

NEGLIGENCIA
MÉDICA EN UN CASO
DE ANEURISMA
CEREBRAL

ELENA RODRÍGUEZ CABANAS

GRADO EN DERECHO+ADE

TRABAJO DE FIN DE GRADO

2016-2017

TUTOR: ELOY MIGUEL GAYÁN RODRÍGUEZ

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AP	Administración Pública
C-A	Contencioso-Administrativo
CCAA	Comunidad Autónoma
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
LJCA	Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa
RD	Real Decreto
REC	Recurso
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

Índice

I. INTRODUCCIÓN	5
II. DERECHO DEL MÉDICO A NO REVELAR INFORMACIÓN RELACIONADA CON EL ESTADO DE SALUD DE SUS PACIENTES E INFORMACIÓN ADECUADA AL PACIENTE SOBRE LA GRAVEDAD DE SU ESTADO.	6
1. ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DEL ESTADO A LAS CCAA EN MATERIA DE SANIDAD	6
2. DATOS DE CARÁCTER PERSONAL, TRATAMIENTO DE DATOS, HISTORIA CLÍNICA Y DATOS RELACIONADOS CON LA SALUD. DEFINICIÓN.....	7
3. ESPECIAL PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DATOS RELACIONADOS CON LA SALUD	8
4. PACIENTE COMO TITULAR DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL INCAPACITADO Y DEL MENOR DE EDAD	9
5. INFORMACIÓN PREVIA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO. DEFINICIÓN, REGULACIÓN Y RENUNCIA.	12
6. PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO	16
7. HISTORIA CLÍNICA: REGULACIÓN Y CONTENIDO.....	18
8. DERECHO DEL PACIENTE A RECHAZAR EL TRATAMIENTO	18
III. DEMANDA DE UN PARTICULAR ANTE EL RESULTADO INSATISFACTORIO DE LA ATENCIÓN MÉDICA QUE SE LE PROPORCIONA.	20
1. NEGLIGENCIA MÉDICA Y MALA PRAXIS. DEFINICIÓN, REGULACIÓN Y CONTENIDO	20
2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ESPECIAL MENCIÓN A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA. <i>LEX ARTIS</i>	20
3. MUERTE POR IMPRUDENCIA	25
4. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.....	26
5. CARGA DE LA PRUEBA EN CASOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA	26
6. DAÑO DESPROPORCIONADO	28
IV. VALIDEZ DEL DOCUMENTO DE INSTRUCCIONES PREVIAS Y VULNERACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL MISMO POR LOS FACULTATIVOS.	29

1. DOCUMENTO DE INSTRUCCIONES PREVIAS. DEFINICIÓN Y REGULACIÓN	29
2. REQUISITOS PARA LA CREACIÓN DEL DOCUMENTO DE INSTRUCCIONES PREVIAS	31
3. LIMITACIÓN DEL ESFUERZO TERAPÉUTICO. ENFERMEDAD TERMINAL Y MUERTE CEREBRAL.....	32
V. EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN LEGAL DE REPARTIR UNA INDEMNIZACIÓN ENTRE HERMANAS.....	34
1. DERECHO A INDEMNIZACIÓN A UN PARTICULAR COMO CONSECUENCIA DE LA INADECUADA ACTUACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS	34
2. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UNA SENTENCIA INDEMNIZATORIA.....	35
VI. CONCLUSIONES.....	36
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	38
VIII. LEGISLACIÓN.....	39
IX. JURISPRUDENCIA.....	40

I. INTRODUCCIÓN

La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce, en su artículo 25, el derecho a la salud que toda persona tiene atribuido. La Constitución Española, por su parte, recoge en su artículo 43 el derecho de todo ciudadano a que se le garantice una adecuada protección de su salud. A su vez, los derechos de los consumidores y usuarios, entre los que se realiza expresa mención a la idea o concepto de salud pública, se consagran en el mismo texto legal, en el precepto 51.

En base a estos derechos y al establecimiento de un sistema de Salud Pública accesible a todos los ciudadanos españoles, mediante el que se les garantiza la asistencia médica o sanitaria adecuada en cada caso, podemos comenzar destacando que uno de los objetivos de este caso va a ser, respetando en todo momento este derecho a obtener la pertinente asistencia sanitaria del ciudadano, demostrar que no existe una obligación por parte de los profesionales que proporcionan la asistencia médica, ni por parte del propio sistema público de salud, de garantizar que el resultado alcanzado con las actuaciones médicas sea el deseado por el paciente o por sus seres más cercanos.

Así mismo, se va a tratar de explicar el alcance de la figura jurídica de las instrucciones previas o voluntades anticipadas, que no es sino un documento en el que un ciudadano que cuente con los requisitos estipulados por ley para constituir este documento, y que más adelante se detallarán, deje claro cuáles son las actuaciones que se deben llevar a cabo en caso de que su estado de salud se agrave o vuelva irreversible y ya no disponga de la facultad para expresar los pasos que se deben dar para respetar sus ideales.

En relación a este aspecto, también se va a tratar qué sucede en el caso de que los profesionales médicos decidan no respetar estas voluntades anticipadas, y si esta vulneración de las mismas está permitida en nuestro ordenamiento jurídico, o si por el contrario, lleva implícito algún tipo de responsabilidad por parte de estos profesionales.

Otro de los aspectos claves del presente trabajo lo comprende el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, que no es sino aquella responsabilidad que debe asumir el sistema sanitario público en el caso de no salvaguardar los derechos que todo ciudadano tiene a que se proteja su salud, fundamentalmente con el objetivo de apreciar qué sucede o que soluciones puede tomar un particular cuando de la inadecuada prestación sanitaria que se le proporciona se origina un daño que no tiene, por ley, obligación de soportar.

Cuando varios familiares interesados en una misma cuestión no plantean una demanda conjunta, o ni siquiera parte de ellos emprenden acciones legales en ese aspecto, y hay una concesión de indemnización por parte de una sentencia o fallo judicial a la persona demandante, es también un aspecto que se trata en el presente trabajo, ya que se pretende aclarar cómo se debería actuar en estos casos en los que no hay una voluntad común a la hora de reclamar los derechos que se consideran vulnerados, pero sí podría haber una extensión de los beneficios atribuidos en el fallo judicial por ser personas con idéntica situación jurídica.

Por último, quiero destacar que a lo largo de todo el presente trabajo se emplean determinados tecnicismos médicos, que he tratado de explicar de la forma más clara posible, con el objetivo de llegar a comprender el fondo del asunto, ya que diferentes preceptos legales tienen diferente alcance según se trate de una situación clínica u otra.

II. DERECHO DEL MÉDICO A NO REVELAR INFORMACIÓN RELACIONADA CON EL ESTADO DE SALUD DE SUS PACIENTES E INFORMACIÓN ADECUADA AL PACIENTE SOBRE LA GRAVEDAD DE SU ESTADO.

La primera cuestión que se plantea en el presente trabajo tiene una doble vertiente: por un lado, nos pone ante el caso de un médico, el doctor Vázquez, que no informa del delicado estado de salud en el que se encuentra la paciente, doña Carmen, en el momento en que acude a urgencias en un hospital público de A Coruña, a ningún familiar de la misma. Por otro lado, también lo hace sobre la forma que el facultativo tiene para demostrar que en todo momento informa a la paciente de la grave situación clínica en la que se encuentra.

Para responder a estas preguntas, he estructurado el apartado en diferentes epígrafes, con el objetivo de tratar cada uno de los temas relacionados por separado, y que así se pueda llegar a una comprensión más profunda del alcance de dichas cuestiones.

1. ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DEL ESTADO A LAS CCAA EN MATERIA DE SANIDAD

La Constitución Española, en su artículo 149, establece una serie de competencias que son ejercidas exclusivamente por el Estado. Como se especifica en este mismo artículo en el apartado tercero, toda aquella materia que no se haya atribuido de forma expresa al Estado podrá ser desarrollada por las Comunidades Autónomas, siempre y cuando lo recojan en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Es el caso de la sanidad, objeto de nuestro trabajo, con la única excepción de la sanidad exterior, que sí se cita expresamente en las competencias exclusivas estatales, que puede ser regulada y desarrollada de forma autónoma por cada autonomía.

Según J.S. Sanz Larruga¹, la transferencia por parte del Estado a las Comunidades Autónomas se ha realizado agrupándolas en tres conjuntos, que son por un lado, la transferencia a cada Comunidad Autónoma de las funciones propias del Estado en materia de higiene y sanidad pública; por otro lado, la transferencia a la CCAA de los centros de asistencia sanitaria ubicados en las regiones autonómicas, y que sean diferentes a los propios de la Seguridad Social; y, por último, la transferencia de los centros de asistencia médica propios de la Seguridad Social, que serán aquellos que se integrarán en el Instituto Nacional de Salud.

El Estatuto de Autonomía de Galicia, aprobado mediante la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, reconoce en su artículo 33 la competencia de la CA para desarrollar y ejecutar su propia legislación en materia de sanidad interior. Así mismo, el traspaso de las competencias del Estado a Galicia en este aspecto se realizaron teniendo como base legal para su regulación el Real Decreto 1679/1990, 28 diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

¹ J.S. Sanz Larruga. "Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en materia sanitaria", *Lecciones de Derecho Sanitario.*, 1999, p. 112.

2. DATOS DE CARÁCTER PERSONAL, TRATAMIENTO DE DATOS, HISTORIA CLÍNICA Y DATOS RELACIONADOS CON LA SALUD. DEFINICIÓN

A lo largo del presente trabajo voy a hacer referencia a los conceptos de datos de carácter personal, tratamiento de datos, datos médicos e historia clínica, por lo que considero relevante hacer primero una contextualización, delimitando el ámbito que comprende cada uno de ellos.

Según lo establecido por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal en su artículo 3 apartado a), dichos datos de carácter personal comprenden “*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*”.

La misma Ley Orgánica 15/1999, en su artículo 3 apartado c) define el tratamiento de datos como aquellas “*operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias*”.

Especial relevancia tiene delimitar, para lo que aplicaré la definición proporcionada por la Agencia Española de Protección de Datos, por considerarla la más apropiada, los datos de carácter personal relacionados con la salud, que son “*las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética*”.

Por último, la historia clínica, según la definición presente en el Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica, puede entenderse en su artículo 3 como “*el conjunto de documentos y registros informáticos que deberá contener de forma clara y concisa los datos, valoraciones e informaciones generados en cada uno de los procesos asistenciales a que se somete un o una paciente y en los que se recoge el estado de salud, la atención recibida y la evolución clínica de la persona*”.

En el mismo sentido, la Ley 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, define la historia clínica en su artículo 13 como un “*conjunto de documentos en los que se contienen los datos, las valoraciones y las informaciones de cualquier tipo sobre la situación y la evolución clínica de los pacientes a lo largo de su proceso asistencial, así como la identificación de los médicos y demás profesionales que intervinieron en éste*”.

A su vez, 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, define en su artículo 14 la historia clínica como el “*conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima*

integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro”.

3. ESPECIAL PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DATOS RELACIONADOS CON LA SALUD

La protección de todos los datos que guardan relación con informaciones médicas, relacionadas con tratamientos, diagnósticos o la propia historia clínica de un paciente goza en nuestro país de una especial protección jurídica. El ordenamiento jurídico español, mediante la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, considera en sus artículos 7 y 8 a los datos relativos a la salud como especialmente protegidos. Además, en su artículo 10 se reconoce el deber de secreto, que debe mantener cualquier profesional que en el ejercicio de su actividad trate con datos de carácter personal, con el objetivo de evitar que se pueda transmitir información de estas características que vulnere derechos fundamentales de los pacientes.

Entre los derechos fundamentales recogidos por nuestro ordenamiento jurídico, que son aquellos que gozan de una especial protección en la CE, el artículo 10 salvaguarda el derecho a la dignidad humana, y el artículo 18 comprende el derecho a la intimidad personal. Estos derechos han sido, a su vez, desarrollados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En la Ley 41/2002 también están específicamente tratados, aplicados todos ellos al ámbito médico y a la protección de la documentación clínica. Así, el artículo 2.1² reconoce la dignidad de la persona humana y el respeto a la autonomía de la voluntad y a su intimidad en temas relacionados con el ámbito sanitario. Como afirma A. Domínguez Luelmo³, la autonomía de la voluntad no se puede desligar del coexistente deber de informar que deben realizar los profesionales sanitarios, y el derecho a ser informado aplicable al propio paciente.

El derecho a la intimidad personal también tiene su consideración en la Ley 41/2002, velándose por la confidencialidad de sus datos sanitarios, sin que estos puedan ser consultados sin autorización realizada en virtud al cauce legal establecido, como también recoge A. Domínguez Luelmo⁴.

Por su parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, también reconoce el carácter confidencial de los datos relativos a la salud. Pese a que dicha ley sufre modificaciones y tiene numerosas disposiciones derogadas, el artículo 10.3, que reitera el derecho a la confidencialidad en todo lo referente a su estancia en instituciones sanitarias, bien sean éstas de carácter público o privado.

² Artículo cuya dicción literal he visto conveniente recoger, siendo la siguiente “*La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica*”.

³ A. Domínguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Lex Nova, 2008, p. 158.

⁴ A. Domínguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002...*, *op. cit.*, p. 270.

Este nivel de protección en lo referente a los datos de carácter médico hace necesaria una regulación específica en el marco legislativo europeo, para lo cual se ha creado 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. Esta directiva europea, como recoge en su preámbulo, pretende, entre otros aspectos, unificar el tratamiento de los datos de carácter personal, salvaguardando los derechos fundamentales de los ciudadanos de todos los Estados miembros de la Unión Europea del mismo modo.

Además, no quiero pasar por alto que el Código Penal, en su artículo 199, tipifica la revelación del secreto profesional, que en el caso de los datos relacionados con la salud tiene especial relevancia.

4. PACIENTE COMO TITULAR DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL INCAPACITADO Y DEL MENOR DE EDAD

El artículo 5.1 de la Ley 41/2002 sobre derechos del paciente, información y documentación clínica establece como titular del derecho a la información al paciente.

A. Domínguez Luelmo⁵ recoge la confusión que en nuestro sistema legislativo existía como consecuencia del ya derogado artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que reconocía el derecho a que se le diese información tanto al paciente como a familiares o allegados, sobre su proceso, incluyendo, entre otros, aspectos relacionados con el diagnóstico. Como este artículo se encuentra derogado, nos debemos referir al antedicho 5.1 de la Ley 41/2002, que únicamente recoge al propio paciente como destinatario de su propia documentación clínica.

A su vez, considero relevante relacionar este artículo 5.1 con el artículo 7 de la Ley 41/2002, que reconoce el derecho a que a toda persona se le respete el carácter confidencial de sus datos sanitarios, salvo que exista autorización legal pertinente.

De la misma Ley, el artículo 2.7⁶, en la misma línea de lo antedicho, reconoce la obligación por parte de las personas que trabajan con datos de esta índole a guardar la reserva debida, y el artículo 16.6⁷ asevera la misma idea de respeto de guardar silencio con respecto a los datos recogidos en la historia clínica.

Veo necesario destacar que la legislación establece unos casos excepcionales en los que, por cuestión de la situación en la que se encuentre el paciente, ya sea porque tenga algún tipo de incapacidad regulada por un juez, o bien porque el paciente sea un menor de edad, se pondrá en conocimiento de sus familiares o sus seres cercanos los datos referentes a su salud, como a continuación se detallará de forma más concreta.

⁵ A. Domínguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002...*, op. cit., p. 236.

⁶ Recoge el mencionado precepto que “la persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida”.

⁷ Dicha referencia cita que “el personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto”.

La propia Ley 41/2002, en su artículo 5, que recordemos que es el que definía al paciente como único titular del derecho a la información sanitaria, recoge una serie de excepciones. En el apartado segundo del mismo artículo especifica que si el paciente sufre algún grado de incapacidad, debe ser informado igualmente de su situación clínica, pero a mayores es obligatorio que su representante legal conozca estos mismos datos, siendo obligatorio que le sean comunicados a él también por el facultativo.

Por su parte, cuando el paciente sea incapaz de entender la información relativa a su estado de salud que se le debe comunicar, el apartado tercero del mismo artículo estipula que la misma se les debe proporcionar a sus familiares o a las personas que tengan con él una vinculación directa. Me parece importante destacar este aspecto, ya que es en el único caso que la propia ley amplía al titular del derecho a la información a un sujeto diferente al propio paciente.

A su vez, cuando el paciente sea un menor de edad, se nos plantea un caso en parte también determinado por la Ley 41/2002, concretamente en el artículo 9.3, que trata el consentimiento por representación, y que especifica en su apartado c) el consentimiento otorgado por los padres cuando el menor no sea capaz de comprender la intervención a realizarse, o cuando tenga la capacidad para tomar decisiones limitada legalmente, o a consideración del facultativo no pueda llegar a entender el fondo del asunto. Sobre este aspecto voy a tratar de profundizar con posterioridad, ya que lo considero un punto relevante, pese a no estar comprendido en el contexto propio del caso que se me plantea.

Exceptuando el caso anterior, y tomando como referencia lo dicho por J. L. Beltrán Aguirre⁸, el paciente tiene derecho a conocer su estado de salud en todo momento, salvo que renuncie a este derecho, y, como no hay ningún condicionante a nivel legal, paciente es tanto el mayor como el menor de edad. Recoge este mismo autor que determinadas normas autonómicas sí especifican la figura del menor de edad, caso que no sucede en Galicia, pero que considero importante destacar como ejemplo. Así, la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de Castilla y León, en su artículo 5.1, hace expresa alusión a los menores de edad.

Con respecto al menor como titular de la información de carácter médico, y ante la falta de regulación legal expresa, debemos basarnos en las diferentes interpretaciones de la norma. Por considerarla la más acertada, acojo la aportada por J. L. Beltrán Aguirre⁹, que interpreta que, al no indicar nada concreto la ley, debemos aplicar lo anteriormente expuesto referente al paciente entendido como mayor o menor de edad, entendiendo a los menores como aquellos con madurez suficiente para poder tener esta capacidad. Así, argumenta que, si estamos ante un menor maduro para prestar consentimiento válido a nivel legal, lo será también para tener el derecho exclusivo de acceso a su historial clínico, debiendo autorizarse a los padres para que puedan tener acceso también al mismo.

En cuanto a la legislación autonómica gallega, veo necesario hacer referencia a la Ley 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. En su artículo 19.1 se reconoce el derecho que tienen los pacientes a acceder a los datos que se recogen en su propia historia clínica, pudiendo incluso solicitar una copia de las informaciones presentes en la misma. No hace extensión este artículo a ningún otro sujeto que no sea el propio paciente, es más, en el artículo 19.5 de la Ley 3/2005 se recoge la obligatoriedad

⁸ J. L. Beltrán Aguirre, “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”, *Derecho y salud*, vol. 15, nº Extra 1, 2007, p.13.

⁹ J. L. Beltrán Aguirre L, “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud...”, *loc. cit.*, p. 17.

de justificar el acceso a dichas informaciones médicas por personas diferentes del paciente, ni siquiera pudiendo los propios profesionales del centro médico en cuestión acceder a ellas sin que sea para realizar algunas de las funciones profesionales que, específicamente, tiene encomendadas. El único supuesto en que esta Ley 3/2005 reconoce expresamente el acceso de los familiares a la historia clínica del paciente es, como recoge el artículo 19.6, tras su fallecimiento, y siempre que no haya oposición expresa en vida del paciente a que estos datos sean compartidos.

Este mismo acceso a la historia clínica se regula en la legislación estatal en la Ley 41/2002, concretamente, en el artículo 18, estableciendo para ello los mismos requisitos de acceso que posteriormente ha regulado la ya explicitada Ley 3/2005, en su artículo 19.5.

Además, la Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales, recoge en su artículo 6 la confidencialidad que todo paciente tiene derecho a obtener por parte de los profesionales que manipulen con sus datos de carácter médico. Esta misma ley, además de reconocer el derecho del paciente, a su vez recoge el deber del profesional de guardar silencio en torno a los datos relacionados con la salud, concretamente en el artículo 15.

Una vez que ya ha quedado definida la postura que la legislación nacional en general, y la propia de la Comunidad Autónoma gallega (en base a las competencias que le han sido atribuidas en materia de sanidad), puedo pasar a responder a la primera de las cuestiones que se me plantean en el presente caso. Considero que el Doctor Vázquez, en base a todo lo anteriormente expuesto, puede argumentar el hecho de no haber informado a los familiares de doña Carmen de la situación de gravedad en la que se encontraba la misma basándose en la consideración del paciente como único titular del derecho a la información de carácter sanitario recogido en el artículo 5.1 de la Ley 41/2002. Así mismo, veo importante destacar desde el primer momento que no estamos ante un menor de edad no emancipado, ni se nos indica nada que haga pensar que doña Carmen sufra algún tipo de incapacitación legal.

Como profesional sanitario, tiene la obligación de informar al paciente de su situación clínica, pero además tiene el deber de mantener el debido silencio en todo lo referente a los datos que maneja en el ejercicio de su actividad profesional, como recoge el artículo 16.6 de la misma ley. Además, en el propio Código de Deontología Médica, que deben cumplir todos los facultativos, se recoge en el artículo 30, el secreto profesional como norma general en todas sus actuaciones.

Bien es cierto que, con autorización del paciente, el facultativo puede informar a los familiares o a las personas que tengan con el mismo un especial vínculo de la situación clínica del mismo, pero siempre que el paciente lo consienta de forma expresa o tácita, tal y como especifica la Ley 41/2002 en el artículo 5.1. En este caso, el hecho de que doña Carmen ni tan siquiera informe a sus familiares al llegar a casa tras recibir el diagnóstico médico de qué es lo que le sucede, considero que aun fundamenta más la decisión del facultativo de guardar su deber de confidencialidad, ya que, no podemos olvidar, tal y como se ha destacado en apartados anteriores, que los datos relacionados con la salud tienen una protección especial en nuestro ordenamiento jurídico. En cuanto a este aspecto, puede ampararse el doctor Vázquez en la especial que en nuestro ordenamiento jurídico tienen estos datos de carácter personal, entre los que destaca por su amplia protección los sanitarios, tal y como así ampara la Ley Orgánica 15/1999.

Así mismo, debe cumplir también el doctor Vázquez con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 5/2015, mediante la que debe salvaguardar el derecho del paciente a la confidencialidad de sus datos de carácter personal, y la misma ley reconoce además del derecho por parte del paciente, el deber del profesional, en este caso del doctor Vázquez, de guardar silencio en lo referente a los datos médicos con los que trabaja.

Por último, como ya he expuesto con anterioridad, considero que el doctor puede argumentar su salvaguarda de los datos de carácter personal de la paciente exponiendo que la revelación del secreto profesional que debe guardar está tipificada en nuestro Código Penal, concretamente en el artículo 199.

5. INFORMACIÓN PREVIA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO. DEFINICIÓN, REGULACIÓN Y RENUNCIA.

La Ley 3/2005, de 7 de marzo es la encargada de adaptar la Ley autonómica 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, a lo dispuesto en la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En dicha Ley 3/2005 se cambia la definición para el término consentimiento informado, que en su artículo 3.1 se entiende como “*el prestado libre y voluntariamente por el afectado para toda actuación en el ámbito de su salud y una vez que, recibida la información adecuada, hubiera valorado las opciones propias del caso*”. Este mismo precepto establece como norma general para conferir el consentimiento informado el otorgamiento de forma oral, siendo obligatorio que se acepte por escrito en aquellos supuestos en los que la actuación médica que se va a llevar a cabo pueda provocar efectos negativos sobre la salud del paciente.

Se entiende el consentimiento informado en el artículo 3.2 de la misma Ley como un derecho del paciente y, a su vez, un deber por parte del médico que se encarga de su tratamiento.

Así mismo, también haciendo referencia al consentimiento informado, según lo expuesto por J.L. Requero Ibáñez¹⁰, el reconocimiento de dicho derecho basa su esencia en el propio enfermo, para que tras haber obtenido todos los datos referentes a su estado de salud necesarios para poder ejercer las opciones de las que dispone, de forma voluntaria y libre decida la opción que considera más adecuada para él mismo, en base a sus ideas o, simplemente, a su voluntad. Me parece importante destacar lo que afirma este mismo autor, ya que creo que es una buena forma de comprender el alcance de este derecho y su relación con las responsabilidades que pueden surgir, como así va a suceder en el caso que se me plantea. Para este autor “*que haya consentimiento informado no supone que el paciente tenga que soportar cualquier riesgo*”¹¹.

¹⁰ J.L. Requero Ibáñez, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones”, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, Cuadernos de Derecho Judicial*, nº1, 2002, p. 329.

¹¹ Cf. J.L. Requero Ibáñez, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de...”, *loc. cit.*, p. 330.

Veo necesario hacer alusión en este aspecto a la Sentencia del TS, de su sala 3ª, con fecha 19 de octubre del 2000, en la que habla del riesgo que existe en el desarrollo de cualquier avance médico. En esta sentencia se establece que, por no conocerse siquiera del todo los riesgos que una terapia reciente puede conllevar, no hay necesidad de que sean incluidos todos ellos en el consentimiento informado. Esto no deja de tener sentido, ya que si no se sabe hasta qué punto puede llegar una determinada terapia, por ser reciente o porque las características de los pacientes a los que se ha aplicado no son iguales (ya que nunca hay dos pacientes iguales) a los del paciente actual, siempre quedará un riesgo de que en ese caso el cuerpo reaccione de modo diferente, sin poder preverlo y especificarlo, no por no querer darle toda la información, sino porque no es posible conocerla. En este caso, es lógico que existan supuestos que no aparezcan recogidos en el consentimiento prestado.

Por su parte, P. Rodríguez López¹² considera el consentimiento informado como una causa de exclusión de la culpabilidad en el desarrollo de cualquier actuación médica. Entiende además este autor el concepto como “*aquel proceso que surge en la relación médico-paciente, por el cual este último expresa su voluntad y ejerce por tanto su libertad al aceptar someterse o rechazar un plan, diagnóstico terapéutico, de investigación, etc., propuesto por el médico para actuar sobre su persona, y todo ello tras haber recibido información suficiente sobre la naturaleza del acto o actos médicos, sus beneficios y riesgos y las alternativas que existan a la propuesta*”.

Según D. Bello Janeiro¹³, en relación a la actividad probatoria de que se ha proporcionado al paciente el necesario consentimiento previo, pero obtenido en base a la información adecuada que este debe conocer para tomar una decisión fundamentada sobre las acciones médicas que se le pueden practicar, afirma que es el propio profesional médico el que debe probar que ha obtenido dicho consentimiento del paciente. Acerca de esto, destaca sentencias del Tribunal Supremo como pueden ser la del 31 de julio de 1996, o la del 29 de septiembre de 2005.

Todo lo anteriormente explicitado en relación al consentimiento informado hace referencia a adultos que disponen de plena capacidad jurídica. Sin embargo, podemos plantearnos qué sucede con el consentimiento informado cuando estamos ante un menor de edad. Según J.C. Galán Cortés¹⁴, debe realizarse una diferenciación entre los menores de edad que gozan de la madurez necesaria para tomar sus propias decisiones (tal y como sucedía en el caso de los pacientes como titulares de la información sanitaria o médica, anteriormente tratado en este trabajo), y aquellos que todavía no poseen esta madurez necesaria para poder tomar sus propias decisiones en materia médica.

Cuando no disponen de dicha madurez, la solución a efectos legales es fácil, y simplemente se deriva este consentimiento a sus padres o representantes legales, que serán los que firmen el documento necesario para realizarse la intervención médica. En el caso de los menores con capacidad para decidir y entender el alcance de los actos que deben consentir en el documento informado (entendida esta capacidad legal según lo estipulado por ley), será el menor de edad el que consienta, tal y como recoge el antedicho autor. Se fundamenta en lo dispuesto en el CC, concretamente en su artículo 162.1, artículo que reconoce como excepción a la representación de los padres sobre el hijo aquellos casos en los que, ya contando el menor con madurez suficiente, pueda ejercer él

¹² Cf. P. Rodríguez López, “Responsabilidad médica y hospitalaria”, Barcelona, Bosch, 2004, p. 114.

¹³ D. Bello Janeiro. *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Madrid, Asisa, 2009, p. 76.

¹⁴ J.C. Galán Cortés. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Civitas, 2001, p. 78.

solo determinados derechos derivados de su personalidad jurídica. Además, se descarta por parte de la doctrina la mayoría de edad como requisito necesario para decidir y consentir.

Además, L. Díez-Picazo¹⁵, reitera la necesaria actuación en materia de consentimiento informado por parte del menor, cuando así esté capacitado en base a la madurez que se requiere para ello. No hay además ningún requisito legal adicional en el caso de que la intervención a realizar entrañe una mayor complicación o unos riesgos mayores para el menor, y se acude al criterio anteriormente explicitado de la madurez del menor para decidir quién firma el consentimiento informado, y no por ser más o menos leve la actuación médica a realizar se refuerzan dichos requisitos.

Ya con respecto a la información previa, en la misma Ley 3/2005, concretamente en su artículo 9, se considera a los profesionales sanitarios que atiendan al paciente responsables de garantizarle su derecho a la información. Así mismo, la anteriormente citada Ley 41/2002, establece en su artículo 4 el derecho de todo paciente a conocer cualquier información relacionada con su salud, debiendo el médico garantizar el cumplimiento de este derecho a recibirla, siempre haciéndolo de forma comprensible y clara. Además, en su artículo 8 hace obligatorio prestar el consentimiento otorgado por parte del paciente para que se realicen actividades de carácter clínico, siempre tras haber recibido la información previa. Puede prestarse el consentimiento de forma oral, salvo en casos en los que medie intervención quirúrgica o existe un riesgo para el sujeto; entonces, y tan sólo en esos supuestos, deberá realizarse por escrito. Es conveniente explicitar, así mismo, que excepcionalmente podrá actuar el profesional médico sin existir dicho consentimiento si existe un riesgo para el paciente o para uno o varios terceros.

Considero importante destacar, a su vez, en relación a la Ley 3/2005, el derecho que se le reconoce al paciente a tomar una decisión con respecto a si quiere o no recibir el tratamiento médico prescrito por el médico, como se refleja en el artículo 3.3, así como la posibilidad de renunciar que tiene el paciente a recibir información, que sigue las pautas establecidas en la Ley 41/2002, y que se encuentra con unos límites fijados en el artículo 11.1 de la misma Ley, impidiéndose que se lleve a cabo cuando implique un perjuicio tanto para su propia salud, como para la de cualquier otro sujeto. Pese a esta excepción, puede el paciente por escrito renunciar a recibir dicha información, amparando la Ley la obligación de los facultativos de respetar este deseo.

Esta falta de voluntad para conocer el estado de salud del propio paciente no exime a los facultativos de recibir el consentimiento informado necesario para llevar a cabo una intervención quirúrgica, e incluso cuando existan riesgos reales tanto para la salud del propio paciente como para cualquier otro sujeto podrán los facultativos realizar las intervenciones que estimen necesarias, sin que medie su consentimiento, tal y como detalla el artículo 11.2 de la Ley 3/2005.

Se trata en este apartado el concepto de información previa, y he considerado relevante explicitar qué considera la jurisprudencia como dicha información, y qué debe incluir para considerarse válidamente prestada. Según I. Sancho Gargallo¹⁶, es necesario proporcionar al paciente el diagnóstico de la enfermedad que sufre, el pronóstico que se estima que se va a producir al aplicarse el tratamiento recomendado, incluyendo los

¹⁵ L. Díez-Picazo y A. Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, Volumen I., 5ª Edición, 1987, p. 249.

¹⁶ I. Sancho Gargallo, "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado" *InDret*, nº 209, 2004, p. 9.

riesgos que conlleva, así como las alternativas que se puedan plantear para lograr un mejor resultado, si se considerase por parte del facultativo que en otro centro médico se le podrían proporcionar unas atenciones más adecuadas.

Pese a que en un primer momento hemos destacado la legislación propia de la Comunidad Autónoma gallega, por ser el lugar en el que sucede el caso que se me plantea, veo necesario hacer un breve apunte a otras legislaciones autonómicas, que, en el mismo sentido, reconocen el derecho al consentimiento informado. La Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia, que, de forma muy similar a lo estipulado en la legislación gallega, en su artículo 42 reitera el derecho del paciente a emitir su consentimiento, de forma libre y voluntaria, a cualquier actuación médica que se le deba practicar, siempre tras haber recibido la necesaria información previa. De dicha información previa, el artículo 43 hace necesario que se proporcione con suficiente antelación al paciente, de forma que pueda decidir con conocimiento de causa, siempre que esto sea posible.

A su vez, en la Comunidad Foral de Navarra se regula este aspecto mediante la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, que en su artículo 49 recoge la obligación legal de que toda persona que vaya a ser intervenida en un procedimiento médico preste con anterioridad su consentimiento libre, pero siempre habiendo sido informada con carácter previo sobre dicha intervención. Especifica este mismo artículo los supuestos en los que existe obligación legal de prestar el consentimiento de forma escrita, y son los mismos casos que se recogen en la ley de carácter nacional. Sí que detalla el artículo que la información por norma general se proporcionará de forma oral, lo que en la norma de carácter estatal no se explicita, y, además, veo conveniente resaltar que establece que la información previa ha de proporcionarse con la suficiente antelación para que el paciente tenga su tiempo a meditar y decidir la opción que estime oportuna.

Con respecto a la información previa, son numerosas las sentencias de la jurisprudencia en el sistema judicial español, fundamentalmente las falladas por el Tribunal Supremo, en las que se condena a facultativos o profesionales del sector médico por vulnerar el derecho del paciente a recibir información previa sobre las consecuencias que las acciones que se deben realizar como consecuencia de su estado de salud le pueden reportar. Entre ellas, se puede citar la STS de 17 de noviembre de 2005.

En numerosos supuestos, la jurisprudencia aprecia la información de forma oral proporcionada al paciente como la más importante para ser entendida por el paciente. Son numerosas las sentencias en las que se reconoce la importancia de la información proporcionada al paciente, y en las que se afirma que, pese a ser importante entregar determinados documentos o informaciones por escrito (sin hablar de la obtención del consentimiento informado, que ya se ha destacado que sí debe ser de forma escrita), lo es más todavía proporcionarle la información de forma oral, clara, comprensible y cercana a la terminología empleada por una persona no especializada en términos sanitarios. Entre ellas, destacan las que D. Bello Janeiro¹⁷ recoge, como la STS de 2 de noviembre del 2000, o la de 10 de febrero de 2004 (recurso 768/1998), en las que se obliga a dejar constancia en la historia clínica de la información que se proporciona al paciente.

En el supuesto que se me plantea, la paciente, doña Carmen, no llega a firmar el consentimiento informado para realizar la intervención quirúrgica, ni tampoco se le

¹⁷ D. Bello Janeiro. *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad...*, op. cit., p. 78.

practica con posterioridad, en el momento en que ya no puede decidir por sí misma. Sin embargo, he considerado relevante recoger en un breve paréntesis lo que hubiese sucedido en el caso de que la intervención se pretendiese realizar cuando ella ya no pudiese consentirla por carecer de sentido o de las facultades necesarias para poder hacerlo. En este caso, y según J.C. Galán Cortés¹⁸, puede en el caso de requerirse la realización de dicha actuación médica con carácter urgente, actuar el propio facultativo sin ninguna autorización, siempre que, reitero, el estado de necesidad así lo haga necesario. Sin embargo, al margen de esta excepción, lo habitual es localizar a algún familiar del paciente para que presten la necesaria autorización.

Complementando todo lo anteriormente expuesto, la legislación reconoce el derecho del paciente a decidir no ser informado sobre su situación clínica, también denominado derecho a la no información. Tal y como recoge J.C. Galán Cortés¹⁹, y teniendo que ser esta renuncia “clara e inequívoca”, no es un derecho absoluto, sino que por razones de interés del propio paciente o de terceros (como ya se ha indicado con anterioridad en el presente trabajo), puede no ser aceptado por los facultativos que le prestan los pertinentes cuidados médicos.

Por todo ello, según M. E. González Hernández y M. Castellano Arroyo²⁰, es fundamental que el consentimiento informado se preste de forma correcta, para que así el paciente pueda “*conocer la naturaleza de la actuación médica, sus riesgos y beneficios esperados, personalizado a las circunstancias del paciente y aclarándose sus dudas, para que sienta confianza y seguridad en el equipo médico y la asistencia que recibe*”.

6. PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO

En el caso en cuestión se nos plantea en qué forma puede argumentar el doctor Vázquez que informó de la gravedad de su situación a doña Carmen.

Tal y como recoge J. M. Fernández Hierro²¹, a la hora de probar que se ha proporcionado el válido consentimiento del paciente, surgen en numerosas ocasiones dificultades, ya que no es habitual que éste se recoja por escrito, salvo en determinados casos que a continuación se destacarán. Recoge el autor este problema no sólo en nuestro ordenamiento jurídico, sino en otros, como es el caso del derecho francés. En este, el Tribunal de Casación ha recogido la obligación del paciente de llevar la carga de la prueba en el caso de alegar que no ha prestado consentimiento para determinada actuación médica. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico la cuestión no está tan clara, y el autor explicita diferentes posturas doctrinales, entre las que destaca la recomendación, a mi entender acertada, de que todo facultativo recoja por escrito cualquier acto de información proporcionado al paciente, para evitar ulteriores reclamaciones que puedan surgir en el caso de que el devenir de los acontecimientos no sea el más favorable para el paciente.

¹⁸ J.C. Galán Cortés. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, op. cit., p. 104.

¹⁹ J.C. Galán Cortés. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, op. cit., p. 192.

²⁰ M. E. González Hernández y M. Castellano Arroyo, “El consentimiento en las actuaciones médicas en las Comunidades Autónomas españolas: regulación actual”, *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 38, 2012, p. 105.

²¹ J. M. Fernández Hierro. *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, Comares, 2007, p. 151.

Además, y en relación a lo anteriormente expuesto, veo necesario citar lo dispuesto en las STS de fecha 2 de octubre de 1997, y de 3 de octubre del 2000, en las que, en relación al consentimiento informado, se hace alusión a que la existencia del mismo no implica la ausencia de responsabilidad de profesional médico en caso de que actúe de forma contraria a la que exige su profesión.

Así mismo, es necesario citar lo dispuesto por la jurisprudencia del TS, concretamente en la sentencia de fecha 3 de octubre de 1997, en la que se recoge que la inexistencia de consentimiento informado implica una necesaria apreciación de un funcionamiento anormal del sistema de salud público.

Sentencias del Tribunal Supremo, como la de 3 de octubre del 2000, recogen que no es necesario ni imprescindible obtener el consentimiento del paciente por escrito, permitiendo que se pruebe que se ha logrado del paciente mediante cualquier otro medio de prueba que no sea exclusivamente el documental.

Pese a todo esto, veo necesario destacar en un primer momento que, para nuestro sistema jurídico, según la postura doctrinal mayoritaria, tiene el facultativo la obligación de probar que ha obtenido el consentimiento del paciente tras haber sido informado sobre el alcance de los actos que se van a realizar para tratar de mejorar su situación clínica.

Considero que no se puede cuestionar la forma en que el doctor proporciona en este caso la información previa sobre su estado de salud a doña Carmen, y veo relevante destacar que no hay ninguna obligación de proporcionarla por escrito, salvo en el caso de la realización de una operación quirúrgica (que, en este caso, sí que sería la embolización, para la que antes de su realización considero que doña Carmen debería mostrar su consentimiento por escrito). Como en este caso dicha intervención no se llega a realizar, ya que la paciente fallece antes de que sea emplazada para llevarla a cabo, creo que la información proporcionada de forma oral por el facultativo es suficiente, partiendo de la suposición, con respecto a la que no se me indica nada en contra en el enunciado del caso, que le ha sido proporcionada de forma clara y comprensible, tal y como establece la Ley 41/2002 en su artículo 8.

No se nos dice nada al respecto en el enunciado del supuesto, pero podría ser que el doctor Vázquez hubiese recogido por escrito en la historia clínica de doña Carmen la situación de salud en la que se encuentra, y el hecho de haber informado a la paciente del mismo, como así exigen determinadas sentencias anteriormente citadas, en las que sitúan la forma oral de proporcionar la información relacionada con su estado al paciente como la más importante y, por así decirlo, válida.

Así mismo, creo que otro de los argumentos que puede esgrimir el doctor Vázquez es que solicita el examen o diagnóstico de la paciente por parte de otros dos médicos especialistas. No se nos indica nada en el supuesto acerca de si el diagnóstico se lo proporciona el doctor Vázquez exclusivamente, o si por el contrario se le comunica a doña Carmen con respecto de su estado de salud en el momento en el que están presentes los tres médicos. Además, podría ser otra forma de demostrar que la paciente conocía la gravedad de su estado el hecho de que con las listas de espera (que, de forma habitual, son elevadas en numerosas especialidades), a la paciente la examinan tres facultativos en el mismo día en el que ingresa por urgencias. Esto también puede ser una muestra de que no se le oculta a la paciente en ningún momento su gravedad.

Pese a esto, reitero que sería necesario que doña Carmen firmase su consentimiento informado antes de que se le realizase la embolización, pero que esto queda al margen de lo que se nos cuestiona.

7. HISTORIA CLÍNICA: REGULACIÓN Y CONTENIDO

La Ley 41/2002, en su capítulo V, concretamente en el artículo 14, recoge la obligatoriedad de conservación de la historia clínica. A su vez, en el artículo 15 recoge el derecho de todo paciente a que sus datos médicos se recojan por escrito, y una serie de aspectos mínimos que en todo documento de este tipo deben estar presentes. Con respecto al fin de la misma, el artículo 15 de la misma ley estipula que está destinado a garantizar una atención adecuada de cada paciente, ya que en la misma se recogen enfermedades anteriores, que pueden, por ejemplo, dar un preaviso sobre posibles complicaciones que puedan producirse en el momento habitual.

Veo necesario apuntar que, en el ámbito sanitario propio de la Comunidad Autónoma de Galicia, la Ley 3/2005 establece unos datos mínimos que deben estar presentes en toda historia clínica, que se recogen en el artículo 16, y, a su vez, obliga a que sea relacionada por profesionales, quedando constancia de forma escrita de quiénes la han realizado, tal y como se reconoce en el artículo 17. El acceso a los datos contenidos en la misma ya ha sido especificado en el apartado del paciente como titular del derecho a la información.

Para tener un conocimiento más amplio sobre la legislación en lo referente a la historia clínica, haré un breve apunte sobre la Ley 16/2010, de 3 de junio, de modificación de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, que es la norma que regula este supuesto en Cataluña. En su artículo 12 recoge los aspectos relativos a la necesaria conservación de la historia clínica del paciente, durante un período de tiempo que fija en cinco años, aspecto sobre el cual la norma gallega no especifica nada.

El acceso a la historia clínica ya se ha especificado en el apartado del paciente como titular del derecho a la información, tanto en el caso de la legislación nacional, como en el supuesto concreto de la Comunidad Autónoma de Galicia.

8. DERECHO DEL PACIENTE A RECHAZAR EL TRATAMIENTO

Pese a no ser uno de los aspectos que se tratan en el presente caso, he considerado que por tratar sobre los derechos que los particulares tienen en cuanto a su relación con la Administración Pública en el marco de la prestación de cualquier asistencia sanitaria pública, realizaré una breve mención al derecho del paciente a rechazar el tratamiento que los facultativos pretenden proporcionarle. Este tema ya se ha introducido en el apartado referente al consentimiento informado, pero he visto adecuado destacarlo en un epígrafe separado. Fundamentalmente, la regulación legal en este aspecto se encuentra en las ya mencionadas Ley 3/2005, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, y la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Ley 3/2005 reconoce de forma expresa el derecho que se le reconoce al paciente a decidir con respecto a si quiere o no recibir el tratamiento médico prescrito por el médico, concretamente en el artículo 3.3.

Por su parte, la propia normativa reguladora de los deberes de todo profesional médico, es decir, el Código Deontológico, salvaguarda en el artículo 12.1 la posibilidad de que el paciente decida sobre si quiere que el médico realice determinados cuidados que estima necesarios para su salud, o si prefiere que no se le dispensen, atribuyendo al médico el deber de informar de las repercusiones de cada una de las opciones, pero respetando la libertad de dicho paciente.

En la Ley 41/2002 también se reconoce, concretamente en el artículo 2.4, en el que reconoce que existen una serie de excepciones tasadas por ley en las que no será válida la negativa a recibir un tratamiento médico, y estipula como requisito necesario, lo cual veo importante destacar, la necesidad de determinar dicha negativa por escrito, no bastando la mera forma oral para que el facultativo se vea obligado a no dispensar el tratamiento médico. Sobre las situaciones en las que no es válida la negativa a recibir el tratamiento pertinente, coinciden con las que ya se han mencionado con anterioridad a la hora de decidir no recibir información relacionada con el estado de salud. Estas situaciones están en el artículo 9 de la 41/2002, y recordemos que pasaban por aquellas situaciones en las que supone la decisión del paciente un riesgo ya no solo para su propia salud, sino para la salud pública.

Esta Ley 41/2002, que es bastante extensa en cuanto a la regulación sobre la negativa a recibir un tratamiento médico, también estipula que, de negarse a ser tratado por los médicos un paciente, deberá firmar el documento de alta voluntaria, pudiéndose incluso llegar a proporcionarle el alta forzosa en caso de negativa a la firma del pertinente documento de alta (artículo 21).

Para concluir este apartado he considerado adecuado citar lo expuesto por J. García Amez²², que diferencia (al igual que sucedía en el caso del consentimiento informado) entre adultos capaces, por un lado, y menores de edad e incapacitados, por otro lado, a la hora de poder rechazar un tratamiento médico. Con respecto a los adultos capaces, el criterio que se aplica es el que se ha detallado a lo largo del presente apartado, pero he considerado importante destacar que la jurisprudencia entiende esta posibilidad de rechazar el tratamiento como un “*ejercicio por parte del paciente de su derecho a la autonomía de la voluntad, la libertad religiosa e ideológica*”. Con respecto a los menores de edad e incapacitados, también al hilo del respeto de la libertad religiosa e ideológica, numerosas sentencias (fundamentalmente relacionadas con testigos de Jehová, como puede ser la STC 154/2002, de 18 de julio), se recoge que serán los padres o tutores legales los responsables de autorizar o rechazar el tratamiento, pero que si el menor de edad tiene una ideología o unas creencias religiosas determinadas, estos representantes deben cooperar para que se respeten las mismas, aún en situaciones en las que, por ejemplo se rechace una transfusión sanguínea. Serán los facultativos los que, de no estar de acuerdo con la decisión tomada por los representantes del menor o incapaz, podrán solicitar una resolución judicial que se pronuncie sobre el supuesto concreto.

²² J. García Amez, “Rechazo al tratamiento y riesgos para la vida del paciente”, *Derecho y salud*, vol. 21, nº 1, 2011, pp. 87-90.

III. DEMANDA DE UN PARTICULAR ANTE EL RESULTADO INSATISFACTORIO DE LA ATENCIÓN MÉDICA QUE SE LE PROPORCIONA.

Qué puede hacer un particular cuando considera que él mismo o una persona cercana sobre la que tenga algún vínculo que le permita ser parte interesada por su especial cercanía con la misma, no ha sido atendido en la forma en que debería por los profesionales miembros del sistema público de salud, y como resultado de esto ha sufrido un daño que considera que no debe soportar, es otra de las cuestiones que tiene como objetivo dar respuesta este caso.

Los siguientes apartados hacen referencia a dicha cuestión para tratar de solucionarle a María, hija de doña Carmen, sus dudas a la hora de presentar una demanda por la muerte de su madre ante lo que considera una deficiente atención a la misma.

1. NEGLIGENCIA MÉDICA Y MALA PRAXIS. DEFINICIÓN, REGULACIÓN Y CONTENIDO

Cuando hablamos de negligencia médica nos encontramos ante un caso en el que un facultativo realiza su trabajo de forma inadecuada, causando algún daño en el paciente. En los casos en los que el paciente, o sus personas cercanas, cuando él ya no puede reclamar la indemnización procedente en el caso de una actuación errónea o inadecuada por parte de los servicios sanitarios, se suele emplear el término de mala praxis.

La mala praxis hace referencia, por tanto, a aquella responsabilidad que surge en los casos en que los servicios sanitarios actúan de manera negligente.

Veo necesario destacar que la CE atribuye en su artículo 106.2 el derecho de todo particular a reclamar una indemnización cuando el funcionamiento de los servicios públicos, les cause una lesión en sus bienes o derechos. Considero importante destacar este aspecto, ya que la regulación específica en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública recoge en diversos preceptos este derecho, pero, además, hacen alusión al funcionamiento, tanto normal como anormal, de los servicios públicos, aspecto que en la CE no se recoge.

2. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ESPECIAL MENCIÓN A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA. LEX ARTIS

Cuando hablamos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños ocasionados a personas relacionados con el funcionamiento de los servicios públicos de salud, nos estamos refiriendo a la responsabilidad patrimonial sanitaria.

A la hora de definir el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública he decidido tomar como referencia los criterios recogidos por la jurisprudencia

del Tribunal Supremo, como por ejemplo lo establecido en este respecto en las sentencias de 7 de noviembre de 2011, de 29 de junio de 2010, o en la de 15 de enero de 2008 que, interpretando el artículo 139 de la Ley 30/1992, en la actualidad derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, considera que los requisitos indispensables para que exista dicha responsabilidad patrimonial por parte de la Administración son tres, de los que el primero de ellos hace necesario que el particular “sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga la obligación de soportar”; la segunda de ellas, que la lesión que sufra sea “efectiva, real y se pueda valorar económicamente”; y la tercera de ellas, que el daño que reclame se pueda imputar a la Administración Pública, y a su vez, sea consecuencia de un funcionamiento tanto normal como anormal de sus servicios. Otra sentencia anterior en el tiempo, pero que también hace referencia a estos requisitos para que se reconozca la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1998. Así mismo, veo conveniente destacar en el mismo aspecto la de 25 de junio de 1982; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de mayo de 2015; o la del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en su Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 6 de abril de 2016.

He considerado relevante recoger la regulación precedente a la actual, es decir, la Ley 30/1992, que ha estado en vigor hasta el 2 de octubre de 2016, y ha pasado a ser sustituida por la Ley 39/2015, ya que, pese a que la jurisprudencia hace referencia a la ley anterior, el caso que se me plantea, y ya que no hace alusión alguna a fechas en las que suceden los hechos, considero que ya se debe regir por la legislación actual.

Con respecto a esta nueva ley, en su artículo 139 se recoge el derecho de los particulares a ser indemnizados por un uso inadecuado de los servicios públicos, y que, manteniendo la postura anteriormente apreciada en jurisprudencia del TS, puede ser obtenida dicha indemnización como consecuencia de un funcionamiento tanto normal como anormal de los servicios públicos, excluidos en todo momento los casos derivados de la existencia de fuerza mayor. Exige este mismo artículo como requisito para que la acción de responsabilidad prospere la existencia de un daño “efectivo, evaluable económicamente, e individualizado”.

Por su parte, también es relevante lo recogido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que en su artículo 32 apartado primero recoge el derecho a obtener los particulares indemnización por parte de cualquier administración Pública tras sufrir una lesión en sus bienes o derechos, como consecuencia, al igual que se recoge en la Ley 39/2015, de un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, a excepción de aquellos casos en los que se produzcan situaciones de fuerza mayor, y con los mismos requisitos de efectividad, cuantificación económica e individualización del daño objeto del conflicto. Además, su artículo 34 recoge el derecho a indemnización como consecuencia de dicha lesión, con los mismos requisitos explicitados en la Ley 39/2015.

Veo necesario destacar que, según establece la misma Ley 39/2015 en su artículo 141, no todos los supuestos pueden ser objeto de obtener una indemnización para compensar los daños sufridos, sino que sólo lo serán aquellos que el particular no tenga obligación jurídica de soportar. En este aspecto entra en juego lo que se considera el estado actual de la ciencia o técnica, aplicada al momento en el que se sufre el daño. Si en ese momento

no hay forma posible de preverlo o evitarlo, no habrá lugar a la indemnización correspondiente.

Esto se relaciona directamente con el concepto de *lex artis* o *lex artis ad hoc*, al que el TS hace referencia en numerosas sentencias, como es el caso de la que es de fecha 10 de julio de 2007, la de 30 de octubre de 2007, o la dictada por la Sala de lo Civil el 11 de marzo de 1991, en las que se afirma que la mera existencia de una lesión en el paciente no basta para demostrar la responsabilidad de la Administración Pública, sino que en los casos en los que hablamos de responsabilidad derivada de la actuación de la Administración en el ámbito médico o sanitario, es necesario aludir a la *lex artis* para determinar cuál hubiese sido la “actuación médica correcta”. Dejando al margen el resultado al que llegue el estado de salud del paciente, lo que se debe valorar es si el estado actual de conocimientos médicos es suficiente para haberle garantizado un resultado diferente al ocurrido. De no ser así, la propia necesidad de emplear el criterio de la *lex artis* imposibilitaría la validez de la reclamación contra la Administración, ya que vulnerar dicha *lex artis* provocaría al paciente una lesión que no tiene por qué soportar (requisito del artículo 141 de la Ley 39/2015).

Así mismo, J. Guerrero Zaplana²³ define la *lex artis* como el criterio fundamental para determinar si existe o no responsabilidad patrimonial por parte de la Administración Pública en casos en los que medien relaciones entre profesionales médicos y la sociedad, y se entiende este concepto de *lex artis* como el “criterio de normalidad en la prestación asistencial sanitaria”.

La jurisprudencia, en relación a lo anteriormente dispuesto, afirma en sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 786/2010 de 21 julio, la STS de 29 de octubre de 2004, la STS de la Sala de lo Civil de fecha 23 de septiembre de 2004, o la STS de 26 marzo de 2004, de la Sala de lo Civil, concretamente de su Sección 1ª, con número 267/2004, que en lo relativo a la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, de la *lex artis* se debe extraer la obligación del profesional sanitario como una obligación “de medios, y no de resultados”, es decir, que deben dichos profesionales prestar la debida asistencia médica al paciente, pero no garantizarle la curación. Sobre dicha obligación únicamente de medios de los profesionales médicos también se puede hacer alusión a las sentencias del Tribunal Supremo, concretamente la STS de la Sala de lo Civil de 16 de enero de 2008, la de 20 de febrero de 1992, o la de 15 de octubre de 1996.

Para mi entender, de todo lo anteriormente expuesto creo que se pueden condensar los requisitos necesarios para que un tribunal aprecie la concurrencia de la responsabilidad patrimonial sanitaria en dos: que exista un nexo causal entre el daño por el que se reclama y la producción del mismo debido a una conducta negligente o inadecuada por parte de los servicios de salud; y la existencia de *lex artis* en esta conducta. Si alguno de los dos no se cumple, considero que no va a ser apreciada la reclamación.

Así mismo, según lo extraído de la jurisprudencia del TS, como puede ser la STS de 9 de octubre de 2012 (recurso 40/2012), no puede pretenderse que la Administración Pública sea una aseguradora universal, en el sentido de que no está obligada jurídicamente a lograr

²³ Cf. J. Guerrero Zaplana, “Las peculiaridades de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria: el criterio de la *lex artis*”. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, 2002. Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, p. 60.

curar todas las dolencias, sino simplemente a, aplicando todos los medios disponibles, asistir al paciente de la mejor manera posible.

Con respecto a esto, M.C. Gómez Rivero²⁴ afirma que un paciente nunca puede esperar ni exigir del médico la garantía de que su dolencia se cure, sino que lo que puede esperar e incluso exigir es que apliquen todos los conocimientos o técnicas que tenga a su disposición el facultativo para tratar de lograr su curación, y que realice además los mismo de forma cuidadosa.

En lo referente al estado de la ciencia, que va a ser uno de los argumentos esgrimidos en mi justificación para el supuesto que se me plantea, veo necesario hacer alusión a lo dispuesto por P. Rodríguez López²⁵, que recoge que en nuestro país el ordenamiento jurídico, concretamente la Constitución, nos reconoce el derecho a la protección de la salud, pero no a que todos los últimos avances que existen se nos apliquen. Así mismo, recalca la idea de que no existe un comportamiento antijurídico que se pueda condenar en aquellos casos en los que no se han conseguido desarrollar avances médicos que podrían solventar la situación en la que se encuentra el paciente, lo que elimina la obligación del Estado, como responsable del sistema público de salud, deba responder en cualquier situación en la que no se obtiene el resultado deseado en el paciente, idea que se relaciona con lo anteriormente expuesto negando la obligación de la Administración Pública de actuar como aseguradora universal.

Digno de destacar también en relación con el estado de la ciencia, es la STS de la Sala de lo Civil de 10 de junio de 2008, que reitera que la obligación de los profesionales médicos se basa en prestar al paciente todos los cuidados o atenciones de los que disponga, aplicándole los avances médicos que se hallen a su alcance, y no la de garantizar que el paciente va a curarse de la dolencia que presenta.

En el presente caso, se me pregunta acerca de que María, una de las hijas de doña Carmen, solicita asesoramiento legal, ya que considera que su madre ha sido víctima de una negligencia médica. En lo relativo a este aspecto, lo primero que quiero destacar es que, pese a que anteriormente en casos como este se interponía una demanda contra el médico que atendió a la paciente, en la actualidad, la demanda se interpone contra el Sergas, en este caso (ya que los hechos suceden en un hospital situado en A Coruña, el CHUAC, y que, a su vez, forma parte del servicio de salud público de la Comunidad Autónoma de Galicia, es decir, que, por tanto, pertenece al Sergas).

Dicho esto, en la actualidad en un caso como este se interpondría la demanda contra la Administración Pública, solicitando la responsabilidad patrimonial que anteriormente he definido, así como teniendo que cumplirse las características que se han enumerado para que sean apreciadas por el tribunal competente. Creo que, en este caso, se puede apreciar con claridad que se cumplen los requisitos exigidos por la Ley 39/2015, ya que los hechos derivan de un funcionamiento, en este caso creo que es claramente apreciable que anormal de los servicios de salud, y que, además, se produce en el supuesto un daño que se puede evaluar económicamente, que está individualizado, y que, a su vez, es un daño que se produce de forma efectiva. Por todo esto, considero que el nexo causal quedaría demostrado, y sería fácil apreciar que el resultado que se produce en la salud de la paciente tiene relación directa con el funcionamiento de los servicios públicos de salud. Además,

²⁴ M.C. Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 330.

²⁵ P. Rodríguez López. *Responsabilidad de la administración en materia sanitaria*, Atelier, 2007. p. 142.

y tal y como se describe en la precedente explicación teórica, hemos visto que para que los tribunales aprecien la existencia de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración Pública en casos relacionados con una actuación de los servicios de salud, es necesario tener en cuenta la doctrina o el criterio de la *lex artis*.

Según esta *lex artis*, no basta con que se demuestre lo anteriormente descrito, que es la existencia de un daño y su relación de causalidad con la actuación administrativa, sino que además es necesario para probar la responsabilidad patrimonial sanitaria que se valore el estado de la ciencia en el momento en el que se produce el daño. Es necesario que en ese momento de tiempo existan avances suficientes para poder tratar o enfocar de forma diferente la situación.

En este caso, considero que es fácilmente apreciable que el criterio de la *lex artis* se incumple, ya que los facultativos que examinan a doña Carmen coinciden en que la mejor solución posible para la situación de la paciente es realizar una embolización, tal y como así se le hace saber, y el hecho de que no se le practique no es por falta de conocimientos, ni porque una técnica similar a esa no pueda ser realizada en la actualidad por un facultativo que disponga de los medios necesarios para ello, sino que no se realiza la embolización a la paciente por otras causas que, a todas luces, considero que infringen la aplicación del criterio de *lex artis*.

La demanda, que se interpondría contra el Sergas (ya que asumiría la responsabilidad del médico por ser un profesional contratado por los servicios públicos de salud) solicitando la responsabilidad patrimonial, se debe interponer ante el juzgado de lo Contencioso Administrativo de la ciudad de A Coruña. La razón por la que se interpondrá ante este juzgado es porque es el competente en estos casos (tal y como se establece en el artículo 1 de Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa), y será ante el de la Coruña en base a lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, concretamente en el artículo 51, en el que se establece el fuero general de las personas jurídicas y de los entes sin personalidad.

En este caso, el Sergas, que no se trata de una persona física (que estaría regulada mediante el fuero correspondiente), y atendiendo a dicho artículo 51, será demandando en el lugar en el que radique su domicilio, o en el lugar en el que el litigio haya nacido, que considero que es la clave en este caso, ya que el CHUAC es un hospital sito en la ciudad de Coruña, y, por tanto, por ser ésta la ciudad en la que han sucedido los hechos que dan objeto a dicha demanda, será el juzgado de lo contencioso administrativo de Coruña ante el que se deberá presentar.

Existe un plazo de un año desde que suceden los hechos (es decir, desde que se determina el alcance de las secuelas resultantes de los daños sufridos) para poder presentar la demanda, tal y como así lo indica el artículo 67 de la Ley 39/2015. Demanda ésta en la que se solicitará una indemnización que trate de compensar de algún modo el daño causado por la actuación inadecuada de los servicios públicos. Considero además que, antes de interponer la demanda, por tratarse de un servicio de salud pública, debería interponerse primero una reclamación administrativa ante el Sergas, ante la que, visto el resultado de muerte producido en la paciente, creo que se concedería una indemnización. Con posterioridad a esta reclamación administrativa, sería cuando se debería interponer la demanda ante el juzgado de lo Contencioso Administrativo.

Es preceptivo, tal y como establece la Ley 39/2015 en su artículo 81 solicitar, cuando la cuantía que se solicita sea igual o superior a 50.000 euros, como considero que aquí va a serlo, dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, en este caso, de Galicia.

En cuanto al procedimiento a seguir, existen dos fundamentales a los que podríamos acogernos, y que son el procedimiento ordinario y el procedimiento abreviado. Según lo establecido por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, concretamente en su artículo 78, el procedimiento abreviado sirve para determinados casos, siendo válido sólo para demandas en las que se solicite una cuantía económica que no supere los 30.000 euros. En este caso, y teniendo en cuenta que doña Carmen ha fallecido, considero que esta cantidad (la establecida en el procedimiento abreviado) va a resultar muy baja, y que lo apropiado es utilizar el procedimiento ordinario.

3. MUERTE POR IMPRUDENCIA

En España, el Código Penal tipifica diversas formas de homicidio, teniendo en cuenta que diferentes formas de actuación pueden producir como resultado la muerte de una persona, muerte que, en nuestro ordenamiento jurídico, no puede quedar impune.

Entre los diversos tipos de homicidio, veo adecuado para resolver el caso que se me plantea destacar el homicidio imprudente, que está regulado por el artículo 142.

Considero que el caso de doña Carmen, este sería el delito que más se ajustaría, ya que el médico causa la muerte de la paciente por su imprudencia, ya que la envía a casa aún a sabiendas del delicado estado de salud en el que se encuentra, y las complicaciones que pueden sucederse por no realizarse a tiempo la embolización que todos los médicos que diagnostican a la paciente consideran oportuna. Así que ante la pregunta de si podría imputársele algún ilícito, considero que sí. Creo que el delito no sería la negligencia, sino la muerte por imprudencia de la paciente, doña Carmen.

Con respecto a dicha muerte por imprudencia, además, creo que sería aplicada la imprudencia en su grado más alto, que implica una pena de prisión comprendida entre uno y cuatro años, y, además, que se podría solicitar la inhabilitación especial al doctor Vázquez para el ejercicio de su profesión, al cometerse el homicidio durante el desempeño de su actividad profesional, inhabilitación que estaría comprendida entre los tres y los seis años.

En el caso concreto, considero que este es el ilícito más apropiado, ya que no veo que exista una conducta dolosa por parte del doctor Vázquez, y lo que habría que probar es que el error surge de forma imprudente.

Si denunciásemos por vía penal este ilícito (aunque en mi opinión, lo apropiado sería emplear la anteriormente expuesta vía del contencioso administrativo), la demanda se debería interponer contra el doctor Vázquez, y no contra el Sergas, como sucedía antes. El Sergas considero que sería demandado, pero de forma subsidiaria.

4. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Considero este aspecto relevante en el caso que se me plantea, y para entender el mismo voy a volver a basarme en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como pérdida de oportunidad entiende el TS, en sentencias de 7 de septiembre de 2005, 12 de julio de 2007, de 25 de junio de 2010 y 3 de octubre de 2012, el daño que sufre el paciente como consecuencia de la incertidumbre que surge al tratar de conocerse si, de haber actuado de forma diferente los servicios sanitarios, el resultado hubiese sido el mismo. En la misma línea, podemos encontrar las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en su Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2014; o la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de noviembre de 2004.

Así, una sentencia del TS con fecha 23 de septiembre de 2010, posteriormente citada en numerosas sentencias del mismo tribunal, habla de la pérdida de oportunidad como una privación de expectativas para el paciente, y afirma que para que se pueda apreciar la pérdida de oportunidad simplemente es necesario que exista cierta probabilidad de que la actuación médica hubiese podido evitar el daño causado al paciente. Una vez probado esto, considera este tribunal procedente la indemnización por el daño sufrido. En esta misma sentencia veo relevante además la reflexión que el tribunal hace, en la que concluye que los ciudadanos deben contar, en relación con los servicios sanitarios, con al menos la garantía de que van a aplicárseles los medios que, en el momento, estén a disposición de la administración para tratar de mejorar su situación.

En esta misma línea, el TS, en sentencia núm. 201/2014 de 28 marzo, afirma en relación a la pérdida de oportunidad que la característica básica de la misma es la incertidumbre con respecto a que la actuación médica que no se ha realizado podría haber causado un resultado diferente en el estado de salud del paciente.

Po último, en este aspecto veo importante citar lo expuesto por la Audiencia Nacional, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, con fecha 13 abril 2005, que afirma que no hay obligación jurídica por parte del paciente de soportar el daño causado por el retraso producido en la práctica de una prueba médica.

En el caso que se me plantea, considero que en este aspecto, la actuación médica ha privado a doña Carmen de ciertas expectativas de tratamiento más temprano del aneurisma que, incluso, podríamos llegar a pensar que pudiese haber evitado su rotura. Por tanto, creo que también podría ser apropiado alegar la pérdida de oportunidad que tiene lugar en el desenlace del caso de doña Carmen.

5. CARGA DE LA PRUEBA EN CASOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA

A la hora de determinar la concesión o no de indemnización compensatoria en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en casos de carácter médico o sanitario, creo conveniente definir quién debe realizar la carga de la prueba.

Según la jurisprudencia del TS, concretamente en la STS Sala de lo Contencioso – Administrativo (Sección 4ª), de 20/11/2012; Recurso de Casación 4891/2011, STS de 25 de julio de 2003 (recurso 1267/1999), STS de su Sala 3ª, de 2 de octubre de 2012 (rec. 3.925/2.011), la Sentencia de 26 marzo 2004, (rec. 1458/1998), STS Sala 3ª, sección 7ª, con fecha 11 de junio de 2002, o la STS de la Sala 3ª, sección 4ª, de 9 de julio de 2003, la prueba del nexo causal cuando se pretende reclamar una indemnización corresponde al demandante.

Pero esto no siempre es así, sino que pueden existir situaciones en las que no sea el paciente el que deba probar el nexo causal, como pueden ser los casos en los que falta la historia clínica, o en los que existe un daño desproporcionado. Además de estos casos, la jurisprudencia establece otros en los que por resultarle a la Administración más sencillo realizar la inversión de la carga de la prueba, se le atribuye a ella, como se aprecia en sentencias del TS como la de fecha de 7 de julio de 2008 (Recurso nº 3800/04). En el mismo sentido, también veo relevante hacer alusión a la sentencia de la Sala de lo Civil del TS de fecha 4 de junio de 1996.

Según D. Bello Janeiro²⁶ en casos de responsabilidad médica, el Tribunal Supremo rechaza de forma general el hecho de que sea el propio profesional médico el encargado de demostrar que ha actuado de forma diligente en el desempeño de su actividad profesional. Pese a esto, recoge diferentes excepciones en las que el mismo Tribunal obliga o hace responsable al facultativo a la hora de probar que su actuación ha sido la adecuada. Ejemplo de este caso, en el que es el propio médico el que ha debido demostrar su correcta actuación es la sentencia de la Sala de lo Civil del TS, de fecha 15 de septiembre de 2003, como también sucede así en la STS de la Sala de lo Civil de 12 de diciembre de 1998. Así, salvos contadas excepciones aceptadas por este tribunal en las que se invierte la carga de la prueba, normalmente en casos de daños desproporcionados causados al paciente o cuando se impide o dificulta la práctica de la prueba, no es el profesional médico el que debe probar nada, sino la persona que reclama el perjuicio la que debe demostrar que la actuación que se le ha dispensado no ha sido la correcta, y que como consecuencia de esta errónea actuación se le ha causado un perjuicio que no tiene la obligación jurídica de soportar.

J. M. Fernández Hierro²⁷, por su parte, también destaca la postura tomada en consideración de forma fundamental por la jurisprudencia en España, que es, al hilo de lo anteriormente explicitado, que es el propio paciente el que debe probar que existe una efectiva relación entre el daño que ha sufrido como consecuencia de la actuación médica, y la propia culpa existente en la actuación del facultativo. Destaca por su parte dos sentencias del Tribunal Supremo este autor, que son la de 13 de julio de 1987, y la de 11 de marzo de 1991. Tras leer en profundidad ambas sentencias, he llegado a concluir, en la misma línea que el citado autor, que el médico no está obligado a lograr la curación del enfermo (tal y como se ha reiterado en numerosas ocasiones a lo largo del presente trabajo, negando la configuración del médico, y más concretamente del sistema de salud público, como asegurador universal de todos los males que le pueden acaecer a un paciente), y se afirma que la carga de la prueba corresponde al paciente, de nuevo.

Veo necesario destacar en este aspecto que en los casos como en el que se me plantea, de asistencia médica prestada por un centro público, no es necesario que el paciente o sus

²⁶ D. Bello Janeiro. *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad...*, op. cit., p. 42.

²⁷ J. M. Fernández Hierro, *Sistema de responsabilidad médica*, op. cit., p. 106

representantes demuestren que ha existido culpa en la actuación, sino solo que hay relación de causalidad entre la lesión o resultado producido, y la asistencia proporcionada.

Ya que en numerosas ocasiones he hecho referencia al necesario vínculo o relación de causalidad necesaria en los casos de responsabilidad patrimonial, esta relación es, según P. Rodríguez López²⁸, la suma de una primera concepción doctrinal entendida como aquella circunstancia sin la que habría ocurrido un resultado diferente al que ha tenido lugar, sino que además resulta necesario la existencia de lo que el autor denomina como “verosimilitud del nexo”, que no es sino la “*adecuación objetiva entre el acto y el evento*”. Se elimina así en la actualidad la exigencia que anteriormente se daba de que la relación de causalidad fuese “*directa, inmediata y exclusiva*”.

También P. Rodríguez López²⁹, en otra publicación define la necesaria existencia de una relación de causalidad entre el hecho que se pretende imputar a la Administración Pública, y el daño que pretende lograr indemnizarse, como una condición indispensable para que los tribunales concedan la efectiva reclamación solicitada.

Además, veo conveniente destacar en este aspecto, en base a lo dispuesto por D. Bello Janeiro³⁰, que no implica una exigencia mayor que en cualquier otra prueba el hecho de que sea el paciente el que deba probar el nexo causal de la deficiente actuación médica que se le ha proporcionado. Esto quiere decir que se requiere para poder apreciar la causalidad la prueba de una mínima relación al menos entre la actuación médica y el resultado obtenido, tal y como se establece en la sentencia del TS de 6 de octubre de 2005.

En el caso de doña Carmen, creo que no debería ser la parte demandante la que realice la carga de la prueba, sino que, veo fácilmente apreciable la existencia de un daño desproporcionado, lo que es una de las excepciones para que sea el demandante o interesado el que deba probar los hechos. En este caso, creo que sería el Sergas el encargado de hacerlo.

6. DAÑO DESPROPORCIONADO

Como en el epígrafe anterior he hecho alusión al daño desproporcionado como una de las causas por las cuales el Tribunal Supremo puede invertir la carga de la prueba en casos de responsabilidad de la Administración Pública en materia sanitaria, resulta apropiado realizar un breve apartado definiendo lo que se considera daño desproporcionado, con el objetivo de conocer algún caso en el que se haya apreciado la inversión de la carga de la prueba fundamentada en este motivo.

Esta inversión de la carga de la prueba por este motivo se aprecia, por ejemplo, en la sentencia del TS de fecha 31 de enero de 2003, en la que se excluyen del concepto de daño desproporcionado aquellos supuestos que no son deseables, pero que entran dentro de los riesgos que entraña cualquier intervención médica.

²⁸ Cf. P. Rodríguez López. *Responsabilidad patrimonial de la administración en materia...*, op. cit., p. 52.

²⁹ P. Rodríguez López. *Responsabilidad médica y hospitalaria*, op. cit., p. 223.

³⁰ D. Bello Janeiro. *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial ...*, op. cit., p. 52.

Así mismo, de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con fecha 8 de mayo de 2003, se desprende la existencia de culpa en los casos en que media un daño desproporcionado que no se puede demostrar mediante pruebas que no ha existido, es decir, que no se consigue probar que no ha sido una actuación incorrecta que ha causado un daño que no se debe soportar jurídicamente hablando.

IV. VALIDEZ DEL DOCUMENTO DE INSTRUCCIONES PREVIAS Y VULNERACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL MISMO POR LOS FACULTATIVOS.

El ordenamiento jurídico español reconoce la figura del documento de instrucciones previas, también llamado de voluntades anticipadas, para tratar de salvaguardar la voluntad del paciente en el caso de que no pueda facilitar su decisión con respecto a determinados actos relacionados con su salud debido a la situación en la que se encuentra. En el presente caso, se recoge la constitución de dicho documento, y los facultativos que tratan a la paciente, doña Carmen, no cumplen con lo que ella ha dispuesto en el mismo, pese a que los familiares de la misma opinan en el mismo sentido que ella. El objetivo de los siguientes epígrafes, por tanto, va a ser tratar de dar respuesta a dicha cuestión.

1. DOCUMENTO DE INSTRUCCIONES PREVIAS. DEFINICIÓN Y REGULACIÓN

La creación de esta figura surge mediante la aprobación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que establece en su artículo número 11 el concepto de instrucciones previas, así como la obligación de cada uno de los sistemas sanitarios autonómicos de velar porque se cumpla con lo dispuesto en las mismas, siempre que no incumpla ninguna disposición legal, ni actúe contra la *lex artis*. En el caso de contener alguna disposición en las instrucciones previas contraria a uno de estos ámbitos, no serán inválidas, sino que no se pondrán en práctica.

Así mismo, existe un RD, el 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

Además, tal y como recoge A. Domínguez Luelmo³¹, la regulación legal de las voluntades anticipadas surge como influencia de lo recogido en el Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, que hacía referencia a los “deseos expresados anteriormente”, y a lo dispuesto en *Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de 1999*, que hablaba en su artículo 27 de la obligación de todo facultativo de escuchar los deseos del paciente en lo relativo a las decisiones relacionadas con un diagnóstico o con un tratamiento, así como la de atender a lo dispuesto anteriormente por el mismo, si en el momento actual ya no podía expresar su propia voluntad.

³¹ A. Domínguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente... op. cit.*, p. 416.

También en el caso de la legislación nacional, la Ley 5/2015 reconoce el derecho a constituir el documento de instrucciones previas.

En Galicia, la Ley 3/2005, de 7 de marzo, cambia la denominación a las instrucciones previas, que anteriormente eran conocidas legalmente como voluntades anticipadas, que era el término con el que las denominaba la Ley 3/2001, de 28 de mayo. También es frecuente que se denomine testamento vital.

Lo primero que debemos es definir el concepto de instrucciones previas, que, según lo establecido en la Ley 3/2005 en su artículo 5 apartado uno, consiste en un documento en el que cualquier persona mayor de edad, en pleno uso de sus capacidades, manifieste su voluntad con respecto a los cuidados o tratamientos que se le deben practicar cuando se encuentre en un avanzado grado de enfermedad, o, una vez fallecido, el destino de su cuerpo u órganos, con el objetivo de que se cumpla lo que él disponga, si llegado el caso, no pudiese expresar su propia voluntad.

La existencia de estas instrucciones previas debe quedar recogida en la historia clínica del paciente, como se estipula en el artículo 5.5 de la Ley 3/2005, y se velará por su cumplimiento, salvo aquellos casos, que son los mismos que recoge la ley de carácter estatal en este aspecto, y que es la 41/2002, en los que las propias instrucciones previas infrinjan alguna norma legal, o vayan en contra de la *lex artis*, como se aprecia en este mismo artículo en el apartado tercero.

He querido recoger de forma breve algunas de las normas que regulan este mismo supuesto en otras CCAA, como son la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada, en el caso de Andalucía, o la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente, en el caso de la CA de Madrid.

En cuanto a los requisitos para la creación del documento de instrucciones previas, la Ley 41/2002 simplemente establece como requisito de forma que se realicen por escrito y en un documento del que no medien dudas sobre su autenticidad, dejando el resto de los formalismos en manos de cada una de las CCAA.

En el caso a resolver no se nos menciona nada acerca de la existencia de un representante encargado de procurar el cumplimiento de las instrucciones previas, por lo que he decidido dejarlo al margen.

Como este caso está sito en Galicia, veo conveniente hacer referencia a la legislación propia de esta Comunidad Autónoma en cuanto a aspectos relacionados con la autonomía del paciente y la garantía que éste tiene a que se le presten las adecuadas prestaciones sanitarias. La Ley 13/2014, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias, y que añade un capítulo que no considero relevante en este supuesto. Así que, de lo anteriormente expuesto por la Ley 12/2013, está presente el derecho a manifestar las instrucciones previas, que se encuentra en el artículo 20, así como el artículo 21, relevante en el caso que se me plantea, por hacer referencia a las garantías para que se cumpla lo dispuesto en las instrucciones previas.

2. REQUISITOS PARA LA CREACIÓN DEL DOCUMENTO DE INSTRUCCIONES PREVIAS

Haciendo referencia en este aspecto a la legislación propia de Galicia, por ser donde acontece el caso objeto de este trabajo, voy a tomar en consideración el 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 como referencia, ya que es el que deroga al Decreto 259/2007, de 13 de diciembre, que era el que creaba el Registro gallego de instrucciones previas, y del que solo se mantiene el artículo 1, en el que se establece la creación de dicho órgano.

Con respecto a la regulación actual, mediante el Decreto 159/2014, concretamente en su artículo 6, se establecen los requisitos para constituir de forma válida, legalmente hablando, el documento de instrucciones previas. Este documento ha de ser formalizado en base a uno de los tres procedimientos ahí descritos, y que son la mera constitución del mismo ante notario, sin que esté presente ningún testigo; la creación y aprobación del mismo ante tres testigos, todos ellos mayores de edad y con plena capacidad para obrar, y con requisito específico de que al menos dos no puedan tener con la persona que suscriba el documento de instrucciones previas relaciones de parentesco cercanos (concretamente, hasta el segundo grado), ni tampoco relación afectiva o de carácter patrimonial; por último, la tercera forma para constituir este documento de forma válida es realizarlo ante el Registro de instrucciones previas de la Comunidad de Galicia.

Además, para que tenga plena validez, a la hora de formalizarlo es necesario indicar los datos concretos que permitan identificar a la persona que lo otorga.

Se puede modificar las veces que se quiera, como estipula el mismo artículo, teniendo siempre validez el último que se ha formalizado.

Según A. Domínguez Luelmo,³² otro de los requisitos fundamentales para que el documento de instrucciones previas sea válidamente constituido se exige que sea otorgado por una persona que sea mayor de edad, que tenga plena capacidad, y que sea libre, entendiendo libre este autor a la declaración de voluntad que debe realizar al redactar este documento, y no a la libertad directa de la persona.

En el caso de doña Carmen, el documento de instrucciones previas entiendo que es válido. A mi entender, lo es porque en el supuesto no se me indica nada acerca de que a la hora de crearlo haya infringido ninguno de los requisitos establecidos para constituirlo válidamente, que en el caso de Galicia exigiría formalizarlo en base a uno de los procedimientos establecidos en el artículo 6 del Decreto 159/2014.

Además, tal y como he recogido con anterioridad, un documento de instrucciones previas no puede ser puesto en práctica si incumple alguna disposición legal, o si es contrario a la *lex artis*, tal y como recoge el artículo 11 de la Ley 41/2002, y en el artículo 5.5 de la Ley 3/2005 (que es la propia de Galicia, Comunidad Autónoma en la que está sito el caso en cuestión). Como no se me indica nada al respecto, entiendo que el documento no contiene ninguna disposición contraria a la ley.

³² A. Domínguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente...*, op. cit., p. 419.

Con respecto a la *lex artis*, no creo que sea un impedimento para su validez la intención de la paciente de esperar avances médicos que puedan solventar la hipotética situación en la que se pueda llegar a encontrar. Por tanto, creo que el documento es en todo momento válido legalmente, y debe ser puesto en práctica y respetado por los facultativos que atiendan a doña Carmen.

3. LIMITACIÓN DEL ESFUERZO TERAPÉUTICO. ENFERMEDAD TERMINAL Y MUERTE CEREBRAL.

En el caso que se me plantea se habla de la desconexión de la paciente en contra de la opinión de los familiares, y de su propia voluntad recogida en el documento de instrucciones previas. Para resolver este aspecto, veo necesario comenzar destacando la Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales, que habla sobre la limitación del esfuerzo terapéutico. En su artículo 3.6 define el concepto como la retirada de las medidas terapéuticas por la opinión fundada del profesional, alegando que son inútiles, ya que se prolongaría la vida de forma artificial, sin que exista posibilidad de recuperar una mínima calidad de vida al paciente. Es importante destacar que se permite mediante ese concepto la muerte en el sentido de que, como establece el mismo precepto, no la impide, aunque tampoco la causa.

En el caso concreto, además, doña Carmen se encuentra en un estado de muerte cerebral, y para comprender el fondo del asunto en su totalidad, he visto necesario aportar una definición de este término. Como muerte cerebral o muerte encefálica se entiende aquel caso en el que la persona ha perdido todos sus sistemas cerebrales, es decir, ninguno de ellos funciona, incluidos los vegetativos. Me ha parecido además importante destacar que una persona en estado de muerte cerebral carece de cualquiera de los reflejos que una persona en estado comatoso tiene, y que, por tanto, nunca se va a poder despertar. En estado de muerte cerebral, por tanto, el paciente ha fallecido, pese a que se le esté manteniendo de forma artificial. Así, según un estudio del *National Institutes of Health*³³, organismo americano que está destinado a la investigación médica, cuando hablamos de un paciente en estado de muerte cerebral, hablamos de un paciente que ya está clínicamente muerto. Recoge este mismo estudio que al mantener al paciente conectado, puede dar la sensación de que su corazón esté latiendo, pero médicamente no es posible.

La Ley 5/2015 habla del concepto de enfermo terminal, y lo define en su artículo 3.8 como aquel que tiene una enfermedad en un estado avanzado y que sea en todo caso incurable, sin que responda al tratamiento y con un pronóstico de vida limitado, y con síntomas que le provocan un alto grado de sufrimiento al paciente y a sus seres cercanos. Visto ya el concepto de muerte cerebral, considero que no puede tratarse a doña Carmen como una enferma terminal, ya que este estado exige una vida limitada, y en su caso, ya no podemos hablar de que se encuentre viva. A su vez, esta misma Ley reconoce en el artículo 18, en su apartado primero, la capacidad de decisión que tiene el médico para limitar el esfuerzo terapéutico cuando la situación así lo aconseje, evitando la obstinación, tal y como reconoce este mismo precepto.

³³ R. Mahonar, "The diagnosis of brain death". *Indian Journal of Critical Care Medicine*, Vol. 13, 2009, p. 7.

Es por esto que cuando se me cuestiona acerca de si los médicos pueden retirar el soporte de respiración asistida a doña Carmen, pese a la oposición al respecto que muestran los familiares, que considero que sí pueden hacerlo, basándome en que el estado de muerte cerebral no reporta en la actualidad ninguna posibilidad de sanación, ya que el paciente está a todos efectos muerto, sin que se pueda considerar que por el momento estemos ni mucho menos cerca de lograr algún avance en este respecto.

Como no estamos en un caso en el que el paciente pretenda poner fin a su vida, que, como ya he expuesto con anterioridad, ya no es vida como tal, quiero dejar claro que nos desligamos completamente del concepto de eutanasia en la desconexión de la paciente, que ni hay voluntad por parte de la misma de terminar con su vida, que es uno de las características fundamentales del concepto mencionado, ni tampoco al retirar la respiración asistida entiendo que se ponga fin a la vida de la paciente, ya que el mantenimiento de la respiración asistida no implica que doña Carmen siga viva.

Dicho esto, considero que si los médicos mantuviesen la respiración asistida, en primer lugar, estarían infringiendo lo dispuesto en el artículo 18.1 de la Ley 5/2015, en la que se recoge la responsabilidad del médico para evitar la obstinación en un tratamiento o en una asistencia que no pueda mejorar la situación del paciente. Este mismo artículo, en su apartado cuarto, recoge que un facultativo no tiene el deber de prolongar la vida del paciente si, a su criterio, le causa un mayor padecimiento sin posibilidades de mejoría.

En este caso, no considero que doña Carmen esté viva, pero creo que sirve para fundamentar la opinión anteriormente expuesta de que los médicos no tienen por qué mantener la respiración asistida a doña Carmen cuando saben que no hay posibilidades de que su situación cambie.

Veo vital en este aspecto el artículo 24 de la Ley 5/2015. En el mismo, se habla de la existencia de conflicto entre la opinión médica y la del enfermo o los familiares, tal y como sucede en el caso que se me plantea. Para casos como este, se crean los comités de ética asistencial, que, sin sustituir la decisión de los profesionales médicos en ningún caso, pueden dar su opinión sobre el caso concreto. En este mismo aspecto, la disposición adicional segunda plantea dicho comité como una forma de defender, por un lado, los derechos de la persona enferma, y, por otro, los deberes y también los derechos de los profesionales sanitarios que la atienden, modificándose así lo anteriormente dispuesto en el Decreto 177/2000, de 22 de junio, por el que se regula la creación y la autorización de los comités de ética asistencial. Habla este articulado de asesoramiento de los comités en casos de enfermos terminales, pero considero que por extensión, debo aplicar este artículo al caso que se me plantea, y que en este supuesto los profesionales deberían consultar al comité, aspecto del que no se me indica nada en el enunciado, por lo que voy a presuponer que lo han hecho, y que, de hacerlo, el dictamen del comité, en mi opinión, debería ser favorable a la desconexión.

Así, considero que, con el objetivo de provocar daños innecesarios en el organismo de doña Carmen, así como tratando de evitar en todo momento más daño a sus familiares, la decisión de los médicos de desconectarla es, en mi opinión, acertada. Además, pese a que la jurisdicción gallega no recoge nada al respecto, veo conveniente hacer referente a lo dispuesto en la legislación propia de la Comunidad andaluza, concretamente mediante lo dispuesto en la Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, en la que se recoge que se debe salvaguardar el

derecho del paciente de conservar su plena dignidad en el proceso de muerte, tal y como recoge en sus objetivos, especificados en el artículo 2, apartado a).

V. EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN LEGAL DE REPARTIR UNA INDEMNIZACIÓN ENTRE HERMANAS.

La última de las cuestiones del presente caso hace referencia a la concesión de una indemnización ante el fatal desenlace sufrido por doña Carmen. Como tiene ésta dos hijas, y sólo una de ellas reclama la indemnización, la cuestión a resolver hace referencia a la obligatoriedad o no que puede existir de repartir el importe logrado de la Administración Pública entre las dos hermanas.

1. DERECHO A INDEMNIZACIÓN A UN PARTICULAR COMO CONSECUENCIA DE LA INADECUADA ACTUACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Ya he tratado con anterioridad el derecho que todo particular tiene de obtener una indemnización por parte de la Administración Pública en el caso de que su actuación le cause un daño.

Esto ya se ha recogido en el presente trabajo, pero con objeto de dar respuesta a la última de las cuestiones que se me plantean veo conveniente recalcar la regulación que establece en este aspecto la CE en su artículo 106.2. A su vez, también lo dispuesto en la Ley 40/2015, concretamente en su artículo 32.1; y en la Ley 39/2015, en el artículo 34.

No toda actuación de los servicios públicos durante la realización de una actividad de carácter médico que no obtenga como resultado el esperado por el paciente lleva implícito el derecho a obtener una indemnización, sino que la ley atribuye este derecho a los particulares cuando hayan sufrido un daño que no tengan obligación jurídica de soportar, requisito que establece la Ley 39/2015.

En este caso, no se me cuestiona acerca de lo apropiado de conceder una indemnización a las descendientes de doña Carmen, sino si, de concederse a una de las hijas de la fallecida, en concreto, a María, que es la que demanda, tendría que compartir dicha indemnización con su hermana, Juana.

Para responde a esta cuestión, considero que debo dejar al margen el derecho de sucesiones, recogido en el Libro III, capítulo III del Código Civil, y que tampoco estoy ante un caso en el que la respuesta venga dada por la figura del litisconsorcio, por lo que tampoco voy a entrar a profundizar en la regulación legal del mismo.

Dicho esto, voy a pasar a desarrollar los aspectos que considero relevantes para dar respuesta a esta cuestión.

2. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE UNA SENTENCIA INDEMNIZATORIA

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su artículo 110, cuyo apartado primero, desde la modificación realizada en el mismo en diciembre del año 2013, recoge la posibilidad de extender los efectos de una sentencia firme en la que se le reconozca una situación jurídica a una persona determinada a otras, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos. Entre estos requisitos nos encontramos con la necesidad de que los interesados para que la sentencia se les haga extensiva se encuentren en una situación jurídica igual a la de la persona a favor de la cual se ha dictado la sentencia en firme; que el juez o tribunal sea competente para conocer de la petición de extensión de la sentencia al posterior interesado; y, por último, que no haya transcurrido más de un año desde la fecha en que se notifica por última vez algún aspecto relativo al asunto al beneficiario de la sentencia o a cualquier otra parte del proceso.

Este mismo artículo obliga a que la solicitud para tratar de obtener la extensión de la sentencia se dirija al mismo tribunal que ya ha conocido de la causa, y que se realice dicha solicitud mediante un documento, denominado escrito razonado, en el que se deben acreditar que se está ante una situación idéntica. Una vez presentada la solicitud, se resolverá siguiendo el cauce legal estipulado en este mismo artículo, obteniéndose la resolución final en forma de auto.

Plantea este mismo artículo, en su apartado quinto, una serie de situaciones en las que la petición no se concederá, que no pasará a desarrollar por no ser el caso concreto ante el que me enfrento.

Según lo dispuesto por E. Espín Temblado³⁴, el sujeto activo de esta pretensión se define por la LJCA como las “personas”. Dispone este autor, por tanto, que no pueden ser sujetos solicitantes de la pretensión de extensión de la sentencia ni entidades asociativas, ni tampoco corporaciones, ya sean estas de carácter sindical o profesional, salvo que agrupen a personas que autoricen expresamente a ésta para su representación. Con respecto al sujeto pasivo de esta situación, este mismo autor entiende a la Administración Pública, ya que es la demandada en la sentencia anterior a la solicitud de extensión de ejecución de efectos. Este aspecto me parece relevante, ya que, tal y como recoge este autor, no se podrá solicitar la extensión de la sentencia ante una Administración diferente a la que ha sido denunciada en la primera sentencia, ya que esto eliminaría el requisito imprescindible establecido en el artículo 110 apartado primero de la LJCA de identidad de situaciones.

Según M. Pulido Quecedo³⁵, e interpretando lo dispuesto en la STS de la Sala 3ª, con fecha 5 de abril de 2006, el objetivo del antedicho artículo de la LJCA es lograr evitar que exista más de un proceso sobre idénticas situaciones jurídicas, siempre hablando de

³⁴ E. Espín Temblado, *Comentarios de La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. 1ª Edición, 2016, epígrafe III.

³⁵ M. Pulido Quecedo, *Código de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 1ª Edición, año 2014, epígrafe I, apartado a), Alcance y finalidad del art. 110 LJCA/98.

situaciones que tengan relación con cualquier materia tributaria, o con supuestos en los que esté implicado personal al servicio de la AP.

En este caso, considero que la indemnización que pueda lograr María no debe hacerse extensible a su hermana directamente, sino que en el caso de que ésta esté interesada en lograr también una cuantía para resarcir los daños que considere que se le han causado como consecuencia del fatal desenlace que sufre su madre, doña Carmen, deberá presentar, en base a lo dispuesto en el artículo 110 de la LJCA, una solicitud de extensión de la sentencia favorable que exista a nombre de su hermana.

En este supuesto, creo acertado afirmar que, siempre y cuando respete el plazo de un año desde la última notificación sobre el proceso que haya sido dirigida a su hermana, o a cualquier otra parte interesada, que en este caso entiendo que sería la Administración Pública, no habría inconveniente en que se le concediese la extensión de los efectos de la sentencia de concesión de indemnización a Juana.

Afirmo esto porque considero que ambas hermanas se encuentran en una situación de identidad, ya que las dos han sufrido el mismo perjuicio debido al fallecimiento de su madre, así que, si presenta la solicitud ante el mismo tribunal o juez que estime la concesión de la indemnización a María, siempre y cuando, reitero, ésta respete el plazo legal que existe para este caso.

VI. CONCLUSIONES

En base a todos los argumentos basados en la jurisprudencia, la doctrina y la propia norma, veo conveniente establecer una serie de conclusiones, que a continuación voy a pasar a destacar:

- Con respecto a la necesidad de argumentar, el doctor Vázquez, el hecho de no haber informado a ningún familiar de doña Carmen de su delicado estado de salud, considero que en todo momento ha obrado de forma adecuada conforme a derecho. Teniendo en cuenta la especial protección de la que todos los datos relacionados con la salud gozan en nuestro ordenamiento jurídico, así como la propia obligación que como facultativo tiene de guardar silencio en todo lo referente a los datos que, en el desarrollo de su actividad profesional, conozca de sus pacientes, veo completamente adecuada la actitud que toma no informando a los familiares de la paciente de su estado, teniendo en cuenta que doña Carmen está en pleno uso de sus capacidades mentales.
- En lo relativo a la forma en la que el doctor Vázquez puede argumentar que, en su momento, informó de forma adecuada a doña Carmen acerca de la gravedad de su situación médica, considero que no existe en nuestro ordenamiento jurídico por parte de cualquier médico la obligación de informar a un paciente de su estado de salud de forma escrita, sino simplemente de que se le informe, de forma clara y comprensible, adaptando el lenguaje al de un ciudadano que no tiene por qué comprender terminología médica, por lo que este debería ser el primer argumento esgrimido por el doctor. Además, el hecho de que el diagnóstico se realice de forma correcta, no sólo por doctor Vázquez, sino por otros dos profesionales, que

también atienden efectivamente a la paciente, puede ser otro argumento esgrimido por el facultativo para demostrar que ha actuado adecuadamente, ya que se podría esgrimir que en el momento en que tres facultativos te examinan, para cualquier paciente provocaría indicios de que la situación clínica es, de primeras, complicada, lo que puede darnos una idea de que en ningún momento se le ha ocultado a la paciente su estado de salud; es más, considero que en la fase de diagnóstico se han puesto a disposición de la paciente todos los medios de los que se dispone, sin que medien tiempos de espera, ya que en esta misma visita a urgencias es atendida por los tres. Como no se nos dice nada en sentido contrario, también podría alegar el doctor, si lo respaldan los otros dos profesionales sanitarios, evidentemente sin que exista ningún tipo de engaño o falta a la verdad, que el diagnóstico le fue explicado a la paciente ante los tres facultativos. Por todo ello, considero que no hay ninguna forma de probar que el doctor Vázquez no ha informado con el suficiente ahínco de la gravedad en la que se encontraba la paciente.

- A la hora de interponer una demanda una de las hijas de doña Carmen, María, por considerar que la atención proporcionada a su madre no ha sido la adecuada, debería interponer en el juzgado de lo Contencioso Administrativo de la ciudad de A Coruña una demanda contra el Sergas, y no contra el propio doctor Vázquez. Esta demanda, en mi opinión, se debe formular en base al procedimiento ordinario, y no mediante el abreviado, ya que la cuantía que se debe reclamar por el fallecimiento de la paciente es más elevado de lo que recogen los requisitos de este último.
- Ante la pregunta de si se podría imputar algún ilícito como consecuencia de la interposición de la demanda por María, considero que sí, que se podría imputar la muerte por imprudencia, y no la propia negligencia.
- En lo relativo a la validez del documento de instrucciones previas, considero que en este caso el documento es plenamente válido, ya que no se me indica nada acerca de que se haya constituido vulnerando ningún requisito legal, y tampoco considero que infrinja ningún precepto legal ni que vulnere la *lex artis*, que serían los dos casos que la Ley admite no para no aceptar su constitución, pero sí para rechazar su puesta en práctica en el momento de fallecimiento del firmante.
- Con respecto a la correcta o no actuación de los médicos desconectando a doña Carmen, en contra de la voluntad mostrada por la paciente y la de sus propios familiares, considero que sí que ha sido una decisión correcta, ya que el estado de muerte cerebral, tal y como se ha destacado anteriormente, ya implica una muerte del paciente, no estamos hablando de un estado terminal, sino que ya no está vivo médicamente hablando. Así que, con el objetivo de evitar un sufrimiento innecesario al cuerpo de la paciente, así como a los familiares de la misma, teniendo en cuenta que lo dispuesto en el documento de instrucciones previas no se puede cumplir ni ahora ni en un lapso temporal siquiera determinado (ya que no existe ningún avance médico que permita abrir la puerta a la recuperación de un paciente en estado de muerte cerebral, ya que no es una recuperación de una persona enferma, sino la de un difunto), creo que los facultativos han actuado de la mejor forma posible.

- Por último, en lo relativo a la obligación o no que pueda tener María de repartir la indemnización que recibe como consecuencia del fatal desenlace de su madre y los daños que estos le causan, considero que no tiene que repartirla. Si Juana quiere una indemnización igual a la de su hermana, argumentando el mismo motivo por el que a María se le conceda, deberá solicitar la extensión de la sentencia, cumpliendo los plazos y cauces legales, y considero que de ser así, no habría problema para que le fuese concedida. Pero el hecho de que estime que se le pudiese conceder no implica que la que obtiene su hermana deba ser repartida entre ellas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Para la bibliografía del presente trabajo he utilizado los siguientes materiales bibliográficos:

- D. Bello Janeiro. *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Madrid, Asisa, 2009.
- J.L. Beltrán Aguirre. “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica” *Derecho y salud*, vol. 15, Nº Extra 1, 2007, pp. 9-26.
- L. Díez-Picazo y A. Gullón. *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, Volumen I. 5ª Edición, 1987.
- A. Domínguez Luelmo. *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, Madrid, Lex Nova, 2008.
- E. Espín Temblado, *Comentarios de La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. 1ª Edición, 2016.
- J. M. Fernández Hierro, *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, Comares, 5ª edición, 2007.
- J.C. Galán Cortés. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Civitas, 2001.
- J. García Amez, “Rechazo al tratamiento y riesgos para la vida del paciente”, *Derecho y salud*, vol. 21, nº 1, 2011, pp. 85-97.
- M.C. Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, Tirant lo Blanch, 2008.
- M. E. González Hernández y M. Castellano Arroyo, “El consentimiento en las actuaciones médicas en las Comunidades Autónomas españolas: regulación actual”, *Revista Española de Medicina Legal*, nº 38, 2012, pp. 100-106.
- J. Guerrero Zaplana, “Las peculiaridades de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria: el criterio de la lex artis”. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, 2002. Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial.
- R. Mahonar., “The diagnosis of brain death”. *Indian Journal of Critical Care Medicine*, Volumen 13, 2009.
- M. Pulido Quecedo, *Código de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. 1ª Edición, año 2014.

- J.L. Requero Ibáñez, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones”. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, Cuadernos de Derecho Judicial*. nº1, 2002, pp.319-417.
- P. Rodríguez López, *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Barcelona, Bosch, Primera edición, 2004.
- P. Rodríguez López, *Responsabilidad patrimonial de la administración en materia sanitaria*, Barcelona, Atelier, 2007.
- I. Sancho Gargallo, “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *InDret*, nº 209, 2004, pp. 1-24.
- J.S. Sanz Larruga, “Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en materia sanitaria”. *Lecciones de Derecho Sanitario*, 1999, pp. 105-134.

VIII. LEGISLACIÓN

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Constitución Española.
- Estatuto de Autonomía de Galicia, aprobado mediante la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril.
- Real Decreto 1679/1990, 28 diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Galicia de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica.
- Ley 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- 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
- Código Penal.
- Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de Castilla y León.
- Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia.
- Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra.
- Ley 16/2010, de 3 de junio, de modificación de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica.

- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- RD 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.
- Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de 2011.
- Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada.
- Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente.
- Ley 13/2014, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias.
- 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.
- Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales.
- Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte.
- Decreto 177/2000, de 22 de junio, por el que se regula la creación y la autorización de los comités de ética asistencial.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

IX. JURISPRUDENCIA

- STS de 7 de noviembre de 2011.
- STS, Sala 3ª, sec. 6ª, de 10 de julio de 2007.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 1991.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, rec. 786/2010, de 21 julio
- STS de 29 de octubre de 2004.
- STS de 26 marzo de 2004, Sala de lo Civil, Sección 1ª, (rec. 267/2004).
- STS de 9 de octubre de 2012 (rec. casación 40/2012).
- STS de 7 de septiembre de 2005.
- STS de 12 de julio de 2007.
- STS de 3 de octubre de 2012.
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 13 abril 2005.
- STS, Sala C-A, Sección 4ª, de 20 de noviembre de 2012 (rec. 4891/2011).
- STS de 25 de julio de 2003 (rec. 1267/1999).
- STS, Sala 3ª, de 2 de octubre de 2012 (rec. 3925/2011).
- STS, de 26 marzo 2004 (rec. 1458/1998).
- STS de 7 de julio de 2008 (rec. 3800/04).
- STS, Sala Tercera, de 10 de febrero de 1998 (rec. 11532/90).

- STS Sala de lo Civil, de 15 de septiembre de 2003.
- STS Sala de lo Civil del TS de fecha 4 de junio de 1996.
- STS de la Sala de lo Civil, de 12 de diciembre de 1998.
- STS de 6 de octubre de 2005.
- STS de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 8 de mayo de 2003.
- STS de 31 de enero de 2003.
- STS de la Sala 3ª, sección 7ª, de 11 de junio de 2002.
- STS de la Sala 3ª, sección 4ª, de 9 de julio de 2003.
- STS, de la sala 3ª, de 19 de octubre del 2000.
- STS de 25 de junio de 1982.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en su Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2014.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de noviembre de 2004.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 6 de abril de 2016.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 11 de mayo de 2015.
- STC 154/2002, de 18 de julio.
- STS de la Sala de lo Civil, de 23 de septiembre de 2004.
- STS de la Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2008.
- STS de la Sala de lo Civil, de 10 de junio de 2008.
- STS de 25 de junio de 2010.
- STS de 29 de junio de 2010.
- STS de 15 de enero de 2008.
- STS de 20 de febrero de 1992.
- STS de 15 de octubre de 1996.
- STS de 17 de noviembre de 2005.
- STS de 31 de julio de 1996.
- STS de 29 de septiembre de 2005.
- STS de 2 de noviembre del 2000.
- STS de 10 de febrero de 2004 (rec. 768/1998).
- STS de 3 de julio de 1987.
- STS de 11 de marzo de 1991.
- STS de 3 de octubre de 1997.
- STS de 2 de octubre de 1997.
- STS de 3 de octubre del 2000.