser directa como resultaba ser en el proceso administrativo<sup>145</sup>, se volvería subsidiaria y sería la que deriva de la

---

<sup>144</sup> Domínguez Luelmo, A. *op. cit.*, pp 88.

<sup>145</sup> *Ibidem*, pp 103.



responsabilidad civil del CP (109 y ss CP). Es decir, respondería directamente el médico y subsidiariamente la Administración<sup>146</sup>.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, es necesario reconocer que la vía penal en el caso de imprudencias sanitarias resulta ser hoy en día un cauce residual para emprender procesos de responsabilidad, bien sea por las dificultades probatorias que presenta o por el principio de última ratio del Derecho Penal<sup>147</sup>. No obstante, el hecho de que muchas veces se considere resarcido el daño alcanzando la correspondiente indemnización patrimonial por la Administración en vía administrativa, no debe ser motivo para obviar este orden jurisdiccional que sí contempla tales supuestos.

Entrando ya en el análisis jurídico propiamente dicho y según la doctrina jurídica, existe la imposibilidad de subsumir, salvo casos muy específicos, en un tipo penal doloso el homicidio o las lesiones por los resultados que deriven de la actividad médica con finalidad curativa<sup>148</sup>. Igualmente asumir que ha existido dolo eventual por parte de los profesionales sanitarios que atendieron a la paciente no parece tener mucho recorrido como viene apuntando numerosa jurisprudencia en la materia, si bien teóricamente podría llegar a ser defendible<sup>149</sup>. Este versaría sobre la asunción del probable resultado lesivo. Es decir, un resultado consciente pero incierto en mente del profesional, no habiendo tenido en cuenta las dudas que experimentó y las alternativas con las que contaba<sup>150</sup>.

Por cuestiones de adecuación académica al contenido del presente trabajo así como de limitación espacial no se hará mayor análisis sobre lo anterior, pasando directamente a lo que se considera mayormente ajustable a la realidad aquí planteada.

Así, la posible responsabilidad penal queda circunscrita a resultados lesivos a la vida o salud del individuo por infracción de un deber de cuidado con una conducta voluntaria no dolosa. Habrá que centrar la atención en la posible imprudencia cometida que derivó en el resultado de muerte. Es decir, atender a la actuación que los médicos desempeñaron y si ésta, ha de ser calificada como correcta.

Según la doctrina penal, para poder considerar el delito imprudente han de darse los siguientes elementos<sup>151</sup>:

- a) inobservancia de los deberes objetivos de cuidado que impone la concreta actividad,
- b) la producción de muerte o lesiones,
- c) una relación de causa a efecto entre la conducta del agente y el resultado dañoso producido,
- d) imputación objetiva del resultado.

---

<sup>146</sup> Bello Janeiro, D. *Régimen jurídico...* op. cit, pp 110.

<sup>147</sup> García Paz, D., & Galán Rivas M. “La posición procesal de la Administración Pública ante la negligencia sanitaria”. *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*. pp 24.

<sup>148</sup> Benítez Ortúzar, I., Morillas Cueva, L., & Suárez López, J. (2009). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios* (1st ed.). Madrid: Dykinson. pp 123.

<sup>149</sup> Conviene recordar que la figura del dolo eventual no está recogida por el CP, si bien éste marca el límite mínimo de la responsabilidad dolosa.

<sup>150</sup> Benítez Ortúzar, I., Morillas Cueva, L., & Suárez López, J. op. cit, pp 128.

<sup>151</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol II. op. cit, pp 116 y ss.

Este ilícito viene regulado en el art. 142.1 CP con una pena de prisión de 1 a 4 años, a lo que habría que sumar, dado que el autor es un profesional médico, la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por un periodo de 3 a 6 años.

En relación con el primero de los elementos, es taxativa la manera en la que se expresa el artículo 5.1 de la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (LOPS) en relación al deber de los profesionales sanitarios a prestar una atención técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden. Esta atención no es cualquier atención dado que precisa que debe darse con niveles de calidad y seguridad<sup>152</sup>. Así mismo su actuación ha de estar en observancia con los principios y valores deontológicos ya que como ha fijado el Tribunal Constitucional “los códigos deontológicos no constituyen simples tratados de deberes morales, sino que determinan obligaciones de necesario cumplimiento para los colegiados<sup>153</sup>”.

Como obligación de medios que estos contraen, el equipo médico debió barajar una serie de alternativas<sup>154</sup> ante el aneurisma cerebral que presentaba la paciente, no cabiendo entender que la alternativa más prudente fuese el alta hospitalaria, no por causa médica como preceptivamente ha de darse, sino por ausencia o escasez de medios disponibles.

Igualmente el art. 4.7 de la Ley 44/2003, establece los principios generales para el ejercicio de la profesión. En su apartado b), indica que como criterios de actuación los protocolos deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo. Así, no cabe pensar que tal actuación ejecutada con la Sra. Carmen, pudiese estar contenida en algún protocolo de actuación.

En resumen, la negligencia resulta ser una modalidad de la imprudencia, suponiendo el elemento subjetivo del injusto: el incumplimiento consciente de las guías y protocolos médicos o la omisión grave de las reglas establecidas para el desarrollo profesional que vienen a suponer un quebranto de la *lex artis*<sup>155</sup>.

Siguiendo con el análisis y dado que en este caso se ha producido un resultado de muerte –de no haber tal resultado no se podría apreciar–, encaja con una de las posturas que sostiene el Tribunal Supremo respecto a considerar, como imprudencia grave, aquella actuación inexcusablemente contraria a lo que era esperable y exigible de su profesionalidad. Considera en la misma línea, a la imprudencia grave, como la que se ejecuta por aquel que no mide ni precave sus posibles consecuencias, exponiendo irreflexivamente a producir un daño en un paciente que pudo y debió evitar.

Para calificar una acción de homicidio imprudente es preciso por una parte atender a la previsibilidad, tanto objetiva como subjetiva, y una conexión causal entre la muerte y la acción imprudente que se haya realizado. En este caso, sí puede afirmarse que existía la posibilidad de saber que la conducta de dar el alta a la paciente con los padecimientos

---

<sup>152</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol I. *op. cit.*, pp 1283.

<sup>153</sup> STC 219/1989, de 21 de diciembre.

<sup>154</sup> Bello Janeiro, D. *Régimen jurídico... op. cit.*, pp 70.

<sup>155</sup> García Paz, D., & Galán Rivas M. *op. cit.*, pp 24.

que tenía, iba a entrañar un peligro susceptible de materializarse en un resultado lesivo como el que finalmente se produjo<sup>156</sup>.

Como pone de relieve la STS de 13 de octubre de 1993<sup>157</sup>, el núcleo del tipo injusto del delito de homicidio imprudente es la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que objetivamente era necesario observar<sup>158</sup>. Este deber objetivo de cuidado sería el de un buen profesional sanitario y por ello todo médico que abandona el método estándar, que sería atender a la paciente para el tratamiento de su enfermedad, está abandonando la *lex artis*<sup>159</sup>. Es decir, la diferencia entre el deber de atención a la paciente por los procedimientos que debían de haberse seguido y que serían la hospitalización y la posterior intervención quirúrgica en un plazo no muy largo de tiempo y lo que finalmente se produjo. Esto supuso una huida hacia delante, posponiendo en un horizonte temporal indefinido a la paciente, con la gravedad que esto supone para un bien jurídico objeto de la más relevante protección y que no es otro que la vida.

Además, se presume la concurrencia para poder entender cometido este ilícito penal, de un elemento psicológico como aquél capaz de asimilar el daño así como su posibilidad de evitarlo, y por otra parte, de un elemento normativo entendido como un incumplimiento del estricto deber de cuidado. Además, y como se produjo, se dio una relación de tipo causal directa, completa e inmediata entre la conducta imprudente y el daño producido.

De este modo, ciñéndonos al ámbito de la imprudencia profesional, el mayor reproche penal que supone añadir a la pena de privación de libertad la de inhabilitación especial, reside en la desatención a las más elementales reglas de actuación determinadas por la *lex artis ad hoc*, que afectan indudablemente en el desarrollo de su profesión para la cual está habilitado.

En este caso es conveniente matizar que nos encontramos ante una culpa consciente<sup>160</sup> – de ahí su primera intención de proceder a la hospitalización-, ya que el médico se representa el riesgo que la no embolización podría suponer y a pesar de ello, lleva a cabo la acción de proceder al alta hospitalaria.

Señalar que independientemente de la pena acaecida, los perjudicados están legitimados para reclamar lo que se conoce como responsabilidad civil *ex delicto*, es decir, la indemnización por daños y perjuicios recogida en los artículos 109 y ss del CP<sup>161</sup>.

De optar por la vía penal, se debería interponer querrela, ya que ésta consiste en declarar voluntariamente ante un órgano jurisdiccional un hecho delictivo solicitando con ello la incoación de un proceso contra una o varias personas determinadas, dándose por personadas como parte acusatoria y solicitando que se realicen cuantos actos sean necesarios para asegurar y comprobar los efectos de la pretensión punitiva.

---

<sup>156</sup> Rodríguez Vázquez, V. (2012). *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias* (1st ed.). Madrid [etc.]: Fundación Rafael del Pino. pp 179.

<sup>157</sup> STS, núm. 2207/1993 de 13 octubre RJ 1993\7380.

<sup>158</sup> Rodríguez Vázquez, V. *op.cit.*, pp 155.

<sup>159</sup> *Ibidem*, pp 459.

<sup>160</sup> La imprudencia o culpa consciente en el ejercicio de la actividad profesional es lo que se denomina negligencia o impericia.

<sup>161</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol II. *op. cit.*, pp 68.

En relación con lo anterior y dado que en el proceso penal rige el principio acusatorio, la responsabilidad civil de la Administración sanitaria titular del hospital en el cual se ha producido la negligencia, ha de ser expresamente solicitada por las reclamantes.

Al tener el delito aquí sostenido una pena de prisión inferior a 9 años de duración, el proceso deberá seguirse por el procedimiento abreviado contemplado en los arts. 575 y ss LECrim. El tribunal al que compete el conocimiento de la causa es el Juzgado de Instrucción de A Coruña y el enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal por tener el delito una pena inferior a los 6 años de prisión<sup>162</sup>.

### **3. Documento de instrucciones previas y decisión médica.**

#### **A) Validez legal del documento.**

En la tercera de las cuestiones, se pregunta acerca de la validez legal del documento de instrucciones previas, al que se hace referencia en los siguientes términos: “Carmen había hecho un testamento vital (documento de instrucciones previas)”.

Pues bien, ya aquí conviene hacer una precisión dado que para algún autor, como el magistrado del Tribunal Supremo José Manuel Maza Martín<sup>163</sup>, debe hacerse distinción entre testamento vital e instrucciones previas. Entiende el magistrado, que el testamento vital viene a ser la disposición anticipada sobre el mantenimiento o no de la vida, mientras que las instrucciones previas consisten en una manifestación más del consentimiento informado que, sin embargo, no reconocerían la disposición sobre la vida. Ante la débil concreción informativa de la redacción del caso, no se entrará en mayor profundidad sobre esta diferenciación, aparte de que la Ley 41/2002 ha eludido hacer referencia alguna al término testamento vital o biológico.

Con todo, estamos ante una figura que es considerada consecuencia del derecho de la dignidad de la persona contemplado en el art. 10.1 CE<sup>164</sup>. La regulación legal de esta figura se encuentra en el art.11 de la Ley 41/2002 y en términos análogos en el art. 5.1 de la Ley 3/2001 de Galicia. Ambas facultan a aquellas personas mayores de edad, capaces y libres a manifestar anticipadamente su voluntad sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, para que, llegado el momento en que no sean capaces de expresarla, ésta se haga cumplir.

Por tanto, para dilucidar acerca de su validez se atiende a que en este caso la paciente sí es mayor de edad, no consta que tenga limitada su capacidad global y se presume que ha realizado la declaración de voluntad de manera libre.

En el ámbito de la ley estatal<sup>165</sup> se vuelve a realizar un emplazamiento a las autonomías para que sean éstas las que garanticen el cumplimiento de las voluntades anticipadas, si bien matiza que en todo caso habrán de estar estipuladas por escrito.

---

<sup>162</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol II. *op. cit.*, pp 100.

<sup>163</sup> Maza Martín J.M, “La ley básica y las instrucciones previas”. Ponencia del Master en Derecho Sanitario de la Universidad Complutense de Madrid, 26 de octubre de 2002.

<sup>164</sup> Rodríguez López, P. *op. cit.*, pp 161.

<sup>165</sup> Art. 11.2 Ley 41/2002.

En atención a la remisión que se hace a la normativa autonómica que corresponda, en este caso lo dispuesto en el art. 5.6 de la Ley 3/2001 de Galicia, también se establece la creación del Registro Autonómico de Instrucciones Previas, adscrito a la Consellería de Sanidad. Este registro se rige por el Real Decreto 159/2014, de 11 de diciembre, por el que se establece la organización y funcionamiento del Registro gallego de instrucciones previas sobre cuidados y tratamiento de la salud<sup>166</sup>. Tiene naturaleza declarativa y establece que su inscripción no impedirá su aplicabilidad en el ámbito sanitario siempre y cuando haya sido válidamente otorgado<sup>167</sup>.

Además, en el plano autonómico el art. 5.2 Ley 3/2001, establece las modalidades para la formalización de las mismas, existiendo dos opciones. Por un lado, el otorgamiento ante Notario, que no requiere la presencia de testigos, o bien por otro lado, ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no podrán tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante<sup>168</sup>. A las anteriores hay que añadir la posibilidad que se contempla en los arts. 6.1 c) y 7 del Decreto 159/2014, pudiendo igualmente otorgarse ante el personal del Registro gallego de instrucciones previas o de las unidades habilitadas a su efecto<sup>169</sup>.

Asimismo, el documento debe incorporarse a la historia clínica, debiendo ser presentado por el paciente, sus familiares o el representante que haya designado en el centro hospitalario donde se encuentre el sujeto otorgante<sup>170</sup>. Así hasta este punto, se entiende en todo momento que dichos requisitos formales han sido cumplidos y por ello puede aceptarse la validez del documento. Queda por determinar ahora, si resulta de aplicación lo en él estipulado.

Así, en lo relativo a su deseo de no ser desconectada de la respiración asistida o de cualquier otro procedimiento que le prolongase la vida, en base a los adelantos que pudieran venir en el futuro que le permitieran seguir viviendo, es completamente válida tal estipulación tal como lo defiende Domínguez Luelmo<sup>171</sup>. Éste sostiene que el paciente puede decidir libremente a rechazar que se le aplique cualquier tipo de eutanasia activa o pasiva, señalando que se agoten todas las posibilidades de acuerdo con el estado de la ciencia.

En iguales términos que lo hace el art. 11.3 de la Ley 41/2002, se pronuncia el art. 15 Ley 3/2001 de Galicia, en el sentido de que no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico (se refiere fundamentalmente al art. 143.4 LO 10/1995 que contiene el ilícito penal de inducción al suicidio y el suicidio a petición de la víctima (eutanasia)<sup>172</sup>, a la «lex artis», es decir, no puede ir en contra de la forma técnica correcta con la que debe obrar un profesional médico<sup>173</sup>, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas.

---

<sup>166</sup> Vid Anexo VIII.

<sup>167</sup> Art. 3 Decreto 159/2014 Galicia.

<sup>168</sup> Vid Anexo IX.

<sup>169</sup> Vid Anexo X.

<sup>170</sup> Domínguez Luelmo, A. (2001). “Régimen jurídico del consentimiento informado y la historia clínica de los pacientes en la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo”. *Revista Xurídica Galega* 33 pp 334.

<sup>171</sup> *Ibidem*, pp 335.

<sup>172</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol I *op. cit.*, pp 838.

<sup>173</sup> Sánchez-Caro, J. & Abellán, F. *op. cit.*, pp 94.

Es adecuado reflejar que la vinculación del documento de instrucciones previas con el consentimiento informado, proviene como esa expresión que se realiza de manera anticipada, donde tiene lugar el acto de asentir o rechazar situaciones previsibles futuras, en las que el paciente no podrá transmitir su opinión sobre la intervención que se llevara a cabo<sup>174</sup>. Asimismo, el convenio de Oviedo en su art. 9, explicita que los deseos expresados por un paciente antes de someterse a una intervención médica, han de ser tomados en consideración, cuando en el momento en el que ésta se produzca no se encuentre el paciente en situación de expresar su voluntad.

Por las razones anteriores, de llegarse a desatender lo en ellas establecido o de realizar una interpretación no debida, no cabe descartar la posibilidad de que se produzca el nacimiento de responsabilidad patrimonial<sup>175</sup>. Para conocer del incumplimiento de las instrucciones previas, la disposición adicional sexta de la Ley 41/2002, remite al régimen sancionador recogido en la LGS (cap. VI Título I) y las respectivas responsabilidades civiles o penales y de la responsabilidad profesional o estatutaria.

Sin embargo, una postura más relajada parece la que expone José Manuel Maza Martín<sup>176</sup> afirmando que, dada una actuación por un facultativo incumpliendo las instrucciones previas de un paciente, es difícil asumir que éste pueda incurrir en responsabilidades penales, civiles o administrativas. La razón de ello es que, la causalidad jurídica que habría que demostrar parece incompatible con que el incumplimiento sea el motivo por el que se produzca la muerte, sino que lo es el padecimiento de la enfermedad que tiene. En la misma línea se muestra la opinión de algunos autores como el profesor Sánchez González<sup>177</sup>, que resta importancia práctica a las instrucciones previas, afirmando que las decisiones médicas son de manera habitual las mismas independientemente de que existan o no instrucciones previas.

A diferencia de lo anterior, Sánchez Caro<sup>178</sup> sí entiende que en el supuesto de haber contravenido de manera notoria las instrucciones previas, puede nacer la necesidad de reparar un daño moral. De esta manera, el facultativo incurriría en responsabilidad civil y serían los herederos del paciente, en este caso sus hijas, los que habrán de instar los procedimientos correspondientes.

También hay que contemplar que se pueda producir un efectivo desfase entre el momento en el cual se manifiesta la voluntad y el avance que pueda experimentar la medicina llegado un momento dado. Es decir, casos donde no se tenía conocimiento sobre cómo hacer frente a una dolencia o patología, y por tanto parecería correcto desatender a lo contemplado en las instrucciones previas<sup>179</sup>. En relación a esto último y como nada se sabe de la fecha de otorgamiento, se presume su conveniencia temporal.

En lo tocante a la posibilidad de que hubiera existido la figura del representante, se hubieran podido dirigir contra él todas las cuestiones sobre las que el paciente no puede ya pronunciarse<sup>180</sup>. Pero sobre esa facultad del paciente, nuevamente, nada se sabe o se

---

<sup>174</sup> *Ibidem*, pp 92.

<sup>175</sup> Rodríguez López, P. *op. cit*, pp 159.

<sup>176</sup> Sánchez-Caro, J. & Abellán, F. *op. cit*, pp 94.

<sup>177</sup> Sánchez González, M.A, “La ley básica y las instrucciones previas”. Ponencia del Máster en Derecho Sanitario de la Universidad Complutense de Madrid, 26 octubre de 2002.

<sup>178</sup> Sánchez-Caro, J. & Abellán, F. *op. cit*, pp 92.

<sup>179</sup> Rodríguez López, P. *op. cit*, pp 170.

<sup>180</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol I *op. cit*, pp 839.

deduce, por lo que se entiende que no existe tal figura. No obstante, podría regir lo estipulado para el consentimiento por sustitución<sup>181</sup>, previsto para casos como éste, donde el paciente se encuentra incapacitado para tomar decisiones. De esta manera serían competentes sus hijas, por ser sus familiares de grado más próximo, dada la circunstancia de que se encuentra viuda.

Abriendo las posibilidades que se presentan en este caso, en el cual se produce una opinión discordante entre el equipo médico y la voluntad de la familia sobre el discurrir de la vida de la paciente, podrían haberse explorado dos caminos en aras a una actuación, por parte del equipo médico, con plenas garantías jurídicas. Las anteriores hubieran sido: acudir a los Tribunales, para que sea el juez competente quien tome la decisión acorde a Derecho, o bien, acudir a los Comités de ética que resuelven cuestiones de gran problemática como la que aquí se presenta.

En el caso gallego, correspondería acudir al Comité de Ética Asistencial, cuyas funciones vienen otorgadas por el Decreto 177/2000, de 22 de junio por el que se regula la creación y autorización de los comités de Ética Asistencial, y que se encuentra tanto al servicio de los profesionales como de los usuarios de los centros sanitarios. En su art. 2 se manifiesta su carácter consultivo, interdisciplinar y con el cometido de asesorar en la resolución de conflictos éticos que puedan surgir de la labor asistencial. De este modo si los profesionales entendiesen conveniente la consulta a este órgano, la misma debería de canalizarse, como se estipula en su art 7.2, por la secretaria del comité. Hay que matizar que el carácter de la consulta a este último, no versa tanto sobre la licitud o ilicitud de la decisión sino más bien sobre la manera reflexiva y adecuada con la que debe tomarse una decisión<sup>182</sup>.

## **B) Muerte cerebral y posibilidad de retirar el soporte de respiración asistida.**

Pues bien, una vez examinadas ya todas las cuestiones acerca de la validez de las instrucciones previas, es momento ahora de responder acerca de si ha sido procedente o no, la actuación médica de retirar el soporte de respiración asistida a la paciente.

Para dar respuesta a esta cuestión es imprescindible referirse al resultado del TAC craneal realizado una vez que la Sra. Carmen llega en la ambulancia al hospital por segunda ocasión. El resultado de tal prueba médica evidencia la presencia de una hemorragia cerebral masiva, causada por el aneurisma, con el estado de muerte cerebral. Cabe preguntarse entonces, ¿qué se ha de entender por muerte cerebral?

La muerte cerebral, denominada mayoritariamente en la actualidad por la comunidad científica como muerte encefálica, es el cese irreversible en las funciones de todas las estructuras neurológicas intracraneales, tanto de los hemisferios cerebrales como del troncoencéfalo<sup>183</sup>. En términos menos prolijos, dado que no es objetivo de este trabajo entrar en tecnicismo médicos más allá de lo necesario para la comprensión de la realidad que se presenta, es la producción de una parada circulatoria cerebral<sup>184</sup>. A día

---

<sup>181</sup> Art.6.1 Ley 3/2001 Galicia.

<sup>182</sup> Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. vol I *op. cit.*, pp 842.

<sup>183</sup> Parrilla Paricia, P., Ramírez, P., & Ríos Zambudio, A. (2008). *Manual sobre donación y trasplante de órganos* (1st ed.). Madrid: Arán. pp 107.

<sup>184</sup> Escudero, D. (2009). “Diagnóstico de muerte encefálica”. *Medicina Intensiva*, 33(4), pp 185-195.

de hoy la muerte cerebral o encefálica -recuérdese la alternancia de ambos términos-, es reconocida como la muerte del individuo por el conjunto de la comunidad científica así como por la legislación de numerosos países.

Ello lo atestigua también jurisprudencia<sup>185</sup>, donde se estipula que ante la ausencia de actividad cerebral irreversible, aunque el corazón siga latiendo, viene a suponer la muerte cerebral, y por consiguiente la muerte en sentido habitual y legal. Asimismo, otras sentencias<sup>186</sup> inciden en la igualdad de términos de muerte y muerte cerebral.

En el aspecto más puramente legal y recurriendo al Anexo I del Real Decreto 1723/2012, de 18 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, sobre los protocolos de diagnóstico y certificación de la muerte para la obtención de órganos de donantes fallecidos, se determina que: el diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basará en la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o, como es este el caso, de las funciones encefálicas (muerte encefálica). Ello habrá de hacerse conforme se establece en el artículo 9 del mismo, que se refiere al cese irreversible de las funciones encefálicas, esto es, la constatación de coma arreactivo de etiología estructural conocida y carácter irreversible, y que se reconocerá mediante un examen clínico adecuado tras un período apropiado de observación.

Dada la relevancia en la esfera médica y jurídica que supone la certificación de muerte encefálica, para ser apreciada han de cumplirse una serie de requisitos como se explicitan en el Anexo I del RD 1723/2012, y que son: junto a las particularidades señaladas del coma, el haber una evidencia clínica y/o constatación por neuroimagen de lesión destructiva en el sistema nervioso central compatible con la situación de muerte encefálica. Además han de darse unas precondiciones clínicas<sup>187</sup> para poder realizar una exploración neurológica que también es de carácter preceptivo.

La causa del coma se conocerá bien por medio de lo que figure en la historia clínica o por un TAC craneal que arroja un diagnóstico de hemorragia cerebral masiva, como el que se realizó en el caso de estudio a la paciente. La finalidad de ambas es descartar cualquier posibilidad de su carácter reversible. Conviene aclarar que el diagnóstico de muerte encefálica se puede realizar mediante una exploración clínica neurológica exclusivamente, o complementándola con métodos instrumentales<sup>188</sup>.

Dicha exploración neurológica ha de ser sistemática, completa y extremadamente rigurosa quedando reflejado en la historia clínica todos los hallazgos obtenidos<sup>189</sup>.

Junto con lo anterior y de acuerdo con lo dispuesto en el RD referido, es necesario que los médicos mantuvieran a la paciente en un periodo de observación antes de ser desconectada de la respiración asistida. Este periodo ha de ser valorado de forma individual teniendo en cuenta el tipo y gravedad de la lesión, quedando en potestad del médico responsable su modificación por cuestiones clínicas. Si bien, dichos tiempos, solamente podrán acortarse u omitirse de haber realizado pruebas diagnósticas

---

<sup>185</sup> STS de 29 de enero de 1991 RJ 1991/456.

<sup>186</sup> TSJ Andalucía de 28 de mayo, núm. 19/2004 ARP 2004/427 o STS de 13 de abril, núm. 464/2005 RJ 2005/4976.

<sup>187</sup> Anexo I 2.2 b) RD 1723/2012.

<sup>188</sup> Parrilla Paricia, P., Ramírez, P., & Ríos Zambudio, A. *op. cit*, pp 107.

<sup>189</sup> Escudero, D. *op. cit*, 185-195.



instrumentales, que no son obligatorias como regla general, pero sí recomendables para complementar el diagnóstico y acortar el período de observación. Dentro de las pruebas diagnósticas instrumentales de la muerte encefálica se recurrió a una evaluación del flujo sanguíneo cerebral para lo cual se sirvió de un TAC o TC<sup>190</sup>.

No obstante y a pesar de lo establecido en líneas superiores, el punto 5 del mismo Anexo flexibiliza los requisitos exigidos en el caso de estar ante: un coma de causa conocida y no habiendo situaciones que pudieran dificultar el diagnóstico clínico<sup>191</sup> -que no se dan en este caso-. Así, un paciente que presente una exploración clínica de muerte encefálica y realizada una prueba instrumental de soporte diagnóstico concluyente, puede ser diagnosticado de muerte encefálica, sin esperar el período de observación.

Por todo ello, aunque se desconoce si existieron o no los tiempos de observación enunciados, no se incurriría en una actuación médica contraria a lo debidamente establecido, pues la paciente cumple el supuesto de flexibilización explicado.

El proceso diagnóstico de muerte encefálica compete al médico intensivista, que ha de tomar la decisión sobre si suspender las medidas de soporte, es decir, desconectar la ventilación mecánica, o bien realizar la extracción de órganos para trasplante<sup>192</sup>. Aquí, por tanto, se abren dos caminos diferentes; por una parte la imposibilidad de ser donante y por tanto proceder a la retirada de la ventilación mecánica o bien mantenerla hasta que se produzca la intervención posterior relacionada con la donación. No obstante, debe aclararse que ser o no donante no redundará en que existan dos criterios distintos para diagnosticar la muerte encefálica<sup>193</sup>.

Como se recoge en la conclusión número 11 y 12 de la III Conferencia de Consenso de la SEMICYUC Muerte Encefálica en las Unidades de Cuidados Intensivos<sup>194</sup>, una vez que se haya diagnosticado la muerte encefálica, se procederá, por parte del médico, a la retirada de las medidas de soporte que se aplicaban al paciente. De no ser así se entiende que la obstinación terapéutica, en estos casos, es maleficente y puede ser injusta, por lo que mantener la ventilación mecánica y un mínimo soporte cardíaco supone una mala práctica clínica y una contradicción con el diagnóstico científico y legal establecido.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto en relación con la muerte encefálica, es procedente señalar que a pesar de que buena parte de la legislación mencionada, la cual es de aplicación para diagnosticar la muerte encefálica, es relativa al proceso de donación de órganos, éste es un procedimiento posterior e independiente del diagnóstico de muerte encefálica. En ese caso, la responsabilidad ya derivaría en personal sanitario – generalmente la coordinación de trasplantes-, que no tienen por qué ser intensivistas ni tener relación alguna con la situación previa de diagnóstico de la muerte cerebral<sup>195</sup>.

---

<sup>190</sup> Tomografía Computarizada (TC). (2017). National Institute of Biomedical Imaging and Bioengineering. Obtenido el 27 enero de 2017, disponible en: <https://www.nibib.nih.gov/espanol/temas-cientificos/tomograf%C3%ADa-computarizada-tc>

<sup>191</sup> Determinadas situaciones clínicas pueden dificultar o complicar el diagnóstico clínico de muerte encefálica, al impedir que la exploración neurológica sea realizada de una forma completa o con la necesaria seguridad. Se detallan en Anexo 1723/2012 I 2.2e).

<sup>192</sup> Parrilla Paricia, P., Ramírez, P., & Ríos Zambudio, A. *op. cit.*, pp 107.

<sup>193</sup> Zarranz JJ. Propuesta de una ley única de declaración de la muerte. *Quaderns CAPS* 1994; 20: 38-44.

<sup>194</sup> Cobo, J. & Augusto, D. (2000). “Conclusiones de la III Conferencia de Consenso de la SEMICYUC. Muerte encefálica en las Unidades de Cuidados Intensivos”. *Medicina Intensiva*, 24(4), 193-197.

<sup>195</sup> Marsé Milla, P. (2000). “Muerte encefálica y toma de decisiones en la Unidad de Cuidados Intensivos”. *Medicina Intensiva*, 24(4), 189-192.

Es importante destacar que el responsable de la decisión de retirar las medidas de soporte es el intensivista, no implica el consentimiento del paciente y no se pueden tener en consideración opiniones contrarias por parte de los familiares<sup>196</sup>.

A mayores de todo lo expuesto anteriormente y atendiendo al art 5 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, se procede a la comprobación de la muerte. Especificando que, en el caso de que dicha comprobación se base en la existencia de datos de irreversibilidad de lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida, el certificado de defunción será suscrito por tres médicos, entre los que deberán figurar, un neurólogo o neurocirujano y el jefe del servicio de la unidad médica correspondiente, o su sustituto.

Llegados a este punto solo cabe contemplar la situación que se pone de manifiesto en el art. 3.8 RD 1723/2012 sobre la certificación de muerte. Ésta consiste en un acto médico en virtud del cual se deja constancia escrita del diagnóstico de la muerte de un individuo, bien sea por criterios neurológicos (muerte cerebral o encefálica) o por criterios circulatorios y respiratorios.

De este modo, ha de comunicarse a la familia la muerte de la paciente, explicando convenientemente que la muerte encefálica equivale al fallecimiento de la persona no sólo a efectos médicos o científicos, sino también a efectos jurídicos, dado que se trata de una situación irreversible. Dicha comunicación ha de hacerse con un lenguaje apropiado a la situación, es decir, empleando términos que no causen desconfianza ni generen confusión o mucho menos aún, falsas esperanzas en los familiares. Así, han de evitarse términos como “virtualmente/prácticamente/clínicamente muerto...” puesto que, de tal calibre es la importancia del lenguaje que incluso se aconseja no adjetivar la muerte –no especificar muerte cerebral o encefálica-<sup>197</sup>.

La razón de todo lo anterior está al alcance de la lógica de cualquier persona ya que, acompañar un sustantivo de uno o varios adjetivos, es un acto de concreción que resulta en perimetrar o circunscribir lo que el sustantivo propiamente significa a una realidad menor o más restrictiva. Pronunciar muerte encefálica a una persona profana en el campo de la medicina o de la salud, puede inducirla a pensar que no se está ante una muerte total o completa y, como resultado, caer en la creencia –errónea en este caso- de una realidad inexistente. Ésta podría ser, creer que se está a la espera de signos más concluyentes o de una hipotética evolución que determine ya sí el fallecimiento.

En conclusión, la paciente no fallece como consecuencia de la decisión médica de la retirada de la reanimación, sino que es justamente al revés: se interrumpe la asistencia reanimadora porque el individuo está muerto.

#### **4. Indemnización a las herederas.**

La cuarta y última pregunta del caso práctico objeto de este Trabajo de Fin de Grado, guarda relación sobre a quién debe corresponder la cuantía indemnizatoria obtenida en el caso de que ésta solamente fuese solicitada por una de las hijas de la paciente; María.

---

<sup>196</sup> Marsé Milla, P. *op.cit.*, pp 189 y ss.

<sup>197</sup> *Ibidem*, pp 189 y ss.

Para poder dar respuesta a ello, se hace necesario por un lado conocer la legitimación de quienes pueden solicitar la correspondiente indemnización, así como entender la naturaleza de las cuantías indemnizatorias, derivadas de la interposición de las acciones legales detalladas en la cuestión segunda.

Todo ello ha de partir de la imposibilidad de que el sujeto fallecido pueda ejercer dichas acciones, por cuanto su capacidad para ser titular de ese derecho se ha visto extinguida, según el art. 32 CC, por su muerte.

Así en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, la legitimación en caso de muerte de la víctima, es coincidente con la establecida para los casos de responsabilidad civil extracontractual<sup>198</sup>. Atendiendo a este último régimen, es esclarecedor destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2003 donde en el Fundamento de Derecho 6º se recoge que:

*“Es doctrina jurisprudencial constante de esta Sala 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 dependían económicamente del fallecido o mantenían lazos afectivos con él; 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 hereditatis»”.*

De manera similar numerosos pronunciamientos judiciales<sup>199</sup> aclaran que no es la condición de heredero, sino la de perjudicado, la que legitima a las personas para promover dicha acción. Así 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 especialmente en los supuestos de muerte instantánea, no llegó a formar parte del caudal relicto y por tanto, no ha podido transmitirse a los herederos.

Asimismo, conviene señalar que en la responsabilidad de la Administración sanitaria, la indemnización está orientada a reparar el daño causado en el paciente o a sus familiares<sup>200</sup>. En nuestro caso, y dado que la paciente falleció como consecuencia de la negligencia médica, el daño a reparar será el que recayó sobre sus hijas. En este sentido, cabe recordar como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo, y como recoge la STS de 10 de octubre de 2011<sup>201</sup>, que la cuantía indemnizatoria corresponde fijarla al tribunal de instancia, no siendo posible su revisión en casación, salvo cuando la misma sea ilógica o arbitraria.

En lo relativo a su cuantificación, es el juez quien tiene la potestad de fijarla según su arbitrio, por lo que no existe un sistema legal que apunte criterios tasados; no existiendo por ello soluciones homogéneas para todos los casos idénticos<sup>202</sup>. De todos modos, a raíz de la entrada en vigor de la ya tratada Ley 40/2015, se fija en su art. 34.2:

---

<sup>198</sup> Jiménez López, M. *op. cit.*, pp 90.

<sup>199</sup> STS, núm. 915/2006 de 4 de octubre RJ 2006\6427 y STS de 4 de mayo de 1983 RJ 1983\2622.

<sup>200</sup> García Paz, D., & Galán Rivas M. *op. cit.*, pp10.

<sup>201</sup> STS de 10 de octubre de 2011 RJ 2011\7648.

<sup>202</sup> Rodríguez Guitián, A.M. (2015). “Indemnización por causa de muerte. Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español”. *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, pp 25.

*“En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros Obligatorios y de la Seguridad Social”.*

Así, tal y como se desprende de su contenido se vuelve a reiterar el carácter obligatorio de sujeción a cuanto allí se disponga, pero sí se marca ahora cierta referencia orientativa. No obstante, los tribunales habrán de seguir los principios de indemnidad plena y reparación integral del daño<sup>203</sup> por lo que el alejamiento del juez a dicho baremo, habría de justificarse siempre en sus pronunciamientos<sup>204</sup>.

Conviene aclarar igualmente, algunos aspectos acerca del concepto indemnizable dada la producción del fallecimiento de la paciente. En relación a ello, el Tribunal Supremo<sup>205</sup>, tanto sus Salas de lo Civil como de lo Penal, ha tenido ocasión de señalar que la muerte en sí misma no implica el nacimiento de un derecho que pase a estar integrado en la masa hereditaria de la persona fallecida y por lo tanto, objeto de ser transmitido a sus herederos en el proceso sucesorio.

No obstante, por los daños que la muerte de la víctima primaria –Sra. Carmen-, originó a las víctimas secundarias –sus hijas Juana y María-, están legitimadas por cuanto se entienden amparadas por el art. 113 CP: *“la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros”*. Por su parte, fuera del ámbito penal ha de entenderse la reparación de los daños en atención a la responsabilidad civil extracontractual. Ésta, como se ha mencionado en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración, resulta aplicable por analogía y por tanto habrá de seguirse el contenido del art. 1902 CC: *“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

De este modo, es a partir de la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1956<sup>206</sup>, cuando los tribunales comienzan a indemnizar el daño moral en la responsabilidad civil extracontractual en los casos de muerte y lesiones. El motivo indemnizatorio de este daño moral no es otro que el sentimiento de aflicción generado por las personas familiares próximas al fallecido<sup>207</sup>.

Las demandantes deberán así acreditar el daño moral cierto y ligado causalmente al fallecimiento de su madre ya que por el mero hecho de ser sus hijas no se asume el sufrimiento del familiar. En consecuencia, el daño moral de los parientes no debe ser presumido, al menos *iuris et de iure*, por los tribunales como consecuencia de la muerte<sup>208</sup>.

Al concepto indemnizable anterior, habría que añadir lo correspondiente al desamparo en el que las hijas quedan tras el fallecimiento de su madre, puesto que ambas convivían con ella y por lo tanto existía una dependencia económica junto con los respectivos lazos afectivos. Lo anterior se justifica en que dada la edad de ambas hijas y su

---

<sup>203</sup> García Paz, D., & Galán Rivas M. *op. cit.*, pp 10.

<sup>204</sup> Rodríguez Guitián, A.M. *op. cit.*, pp 25.

<sup>205</sup> STS, núm. 636/2003 de 19 de junio RJ 2003\4244 y STS, núm. 90/2006 de 2 de febrero RJ 2006\2694.

<sup>206</sup> STS de 17 de febrero de 1956. Ar. 1105.

<sup>207</sup> Pantaleón, P. (1989). “La indemnización por causa de lesiones o de muerte”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 42, núm. 2, pp 639.

<sup>208</sup> Rodríguez Guitián, A.M. *op. cit.*, pp 19.

residencia en el domicilio familiar, puede presumirse una vida no autónoma y la existencia pues, de una dependencia de los recursos de la Sra. Carmen. Esto es lo que se conoce como pérdida de sostenimiento o lucro cesante<sup>209</sup>, que ha sido defendido por, entre otras<sup>210</sup>, la ya mencionada sentencia de fecha de 19 de junio de 2003.

Para alcanzar la posibilidad anterior, cada persona que interese la reclamación habrá de argumentar su dependencia económica del fallecido, acreditándola con cuanto considere necesario para ver satisfecha su pretensión. De esta forma se está haciendo referencia a un derecho personal, autónomo y propio de cada persona, en el sentido de atender a una realidad individualizable y por ello no entendida como una colectividad de iguales características que merezcan igual cuantía indemnizatoria.

Ello se puede ejemplificar en el hecho de que María con 22 años puede presentar una serie de circunstancias, que no la hagan tan dependiente de su madre como sí puede serlo su hija Juana que acaba de cumplir la mayoría de edad y motivo por el cual puede llegar a presuponerse que posea una mayor dependencia. En esta línea, autores como Tirado Suárez<sup>211</sup> se muestran partidarios de tener en cuenta la edad de los hijos, conforme se establece en el baremo de referencia, por cuestiones de justicia material.

En consonancia con lo anterior y atendiendo a lo que disponen los arts. 66.1 a) y 67.1 Ley 39/2015, se puede comprobar cómo, para instar la reclamación patrimonial, se hace referencia en todo momento al término interesado. Es decir, no se establece una obligación de solicitar la correspondiente indemnización, razón por la cual es del todo posible que puedan existir personas que aun pudiendo, no ejerciten ese derecho y que por lo tanto no reciban montante alguno. No obstante, en el caso de que junto a María, su hermana Juana decidiese emprender tal procedimiento, habrá que seguir lo estipulado en el art. 66.2 de la misma ley: *“Cuando las pretensiones correspondientes a una pluralidad de personas tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, podrán ser formuladas en una única solicitud, salvo que las normas reguladoras de los procedimientos específicos dispongan otra cosa.”*

En líneas generales, los tribunales acostumbran a asignar una cantidad global por el conjunto de todos los conceptos indemnizatorios sin distinguir aquellos que se corresponden con el daño patrimonial del daño moral<sup>212</sup>, así como también atribuir una cantidad global a todos los perjudicados sin señalar la cantidad que corresponde a cada uno de ellos<sup>213</sup>.

A pesar de todo lo dicho hasta el momento, hay que matizar la existencia de casos en los que personas no reclamantes de tales indemnizaciones, sí se vieron incluidas como receptoras en las que otros realizaron. Bien es cierto que estas sentencias, en las que se fijaba una cuantía indemnizatoria global<sup>214</sup>, sin especificar qué cantidades correspondían a cada quién, pero que posteriormente habrían de repartirse entre los sujetos que referenciaba la sentencia, se han producido cuando existían hijos menores de por medio. Por tanto, en el caso de que Juana fuera menor de edad sí pudiera darse una sentencia en

---

<sup>209</sup> Rodríguez Guitián, A.M. *op. cit.*, pp 27.

<sup>210</sup> STS, núm. 915/2006 de 4 de octubre RJ 2006\6427.

<sup>211</sup> Tirado Suárez, F.J. (2001). “De nuevo sobre la jurisprudencia constitucional en torno al baremo de indemnización de daños corporales (Comentario a las Sentencias 241/2000, 242/2000, 244/2000, 262/2000, 267/2000, 21/2001, 37/2001 y 163/2001)”. *Derecho privado y Constitución*, nº15 pp 355.

<sup>212</sup> Ejemplo de ello es la STS de 4 de octubre de 2006 ya mencionada.

<sup>213</sup> Rodríguez Guitián, A.M. *op. cit.*, pp 20.

<sup>214</sup> STS de 15 de abril de 1988 RJ 1988\3072 y STS de 20 de septiembre de 1985 RJ 1985\5958.

la que habiendo reclamado solamente su hermana María, ésta tuviese que repartir el montante indemnizatorio con ella.

Por último señalar que respecto a esta concreción de sujetos en materia indemnizatoria, existen voces críticas como la de Fernando Pantaleón<sup>215</sup>, que alerta de los posibles litigios que se podrían suscitar acerca del reparto de la indemnización global así como por la no separación del montante correspondiente al daño moral y aquel que corresponde al daño patrimonial.

---

<sup>215</sup> Pantaleón, P. *op. cit.*, pp 642.

## **5. Conclusiones.**

### **Pregunta N°1:**

El derecho a la información sanitaria se establece como un derecho que tiene el paciente y una obligación que se le impone al médico. El Dr. Vázquez no es el único obligado a informar, han de entenderse vinculados también el Dr. Seco, el Dr. Fandiño y el CHUAC. Los medios de prueba para argumentar la información de la gravedad de la enfermedad son fundamentalmente la historia clínica de la paciente con los documentos que en ella se contienen, así como demostrar la comprensión que la Sra. Carmen tenía de su estado de salud dado que sopesa que de comunicar a sus hijas lo que padece, ocasionaría en ellas un estado de preocupación. Estado que solamente puede venir precedido por otro de comprensión y asimilación de la enfermedad.

No se informa a la familia porque no consta permiso expreso o tácito de la paciente para informar a terceros, así como no carecía de capacidad para entender dicha información y no estaba inmersa en causa de incapacidad alguna. Tampoco resulta acreditada la existencia objetiva de un estado de necesidad terapéutica y de limitación de la información.

### **Pregunta N°2:**

Procede instar una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por un funcionamiento anormal de los servicios públicos. Primeramente habrá de solicitarse en vía administrativa, existiendo la posibilidad de no ver estimada la pretensión y establecer por ello recurso de reposición ante el mismo órgano o bien acudir directamente a la vía contenciosa. Se demanda a la Consellería de Sanidad por su ilicitud en materia de responsabilidad extracontractual sanitaria así como a su aseguradora.

Se podría acudir a la jurisdicción penal contra el personal médico del CHUAC, pero esta vía resulta más complicada y es residual en la práctica judicial. No obstante, se puede apreciar el encaje en el tipo del homicidio imprudente. La Administración será demandada aquí como responsable civil subsidiario.

### **Pregunta N°3:**

El documento de instrucciones es válido dado que la paciente lo otorgó siendo mayor de edad, no consta que tenga limitada su capacidad global, se presume que ha realizado la declaración de voluntad de manera libre y la estipulación de no ser desconectada de la respiración asistida o de cualquier otro procedimiento que le prolongase la vida, en base a los adelantos que pudieran venir en el futuro, no es contraria al ordenamiento jurídico ni a la «lex artis». Cuestión diferente es la no aplicación del documento en este caso.

La retirada del soporte de respiración asistida es procedente dado que la paciente se encontraba muerta. La paciente no fallece como consecuencia de la decisión médica de la retirada de la reanimación, sino que es justamente al revés; se interrumpe la asistencia reanimadora porque el individuo está muerto.

**Pregunta N°4:**

La muerte en sí misma no implica el nacimiento de un derecho que pase a estar integrado en la masa hereditaria transmisible a sus herederos. El daño moral no debe ser presumido, al menos *iuris et de iure* y cada persona que interese la reclamación habrá de argumentar su dependencia económica del fallecido. Es un derecho personal, autónomo y propio de cada persona, en el sentido de atender a una realidad individualizable y por ello no entendida como una colectividad de iguales características que merezcan igual cuantía indemnizatoria.



## **Bibliografía.**

### Manuales y monografías:

- Ángel Yagüez, R. (1999). *Responsabilidad civil por actos médicos* (1st ed.). [Madrid, España]: Civitas.
- Bello Janeiro, D. (2013). *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria* (1st ed.). Madrid: Reus.
- Bello Janeiro, D. (2009). *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*. Madrid: Reus.
- Benítez Ortúzar, I., Morillas Cueva, L., & Suárez López, J. (2009). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios* (1st ed.). Madrid: Dykinson.
- Blanco Pérez-Rubio, L. (2013). *La Carga de la prueba por omisión de información al paciente* (1st ed.). Madrid, [etc.]: Marcial Pons.
- Díaz-Regañón García-Alcalá, C. (1996). *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica* (1st ed.). Pamplona: Aranzadi.
- Domínguez Luelmo, A. (2007). *Derecho sanitario y responsabilidad médica* (1st ed.). Valladolid: Editorial Lex Nova.
- Emaldi Cirión, A. (2000). *Información y documentación clínica* (1st ed.). Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo.
- Gamero Casado, E. & Fernández Ramos, S. (2016). *Manual básico de derecho administrativo* (1st ed.). Madrid: Tecnos.
- González Morán, L. (1990). *La responsabilidad civil del médico* (1st ed.). Barcelona: Bosch.
- Guerrero Zaplana, J. (2003). *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria* (1st ed.). Valladolid: Lex Nova.
- Jiménez López, M. (2011). *Los procesos por responsabilidad civil médico -sanitaria* (1st ed.). Madrid: Tecnos.
- Llamas Pombo, E. (1988). *La responsabilidad civil del médico* (1st ed.). Madrid: Trivium.
- Llamas Pombo, E. *Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba* (1st ed.).
- Lorenzo, R. (2003). *Derechos y obligaciones de los pacientes* (1st ed.). Madrid: Editorial Colex.
- Palomar Olmeda, A., Cantero Martínez, J., Larios, D., González García, L., & Montalvo Jääskeläinen, F. (2013). *Tratado de derecho sanitario* (1st ed.). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi. Vol I y II.
- Parrilla Paricia, P., Ramírez, P., & Ríos Zambudio, A. (2008). *Manual sobre donación y trasplante de órganos* (1st ed.). Madrid: Arán.

-Rodríguez López , P. (2004). *La autonomía del paciente* (1st ed.). Paracuellos del Jarama (Madrid): Dilex.

-Rodríguez Vázquez, V. (2012). *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias* (1st ed.). Madrid [etc.]: Fundación Rafael del Pino.

-Sánchez-Caro, J. & Abellán, F. (2003). *Derechos y deberes de los pacientes* (1st ed.). Granada: Editorial Comares.

#### Artículos de revistas:

-Bello Janeiro, D. (2009). “Sentencia de 23 de Octubre de 2008: Fecundación in vitro. Responsabilidad sanitaria. Carga de la prueba. Técnica casacional. Obligación de medios o de resultado. Medicina curativa y satisfactiva. Aplicación de la Ley de Consumidores a los servicios sanitarios. Resultado desproporcionado. Consentimiento informado”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia* nº 80.

-Carrasco Perea, A (1989) Artículo 1.214, en Albaladejo (dir.), “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*”, XV-1.

-Domínguez Luelmo, A. (2001). “Régimen jurídico del consentimiento informado y la historia clínica de los pacientes en la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo”. *Revista Xurídica Galega* 33.

-Escudero, D. (2009). “Diagnóstico de muerte encefálica”. *Medicina Intensiva*, 33 (4).

-García Paz, D., & Galán Rivas M. “La posición procesal de la Administración Pública ante la negligencia sanitaria”. *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*.

-Jordano Fraga, F (1991). “Obligaciones de medios y de resultados. A propósito de alguna jurisprudencia reciente”. *Anuario de Derecho Civil* 44 (1).

-Marsé Milla, P. (2000). “Muerte encefálica y toma de decisiones en la Unidad de Cuidados Intensivos”. *Medicina Intensiva*, 24 (4).

-Martínez López , F. (2006). *La pérdida de oportunidad en las reclamaciones y sentencias de responsabilidad patrimonial*. Madrid: Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

-Moreno Quesada, B. (1976). “Problemática de las obligaciones de hacer”. *Revista de Derecho Privado*. 60 (6).

-Rodríguez Guitián, A.M. (2015). “Indemnización por causa de muerte. Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español”. *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2.

-Pantaleón, P. (1989). “La indemnización por causa de lesiones o de muerte”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 42, nº 2.

-Tirado Suárez, F.J. (2001). “De nuevo sobre la jurisprudencia constitucional en torno al baremo de indemnización de daños corporales (Comentario a las Sentencias 241/2000, 242/2000, 244/2000, 262/2000, 267/2000, 21/2001, 37/2001 y 163/2001)”. *Derecho privado y Constitución*, nº 15.

## **Legislación.**

### Europea:

-Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995. «DOUE» núm. 281, de 23 de noviembre de 1995, páginas 31 a 50 (20 págs.).

### Estatal:

-Constitución Española de 1978.

-Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «BOE» núm. 260, de 17/09/1882.

-Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 6 de septiembre de 1984, de obligatoriedad de elaboración del informe de alta para pacientes atendidos en Establecimientos Sanitarios. «BOE» núm. 221, de 14 de septiembre de 1984, páginas 26685 a 26686 (2 págs.).

-Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 02/07/1985.

-Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. «BOE» núm. 102, de 29/04/1986.

-Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «BOE» núm. 206, de 25/07/1889.

-Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

-Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa «BOE» núm. 167, de 14/07/1998.

-Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. «BOE» núm. 167, de 14 de julio de 1998, páginas 23471 a 23473 (3 págs.).

-Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. «BOE» núm. 298, de 14 de diciembre de 1999, páginas 43088 a 43099 (12 págs.).

- 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, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. «BOE» núm. 251, de 20 de octubre de 1999, páginas 36825 a 36830 (6 págs.).

-Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.

-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. «BOE» núm. 274, de 15/11/2002.

-Ley 44/2003, de Ordenación de las profesiones sanitarias. «BOE» núm. 280, de 22/11/2003.

-Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. «BOE» núm. 301, de 17 de diciembre de 2003, páginas 44742 a 44763 (22 págs.).

-Real Decreto Ley 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. «BOE» núm. 287, de 30/11/2007.

-Real Decreto 1723/2012, de 18 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. «BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2012, páginas 89315 a 89348 (34 págs.).

-Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. «BOE» núm. 236, de 2 de octubre de 2015, páginas 89343 a 89410 (68 págs.).

-Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). «BOE» núm. 236, de 02/10/2015.

#### Autonómica:

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

-Decreto 177/2000, de 22 de junio por el que se regula la creación y autorización de los comités de Ética Asistencial.

-Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia. «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2001, páginas 23537 a 23541 (5 págs.).

-Decreto 104/2005, de 6 de mayo, de garantía de tiempos máximos de espera en la atención sanitaria de Galicia.

-Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. «BOE» núm. 202, de 21 de agosto de 2008, páginas 35080 a 35115 (36 págs.).

-Ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias de Galicia.

-Real Decreto 159/2014, de 11 de diciembre por el que se establece la organización y funcionamiento del Registro gallego de instrucciones previas sobre cuidados y tratamiento de la salud.

## **Abreviaturas.**

|        |  |
|--------|--|
| CC     | Código Civil.  |
| C.E.   | Constitución Española de 1978.   |
| CHUAC  | Complejo Hospitalario Universitario de A Coruña.   |
| CP     | Código Penal.  |
| LEC    | Ley de Enjuiciamiento Civil.   |
| LECrím | Ley de Enjuiciamiento Criminal.  |
| LGS    | Ley General de Sanidad.  |
| LJCA   | Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.                               |
| LOPJ   | Ley Orgánica del Poder Judicial.   |
| LOPS   | Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.   |
| LPAC   | Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. |
| LRJSP  | Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.                                  |
| RJ     | Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.   |
| SAN    | Sentencia Audiencia Nacional.  |
| SAP    | Sentencia Audiencia Provincial.  |
| SERGAS | Servicio Galego de Saúde.  |
| STC    | Sentencia del Tribunal Constitucional.   |
| STS    | Sentencia del Tribunal Supremo.  |
| STSJ   | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.   |