



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO FIN DE GRADO

Facultad de Derecho

A Coruña

“NEGLIGENCIA MÉDICA EN UN CASO DE ANEURISMA CEREBRAL”

AUTORA: Beatriz Vázquez Castro.

TUTOR: Eloy Miguel Gayán Rodríguez.

FIRMA DEL TUTOR:

ÍNDICE

I. Introducción.....	p. 3
II. Valoración sobre la información de la paciente	
1. Deberes ligados a la condición de personal sanitario.....	p. 4
A) Deber de prestar una adecuada atención sanitaria a los pacientes.....	p. 4
B) Deber de secreto.....	p. 4
2. Derechos de los pacientes en la legislación española.....	p. 7
A) Derecho intimidad.....	p. 7
B) Derecho a la información.....	p. 8
C) Derecho a la autonomía del paciente. Consentimiento Informado.....	p. 13
3. Historia Clínica.....	p. 17
III. Valoración del documento de instrucciones previas	
1. Concepto.....	p. 20
2. Requisitos y validez.....	p. 20
3. Límites.....	p. 22
4. Muerte Cerebral.....	p. 23
IV. Valoración de los posibles cauces legales	
1. Disposiciones legales.....	p. 26
2. El daño.....	p. 26
3. Responsabilidad Patrimonial de la Administración.....	p. 29
4. Jurisdicción y procedimiento.....	p. 35
5. Con respecto a la responsabilidad penal.....	p. 38
V. Valoración del reparto de la indemnización	
1. Legitimación en caso de muerte.....	p. 39
2. Sobre el reparto.....	p. 41
VI. Conclusiones.....	p. 42
VII. Abreviaturas, bibliografía, jurisprudencia y legislación.....	p. 44

I. Introducción

El supuesto de hecho que sirve como base para realizar este trabajo atiende a diferentes cuestiones que surgen a la hora de recibir asistencia sanitaria. La protagonista del caso, Carmen, acude a Urgencias del CHUAC con un cuadro de cefaleas. El Doctor Vázquez decide realizarle un TAC descubriendo así la gravedad de la situación al conocer la existencia de un aneurisma cerebral de 2,5 centímetros. Tras consultarlo con más especialistas, consideran que debe realizársele a la paciente una embolización. Sin embargo, el hospital no cuenta con una cama disponible para Carmen, por lo que el Doctor Vázquez decide darle el alta quedando pendiente una llamada para realizar la embolización. Carmen decide no preocupar a sus hijas Juana y Carmen, de 18 y 22 años respectivamente, y omitir su visita al médico. Pasadas tres semanas sin recibir llamada alguna del hospital, Carmen sufre un nuevo episodio de cefaleas y entra en coma. Se le traslada al hospital y una vez allí se le realiza un TAC craneal en el que muestra que Carmen tiene una hemorragia cerebral a consecuencia del aneurisma y presenta un estado de muerte cerebral.

En primer lugar analizaremos si el Doctor Vázquez actuó conforme a la Ley y al Código Deontológico Médico, en relación a la atención a la paciente desde una óptica del deber de información y del secreto médico con la paciente.

Asimismo, se abordará el tema de las instrucciones previas o voluntades anticipadas, ya que Carmen dispuso en las suyas que no quería que la desconectasen mientras una máquina la mantuviese con vida, ya que en un futuro la ciencia podría avanzar otorgándole una solución. Analizaremos la validez de estas instrucciones previas de la paciente, y si el médico puede no respetar los deseos de Carmen y desconectarla a pesar de que en sus voluntades disponga lo contrario.

Por otro lado, se dará respuesta cual es la causa o quiénes son los responsables de la negligencia que, según su hija María, sufrió su madre. En caso de emprender acciones legales contra éstos, qué tribunal sería el competente para la cuestión y cuáles serían los cauces legales que se deberían seguir.

Finalmente, se planteará la situación que se origina al emprender María acciones legales contra los responsables de la negligencia y obtener una indemnización. En caso de darse este supuesto, analizaremos si Carmen debería repartir la cantidad de la indemnización con su hermana Juana.

II. Valoración sobre la información a la paciente

En la primera cuestión se intenta argumentar las razones del doctor Vázquez para justificar que no informó a la familia de la paciente. Para ello nos centraremos en desarrollar los deberes impuestos al personal sanitario y en los derechos de los pacientes. También se argumentará cómo puede el médico probar que informó a la paciente conforme a lo dispuesto por la Ley.

1. Deberes ligados a la condición de personal sanitario.

A) Deber de prestar una adecuada atención sanitaria a los pacientes

Los profesionales sanitarios tienen el derecho al libre ejercicio de la profesión sanitaria, al mismo tiempo que deben prestar a todos los pacientes una atención médica de calidad humana y científica, tal y como dispone el Código de Deontología Médica en el artículo veintiuno. Del mismo modo se refleja que el médico debe disponer de libertad de prescripción, respetando las evidencias científicas¹. El profesional debe desarrollar una adecuada atención sanitaria, para ello es necesario que realice su trabajo con unos niveles altos de calidad y seguridad, atendiendo a los bienes que se protegen; como es la integridad física de las personas o incluso la vida. En referencia al caso, entendemos que el Doctor Vázquez realizó su labor médica de manera adecuada, realizándole a la paciente las pruebas correspondientes en relación a sus dolencias.

Sin embargo, los profesionales que intervienen en la actividad asistencial deben cumplir además otro tipo de deberes que trataremos más adelante.

B) Deber de secreto.

Concepto

La Real Academia de La Lengua define el deber de secreto como:

“conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propieda desde una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio”.

Este deber surge del derecho a la **confidencialidad** y de la **intimidad** de los pacientes, para poder protegerse de posibles intromisiones no deseadas. La doctrina suele coincidir en configurar el secreto como la reserva o sigilo que corresponde a quien ejerce una profesión respecto del conocimiento que posee sobre los secretos de otra persona; o cómo los profesionales que tienen conocimiento de información de otro individuo están obligados a mantenerla en secreto². La Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen considera intromisión ilegítima la revelación de datos privados de una persona o familia por

¹ Vid artículo 23 del Código de Deontología Médica.

² Vid REQUEJO NAVEROS, M^a T., *.El delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética*, Madrid, Colex, 2005, pp. 67.

medio de la actividad profesional u oficial de quien los revela³. En relación a esto, cabe mencionar el artículo 10 de la Ley General de Sanidad (de aquí en adelante LGS) el cual reconoce el derecho de todas las personas a que toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias, tanto privadas como públicas, tengan carácter confidencial.

En referencia al caso, y conforme a lo expuesto anteriormente, el Doctor Vázquez debe respetar la intimidad del paciente, **no permitiéndose revelar** los datos de la atención sanitaria que se hubiese producido. El secreto médico es considerado uno de los pilares en los que se basa la relación médico-paciente, que deberá estar basada en la mutua confianza⁴. Existen dos elementos para constituir el deber de secreto⁵. El primero de ellos se refiere al **carácter oculto** del secreto, el cual sólo es conocido por su titular y por un conjunto de profesionales a través del ejercicio de su profesión, en este caso el Doctor Vázquez, el Doctor Seco y el Doctor Fandiño. La condición de “**no divulgable**” es la segunda nota característica del secreto, en el sentido de no hacer pública la información de la paciente obtenida durante la asistencia sanitaria.

Con el ejercicio de la medicina realizada en equipo, el secreto se extiende a todos los profesionales implicados en el proceso asistencial. Para llevar a cabo un buen trabajo, el Doctor Vázquez acude al neurocirujano de guardia, el Doctor Seco, y al neurólogo de guardia, el Doctor Fandiño, para realizar la valoración del caso y encontrar el método adecuado para el problema de la paciente. Los profesionales sanitarios no son los únicos que tienen acceso a la información de los pacientes, sino también otro tipo de personal que presta servicios en los centros sanitarios; como personal administrativo, secretarías, telefonistas, celadores, limpiadores, o personales de seguridad entre otros muchos puestos de trabajo de un hospital.

Es ilustradora en este sentido, la siguiente Sentencia Tribunal Supremo (de aquí en adelante, STS) de 29 de marzo de 2012, JUR 2012/142021, que condena a una auxiliar administrativo, que trabajaba como secretaria del Hospital Virgen de la Macarena como autora de un delito de revelación de secretos a las penas de dos años, seis meses y un día de prisión e inhabilitación especial⁶:

“Es decir, resultaría probado que conocía el carácter reservado de los datos en cuestión y decide "ponerlos al descubierto" ante terceros; en este caso a través de su utilización en un procedimiento penal”.

El Código Deontológico contempla el deber del médico de exigir a sus colaboradores sanitarios y no sanitarios de guardar el secreto profesional⁷. El Doctor

³ Vid artículo 7.4 de la Ley 1/1982 de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

⁴ Vid artículo 27.1 Código Deontológico y Código de Ética.

⁵ Vid REQUEJO NAVEROS, M^a T., *op.cit*, pp. 65.

⁶ En este caso ella se encontraba en un proceso de divorcio y tenía abierta una causa penal por malos tratos contra su cónyuge. El abogado de esta aporta en el juicio la historia clínica de su marido que se custodiaba en el hospital donde ella trabajaba, haciendo uso así de la historia clínica siendo plenamente conocedora del carácter reservado de los datos en cuestión y sin estar autorizada para ello.

⁷ Vid artículo 29 del Código Deontológico.

Vázquez también es el responsable de preservar los datos del paciente. En caso de comunicar datos de algún paciente a otro profesional, es necesaria una justificación razonable y que la finalidad sea de naturaleza sanitaria. En este sentido, destacamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 11 de febrero de 2009, RJ 2009/351, en la cual el médico alegó que el acceso a la historia clínica tenía como fin conocer quién era el médico de cabecera para así cambiar impresiones con él, de cara a solucionar una serie de problemas. Posteriormente, en la STS 1328/2009, de 30 de diciembre, RJ 2010/437, se absuelve al médico por considerar que averiguar el nombre de otro médico de cabecera, no era desvelar un secreto, ya que se trata de un dato público y de un dato administrativo:

“Consecuentemente la propia Administración Sanitaria considera que no se debe proteger como dato accesible y privado el nombre del médico de cabecera, siendo un dato totalmente inocuo dentro del historial clínico del paciente, no pudiendo equipararse el acceso al conocimiento de un dato médico como puede ser el conocimiento de una enfermedad -máxime si es psíquica- con el acceso a un dato meramente administrativo.”

Límites

Los límites del deber de secreto se establecen debido al conjunto de intereses sociales o generales que, en determinadas ocasiones, se pueden sobreponer al mantenimiento del deber de secreto y al derecho a la intimidad de los pacientes. El Código Deontológico enumera todas y cada una de las excepciones en la que el médico podrá revelar el secreto⁸, en sus justos límites y el Colegio de Médicos deberá prestar el consentimiento para hacerlo. Nos vamos a referir a dos casos concretos en los que opera la excepción del deber de secreto:

- En España existe un catálogo de enfermedades infecto-contagiosas⁹ respecto de las cuales el médico tiene la obligación de comunicar inmediatamente de estas a las autoridades sanitarias, señaladas en la Ley como “*enfermedades de declaración obligatoria*”. Algunas de las enfermedades enumeradas en el Real Decreto son; el cólera, la fiebre amarilla, la hepatitis A y B y las víricas, el tétanos o la varicela. El SIDA tiene una gran importancia en este Real Decreto

⁸ Vid Artículo 30.1. El secreto profesional debe ser la regla. No obstante, **el médico podrá revelar el secreto exclusivamente, ante quien tenga que hacerlo, en sus justos límites**, con el asesoramiento del Colegio si lo precisara, en los siguientes casos: a. En las enfermedades de declaración obligatoria. b. En las certificaciones de nacimiento y defunción. c. Si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas, o a un peligro colectivo. d. Cuando se vea injustamente perjudicado por mantener el secreto del paciente y éste permita tal situación. e. En caso de malos tratos, especialmente a niños, ancianos y discapacitados psíquicos o actos de agresión sexual. f. Cuando sea llamado por el Colegio a testificar en materia disciplinaria. g. Aunque el paciente lo autorice, el médico procurara siempre mantener el secreto por la importancia que tiene la confianza de la sociedad en la confidencialidad profesional. h. Por imperativo legal: 1. En el parte de lesiones, que todo médico viene obligado a enviar al juez cuando asiste a un lesionado. 2. Cuando actúe como perito, inspector, médico forense, juez instructor o similar. 3. Ante el requerimiento en un proceso judicial por presunto delito, que precise de la aportación del historial médico del paciente, el médico dará a conocer al juez que éticamente está obligado a guardar el secreto.

⁹ Anexo I del Real Decreto 2210/1995 de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica.

ya que se reserva el IV capítulo a dicha enfermedad y cuenta con un registro en cada Comunidad Autónoma.

- En caso de que el paciente autorice desvelar el secreto, es necesario un consentimiento expreso del paciente para la divulgación de toda la información o solo a una parte de esta última. A pesar de lo anteriormente expuesto, el médico debe procurar siempre mantener el secreto por la importancia que tiene la confianza de la sociedad en la confidencialidad profesional.

En relación al caso concreto que se nos plantea, el Doctor Vázquez está obligado a mantener el deber de secreto con su paciente. Por lo tanto, no debería informar a los familiares de la paciente sobre las pruebas que se le han realizado o que prevé realizársele en un futuro, así como abstenerse de informar sobre el posible diagnóstico. Todo ello sin perjuicio de lo que se expondrá en el siguiente apartado en relación a los derechos de los pacientes en la legislación española. Entendemos que la paciente no autorizó la revelación del secreto y, por lo tanto, ninguna de las excepciones que opera en relación a este deber se ajusta al caso que se plantea. Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, el médico tiene el deber de no revelar la información de la paciente.

2. Derechos de los pacientes en la legislación española.

Los derechos que se le reconocen a los titulares son: la protección a la salud y a la asistencia médica¹⁰. Sin perjuicios de lo dispuesto en la LGS y la Ley Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como otras leyes autonómicas que serán tratadas en este apartado.

A) Derecho a la intimidad del paciente

El derecho a la intimidad se recoge en la Constitución Española con carácter de derecho fundamental, junto con el derecho al honor y a la propia imagen¹¹.

Dentro del amplio contenido del derecho a la intimidad, se puede destacar la presencia de otro derecho como es el de **protección de datos**. El derecho fundamental a la intimidad personal y familiar está dirigido a proteger a la persona frente a cualquier invasión e intromisión en contra de su voluntad en el ámbito familiar o personal. El Tribunal Constitucional, de aquí en adelante TC¹², lo define como;

“el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”.

Con respecto al derecho de protección de datos, garantiza a su titular el uso y destino sobre sus datos personales. En este mismo sentido, el TC establece una conexión entre el derecho a la intimidad y el deber de secreto, con el fin de garantizar la confidencialidad. Por todo ello, el Doctor Vázquez debe resguardar la intimidad e

¹⁰ Vid artículo 5 Ley de salud de Galicia 8/2008.

¹¹ Vid artículo 18 Constitución Española.

¹² Vid en este sentido las STC 144/1999 de 22 de julio, RTC 1999/144.

integridad de su paciente, Carmen, siendo el máximo responsable en el caso de que se dé alguna intromisión ilegítima en el ámbito privado de la paciente. Tal y como se ha expuesto, el Doctor Vázquez debe resguardar el secreto de la paciente a toda tercera persona.

En relación al ámbito de la sanidad, la LGS establece que todos los ciudadanos tienen derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso sanitario y en referencia a la presencia en instituciones sanitarias, tanto públicas como privadas¹³. Las disposiciones recogidas en la legislación gallega son más concretas a la hora de definir los derechos sanitarios relacionados con la integridad e intimidad de las personas¹⁴. Estos derechos sirven de base para otros derechos recogidos que se deben respetar; el Doctor Vázquez debería haber contado con la mínima presencia de profesionales, estudiantes o investigadores que no se encuentren directamente relacionados con el caso del paciente, y no debiéndose utilizar medios de grabación o de cámaras fotográficas que puedan identificar a la paciente, exceptuando el caso en el que se produzca la autorización expresa del paciente para ello.

En la actualidad, es relevante el uso de aplicaciones y de técnicas informáticas para tratar y archivar los datos sanitarios de los pacientes, por ello es necesario que se establezcan medidas de control para respetar la intimidad personal, o la definida como intimidad informativa. Se contempla también que se lleven a cabo procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes¹⁵. Un ejemplo de ello es que, los accesos a la historia clínica de un paciente se registra pudiéndose observar quién y qué momento se ha consultado la historia clínica.

B) Derecho a la Información.

El derecho a la información tiene su origen en la relación que se establece entre el médico, el Doctor Vázquez y la paciente, y se refiere a recibir información asistencial sobre su estado de salud, y todo lo referido a la información asistencial. La información al paciente no es acto burocrático, sino que se trata de un acto clínico¹⁶.

A veces, el tipo de intervención quirúrgica que se lleve a cabo determinará la necesidad de ampliar o limitar la información del paciente. La información tiene una relevancia diferente en cuanto se trate de medicina **satisfactiva o asistencial**.

- En la medicina **satisfactiva**¹⁷ existe un deber de información más rígido que exige “el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso”¹⁸.

¹³ Vid artículo 10.3 LGS.

¹⁴ Vid artículo 6 Ley de salud de Galicia 8/2008.

¹⁵ Vid artículo 7 Ley 41/2002.

¹⁶ Vid artículo 15 Código Deontológico.

¹⁷ Medicina voluntaria o satisfactiva definida como aquella medicina que tiene un carácter voluntario, en la cual el interesado acude al médico para el mejoramiento de su aspecto físico o estético o para la transformación de una actividad biológica, como es la actividad sexual, pero no por ninguna dolencia. (STS 83/97 de 11 de febrero de 1997, RJ 1997/940).

¹⁸ Vid STS 279/12 de 16 de enero de 2012.

- En la medicina **asistencial**, especialmente en los supuestos de existencia de grave riesgo para la salud, los servicios médicos son aquellos a los que les corresponde el deber de informar a los pacientes, pues responde a una situación de necesidad no dependiente de la voluntad del paciente.

En este sentido, la STS¹⁹ de 16 de Enero de 2012 RJ 2012/1784 ha sido muy explícita al precisar que;

“los efectos que origina la falta de información están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa”

En el caso que nos ocupa nos encontramos en un supuesto de **medicina asistencial o necesaria**, por la cual la información que se debe dar a la paciente sobre el caso no debe ser tan precisa como en el caso de la medicina satisfactiva. Sin embargo, la información que se ha de dar a la paciente tiene algunas notas características y excepciones que destacaremos a lo largo del trabajo.

La Ley Básica de Autonomía de los pacientes 41/2002, de aquí en adelante Ley Básica, dedica su capítulo II a la regulación del derecho a la información sanitaria, y a través de éste, se explicarán los diferentes aspectos relativos a este derecho. En la Ley Gallega 8/2008, de 10 de julio de Salud de Galicia se reconoce el derecho de ser informado de los problemas de salud que le afecten y sobre los riesgos a los que se enfrenta, de forma comprensible para el paciente²⁰.

Información asistencial

La información asistencial se define como el derecho que tienen los pacientes a **conocer toda la información disponible**. El Doctor Vázquez debió proporcionar la información a la paciente verbalmente, necesitando un soporte físico que la conserve, como es la historia clínica. En la misma línea se encuentra la Ley 8/2008, de 10 de julio de Salud de Galicia recogiendo lo anteriormente expuesto en el artículo 9.2²¹, y el

¹⁹ Vid en este sentido las SSTS de 29 de junio, RJ 2007/3871; 28 de noviembre de 2007, RJ 2007/8428; 23 de octubre 2008, RJ 2008/5789.

²⁰ Vid Ley 8/2008 de salud de Galicia, artículo 9.4.

²¹ Vid artículo 9.2 Ley 8/2008, de Salud de Galicia. *El derecho a la información en su proceso asistencial se concreta en: a) Derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvo en los supuestos exceptuados por la ley. La información, como regla general, se proporcionará verbalmente, dejando constancia en la historia clínica, y comprenderá, como mínimo, la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y consecuencias. La información clínica será verdadera y se comunicará al o a la paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades como ayuda para tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad; b) Derecho a renunciar a recibir información; c) Derecho a ser informado o informada y advertido o advertida acerca de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos aplicados van a ser empleados en un proyecto docente o de investigación, lo que en ningún caso podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso, será imprescindible el consentimiento previo por escrito*

Código Deontológico en el artículo 16.2²². La información asistencial es el primer paso para que la paciente pueda decidir libremente y sin coacciones sobre las opciones terapéuticas que el Doctor Vázquez le propone. El consentimiento acerca de proceder a una intervención determinada requiere que se reciba una información adecuada anteriormente²³.

Sujetos

➤ Titular del derecho

El titular del derecho de información es la paciente, Carmen. También se informará a los familiares o personas vinculadas al mismo²⁴, eliminándose así el término de *allegados* que se contemplaba en la LGS. Sin embargo, esta información a los familiares o personas vinculadas al paciente, sólo ha de dar lugar cuando el paciente lo permita tanto de manera expresa como tácita. De la misma manera lo expone la Ley 3/2001, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, de la Comunidad Autónoma de Galicia²⁵.

Centrándonos en el caso concreto que se nos plantea, cabe recordar que el Doctor Vázquez tiene el deber de no revelación de secreto para con su paciente, y del mismo modo no tiene el deber de informar a las hijas de Carmen, a excepción de que la paciente así lo permita y así lo considere el profesional. Entendemos que la paciente no se encuentra en estado de incapacidad y cuenta con la capacidad suficiente para entender la información, no siendo necesario, por lo tanto, informar a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho²⁶.

El derecho a la información es un derecho **personalísimo** y no es susceptible de transmisión. En el supuesto de no existir falta de información por parte del médico, Carmen es la única persona que puede reclamar los daños morales causados por la ausencia de información. Las hijas sólo podrían tener derecho a la indemnización en el caso de que sea Carmen quién hubiese realizado la reclamación y fallecido en el medio del proceso. De esta forma, las hijas se considerarían legitimadas para continuar la causa²⁷.

del o la paciente y la aceptación por parte del profesional sanitario y de la dirección del correspondiente centro sanitario.

²² Vid artículo 16.2 del Código Deontológico: “El consentimiento se expresa habitualmente de forma verbal, dejando constancia en la historia clínica. Cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un riesgo significativo se obtendrá el consentimiento por escrito”.

²³ Vid artículo 2.2 de la Ley 41/2002 de la Comunidad Autónoma de Galicia.

²⁴ Vid artículo 5.1 de la Ley 41/2002 de la Comunidad Autónoma de Galicia.

²⁵ Ley 3/2001 artículo 8; “Características de la información previa al consentimiento 1.- El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida en que el paciente lo permita de forma expresa o tácita”.

²⁶ Vid artículo 5.3 de la Ley 41/2002.

²⁷ Vid Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 30 diciembre de 2010, JUR 2010/131562.

➤ **Quién debe informar.**

El derecho de información ha de ser garantizado por el médico responsable, el Doctor Vázquez, sin perjuicio de que otros profesionales que atiendan a la paciente, también serán responsables de informarle²⁸. En este caso el Doctor Vázquez consultó a otros dos médicos, sin embargo, tal y como se dispone en el caso, estos últimos no trataron con la paciente, por lo cual no serán responsables de informar a la paciente. Esta misma línea es seguida tanto por la Ley Básica 41/2002²⁹, como por la Ley Gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes³⁰. La Ley define médico asistencial³¹ como;

“el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales”.

Forma y contenido

La información, tal y como señalamos anteriormente, se proporcionará a la paciente **verbalmente**³², de forma **comprensible** y **adecuada**³³ a las necesidades determinadas de la paciente. El término *adecuada* se introdujo en el Convenio de Oviedo³⁴, lo que quiere decir, que la información debe ser lo **suficientemente clara y comprensible** para el paciente. Para ello, los profesionales deben evitar el uso de expresiones técnicas. El Doctor Vázquez, tal y como se dispone en la Ley Básica 41/2002, debe proporcionar la información verbalmente dejando constancia en la historia clínica de Carmen. Esto se puede deber a que;

*“la información por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente”*³⁵.

En todo caso, la información que se proporcione ha de ser **verdadera**³⁶. Además de todo lo expuesto, la Comunidad Autónoma de Galicia ofrece más detalles acerca de la información, ya que contempla que ésta ha de ser **completa y continuada**³⁷.

²⁸ Vid artículo 16.1 Código Deontológico.

²⁹ Artículo 4.3 ley 41/2002. *“El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.*

³⁰ Artículo 9 Ley 3/2001 de la Comunidad Autónoma de Galicia. Responsabilidad de información previa al consentimiento. *“El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que lo atiendan durante el proceso asistencial o que le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarlo”.*

³¹ Vid Artículo 3 Ley 41/2002.

³² Vid artículo 4.1 Ley 41/2002.

³³ Vid artículo 4.2 Ley 41/2002 y artículo 8 de la Ley 3/2001 de la Comunidad Autónoma de Galicia.

³⁴ Vid artículo 5.2 del Convenio de Oviedo.

³⁵ Vid STS 27/12/11, RJ 2012/166

³⁶ Vid artículo 4.2 ley 41/2002 y artículo 8 de la ley 3/2001.

Sobre que la información ha de ser **continuada**, se refiere a que ésta puede cambiar a lo largo del proceso, lo que provoca la necesidad de que el profesional sanitario continúe informando a la paciente a lo largo del proceso. El carácter de información **completa** se refiere a que la información ha de contener todos los puntos que se enumerarán al analizar el contenido. El Convenio de Oviedo³⁸ establece que no existe límite alguno en el conocimiento de los propios datos de salud, y en caso de existir, lo pone el paciente ya que toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada.

La Ley Básica 41/2002 dispone que la información que el doctor Vázquez debe comprender, como **mínimo**, los siguientes puntos respecto de cada intervención³⁹:

- Finalidad: Objetivos de la prueba o de la intervención.
- Naturaleza: Se refiere a la información clínica⁴⁰.
- Riesgos: Molestias que se puedan producir, así como los efectos secundarios en relación a las características de cada paciente.
- Consecuencias: Beneficios de la intervención.

Es de nuevo la Ley Gallega 3/2001 la que establece lo que debe incluir la información previa al consentimiento⁴¹:

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

Otro aspecto que no se contempla en la Ley Básica pero sí en la Ley 3/2001 de Galicia es **cuándo** se facilitará la información. Respecto a esto, se indica que el médico debe aportar la **información con la antelación suficiente** para que la paciente pueda reflexionar y decidir libremente⁴². En el caso concreto, se puede entender que el doctor Vázquez le ofreció la información adecuada acerca del TAC, así como del diagnóstico y

³⁷ Vid artículo 8.2 de la ley 3/2001.

³⁸ Artículo 10.2 del Convenio de Oviedo: “*Toda persona tendrá derecho a conocer toda la información obtenida respecto a su salud*”.

³⁹ Vid artículo 4.1 de la Ley 41/2002 de la Comunidad de Galicia.

⁴⁰ Artículo 3 de la ley 41/2002 de la Comunidad de Galicia: “*todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla*”

⁴¹ Vid artículo 8.5 de la Ley 3/2001 de la Comunidad de Galicia.

⁴² Vid artículo 8.3 de la Ley 3/2001 de la Comunidad de Galicia.

de la necesidad de la embolización, ofreciéndole a Carmen toda la información conforme al contenido expuesto anteriormente, y haciéndolo constar en la historia clínica.

Excepciones al deber de informar

- En caso de urgencia

El caso que se nos plantea no se puede considerar de urgencia ya que sí se permiten demoras en el procedimiento médico, y ese retraso no tendría por qué causar lesiones irreversibles o incluso el fallecimiento de la paciente. El TC aclara que;

“no basta con que exista situación de riesgo sino que aquel ha de estar calificado por las notas de inmediatez y de gravedad”⁴³.

- Estado acreditado de necesidad terapéutica

La Ley define necesidad terapéutica como la facultad del médico para **actuar sin informar antes al paciente**, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. En el caso concreto de Carmen, no se considera que el Doctor Vázquez tenga la creencia de que informar a la paciente sobre su proceso y el diagnóstico produzca una gravedad de su estado de salud. De ser así, el Doctor Vázquez debería haber dejado constancia en la historia clínica y comunicar su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho⁴⁴. La necesidad terapéutica no debe confundirse con el pronóstico fatal. Este último tiene el efecto contrario en relación a la información, ya que es un derecho que corresponde a todo enfermo que quiere conocer su verdadero estado de salud, a excepción de lo que mencionamos en el siguiente punto.

- Derecho del paciente a no ser informado

Como hemos mencionado en puntos anteriores, el paciente tiene el derecho a no ser informado y los profesionales sanitarios deben respetar tal decisión.⁴⁵ En este caso se entiende que si se ejerciera este derecho por parte de la paciente, debe constar documentalmente. Sin embargo, se establecen límites en la renuncia del paciente a recibir información, ya que se encuentra limitada por el interés del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso⁴⁶.

C) Derecho a la autonomía del paciente. Consentimiento informado.

Del derecho a la información, expuesto anteriormente, se deriva el derecho a la autonomía del paciente. Gracias a este derecho, la paciente está capacitada para gobernar sus actos según su voluntad teniendo en cuenta la información aportada por el

⁴³ STC 28 de marzo de 2011, RTC 2011/37. En el caso concreto de la sentencia, el paciente ingresa en urgencias de noche, sin embargo, el cateterismo necesario no se le aplicó hasta la mañana. Debido a esto, se entiende que en el lapso de tiempo transcurrido se pudo ofrecer la información necesaria al paciente.

⁴⁴ Vid artículo 7 de la Ley 3/2001 de la Comunidad de Galicia. Artículo 5.4 Ley 41/2002.

⁴⁵ Vid artículo 10.2 Convenio de Oviedo. Artículo 4 de la Ley básica 41/2002 y Artículo 9.2 Ley de salud de Galicia 8/2008.

⁴⁶ Vid artículo 9.1 de la Ley Básica 41/2002.

médico. Carmen, debió facilitar los datos sobre su estado físico, de salud al Doctor Vázquez de manera leal y verdadera, y colaborar con éste⁴⁷. Nada en el caso expuesto nos da lugar a plantear que esto no se ha llevado a cabo de la manera correcta.

Concepto

El consentimiento informado debe ser **libre y voluntario**, siendo necesario en toda actuación en el ámbito de la salud una vez recibida la información asistencial⁴⁸. El consentimiento será verbal, por regla general, y se prestará por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, así como en la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria repercusión negativa sobre la salud de los pacientes⁴⁹. De esta forma, el Doctor Vázquez sólo podría proceder a la embolización de Carmen, en caso de que ésta haya dado su libre e informado consentimiento.

Existe una doble apreciación en referencia a la **naturaleza** del consentimiento informado, tanto como un deber del doctor Vázquez como un derecho de Carmen, la paciente.

El consentimiento informado debe de contener una serie de elementos fundamentales⁵⁰:

- ❖ Las partes: El Doctor Vázquez es el responsable exclusivo de proporcionar a Carmen la información adecuada y respetar su libre decisión. La paciente es a quien se le debe proporcionar la adecuada información, de forma comprensible.
- ❖ Capacidad: Es el médico el que tiene que valorar la aptitud de Carmen para comprender la situación en la que se encuentra y a lo que se enfrenta. En este caso, entendemos que Carmen contaba con la capacidad suficiente para entender de lo que el Doctor Vázquez debe informarla.
- ❖ Voluntad: El consentimiento debe ser libre, personal, emitido por la paciente con pleno conocimiento del tratamiento. Entendiéndose que en este caso así se ha producido, estando libre de error.
- ❖ Declaración: El consentimiento debe ser manifestado de manera expresa o tácita.
- ❖ Concordancia entre la voluntad interna y la declarada.

Forma

Tal y como se expuso anteriormente, el consentimiento será **verbal**, por regla general, si bien la propia norma señala que se prestará por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, así como en la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria

⁴⁷ Vid artículo 2.5 de la Ley Básica 41/2002.

⁴⁸ Vid artículo 8.1 de la Ley Básica 41/2002.

⁴⁹ Vid artículo 3.1 de la Ley 3/2001 de la Comunidad de Galicia y artículo 8.1 de la Ley de salud de Galicia 8/2008.

⁵⁰ Vid GARCÍA HERNÁNDEZ, T., *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, Madrid, Edisofer, 2002, pp. 56.

repercusión negativa sobre la salud de los pacientes⁵¹. Estos casos en los que el consentimiento informado se debe dar por escrito, vienen fundados por el mayor riesgo que implican estos actos médicos.

En el caso que se está analizando, se produce en primer lugar un TAC a la paciente, tratándose de un acto diagnóstico, para el cual no es necesario un consentimiento informado escrito, sino que será verbal. Por otro lado, respecto de la embolización sí es necesario el consentimiento escrito, ya que se trata de un procedimiento terapéutico invasor. Teniendo en consideración lo anterior, una vez que los Doctores Vázquez, Seco y Fandiño creen conveniente llevar a cabo la embolización, el doctor responsable, en este caso el Doctor Vázquez, debe informar a la paciente sobre todo el proceso y ofrecerle dos copias por escrito, con el fin de que Carmen lo medite con el tiempo de antelación suficiente y de esta manera el consentimiento no se encuentre viciado. Una vez que la paciente otorgue el consentimiento, deberá llevar una copia⁵² de las expedidas anteriormente por parte del médico, firmada por la paciente. Una cuestión importante es entender si, Carmen firmó el consentimiento informado una vez que le médico le informó de todo el proceso y antes de irse a casa, o, por el contrario, Carmen estaría esperando a que la llamaran para que se procediera a la embolización. De todas las maneras, el Doctor Vázquez tendría una prueba de haber informado a la paciente, ya que tiene el deber de aportar toda esa información a la historia clínica.

En caso contrario, la Ley⁵³ prevé la forma **escrita en el caso de la revocación** del consentimiento, lo cual, la paciente puede hacer libremente en cualquier momento del proceso. En caso de que Carmen revocara el consentimiento de realizar la embolización esto ha de encontrarse recogido en la historia clínica. El documento de consentimiento informado debe respetar al menos, los mismos criterios de información que ya se pusieron de manifiesto en el derecho de información al tratar el contenido de éste⁵⁴. En el caso concreto no es necesario otorgar el consentimiento por representación, al no considerar que se den los supuestos recogidos en la Ley Básica 41/2002, en el artículo 9.3⁵⁵.

⁵¹ Vid artículo 3.1 de la Ley 3/2001 de la Comunidad de Galicia; artículo 8.1 de la Ley de salud de Galicia 8/2008 y artículo 8.2 de la Ley Básica 41/2002.

⁵² Artículo 10.2 de la Ley 3/2001 de la Comunidad de Galicia: “*En el documento de consentimiento informado quedará constancia de que el paciente o la persona destinataria de la información recibe una copia de dicho documento y de que comprendió adecuadamente la información*”.

⁵³ Vid artículo 8.5 de la Ley Básica 41/2002. Artículo 3.3 de la Ley 3/2001 de la Comunidad de Galicia.

⁵⁴ Artículo 10 de la Ley Básica 41/2002; “*El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones*”.

⁵⁵ Artículo 9.3 de la Ley Básica 41/2002. “*Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así*

Es importante destacar que la responsabilidad que se deriva de la obligación de informar a la paciente está individualizada y separada de las responsabilidades que se pudieran derivar por otros hechos, como la actuación negligente por parte del médico que cause daños a la paciente.

Excepciones

Tal y como se exponía en las limitaciones del derecho a la información, tampoco en este caso concreto se puede aplicar alguna de las excepciones en relación al consentimiento informado. La Ley 41/2002 reduce a dos supuestos las excepciones al consentimiento contempladas en la normativa sanitaria, las cuales son⁵⁶:

- Casos en los que la no intervención suponga un **riesgo para la salud pública**, en cuyo caso se aplican las normas de la Ley Orgánica 3/86 de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, para evitar la propagación de enfermedades transmisibles.
- Riesgo **inmediato y grave** para la integridad física o psíquica del enfermo.

La documentación clínica

Todo lo relacionado con el consentimiento informado que debe de otorgar la paciente, debe encontrarse por escrito bajo un soporte material y específico para cada supuesto, lo cual se denomina **Documento de Consentimiento informado**⁵⁷. Este tipo de autorizaciones que incorporan la información proporcionada al paciente son de uso habitual en la práctica clínica, estando protocolizados para un gran número de procesos. El **contenido mínimo** del documento es el siguiente⁵⁸:

- Identificación del procedimiento.
- Identificación del paciente, representante legal, familiar o allegado que presta el consentimiento.
- Identificación del médico que informa.
- Consentimiento del paciente o del familiar, allegado o representante legal que autoriza.
- Declaración del paciente de que conoce que el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento sin expresión de la causa de la revocación.
- Lugar y fecha.

conste en la sentencia. c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”.

⁵⁶ Vid artículo 9.2 de la Ley Básica 41/2002.

⁵⁷ Artículo 3 de la Ley Básica 41/2002: “*Documentación clínica: el soporte de cualquier tipo o clase que contiene un conjunto de datos e informaciones de carácter asistencial*”.

⁵⁸ Vid artículo 10 de la Ley 3/2001 de la Comunidad de Galicia.

- Firmas del médico, paciente, familiar, representante legal o persona a él allegada.

Centrándonos de nuevo en el caso concreto, es necesario destacar que este documento debe estar firmado por el paciente, debido a la posible inversión de la carga de la prueba de la que trataremos más adelante.

3. Historia Clínica

La historia clínica se encuentra definida por la Ley, como el conjunto de documentos en los que se contienen los datos, valoraciones y las informaciones de cualquier tipo sobre la situación y la evolución clínica de los pacientes a lo largo de su proceso asistencial, con la identificación de los médicos y de los profesionales que han intervenido en ellos⁵⁹. El concepto de historia clínica sirve de base para otros más concretos que también se encuentran recogidos en la Ley, como la información clínica⁶⁰, o el informe de alta médica⁶¹. Para un buen funcionamiento de la sanidad, es necesario que exista la máxima integración de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro, posibilitando su uso en los distintos centros asistenciales de España que atiendan al mismo paciente⁶². El responsable de la elaboración de la historia clínica es el Doctor Vázquez⁶³, quien no sólo se encuentra obligado a la correcta prestación de los servicios, sino al cumplimiento de los deberes de información y de la documentación clínica. El fin de la historia clínica es que se garantice una asistencia adecuada al paciente⁶⁴.

Tanto en la Ley 3/2001⁶⁵ de la Comunidad Gallega como la Ley Básica 41/2002⁶⁶ se recoge el **contenido** de la historia clínica. En el caso que se plantea, debería haberse recogido, como mínimo, en la historia clínica lo siguiente:

- Datos suficientes para la identificación de la paciente.
- Médico o profesional responsable.

⁵⁹ Vid artículo 13 de la Ley 3/2001 de la Comunidad de Galicia.

⁶⁰ Artículo 3 de la Ley Básica 41/2002: “*Información clínica: todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla*”.

⁶¹ Artículo 3 de la Ley Básica 41/2002: “*Informe de alta médica: el documento emitido por el médico responsable en un centro sanitario al finalizar cada proceso asistencial de un paciente, que especifica los datos de éste, un resumen de su historial clínico, la actividad asistencial prestada, el diagnóstico y las recomendaciones terapéuticas*”.

⁶² Disposición adicional tercera Ley Básica 41/2002: “*El Ministerio de Sanidad y Consumo, en coordinación y con la colaboración de las Comunidades Autónomas competentes en la materia, promoverá, con la participación de todos los interesados, la implantación de un sistema de compatibilidad que, atendida la evolución y disponibilidad de los recursos técnicos, y la diversidad de sistemas y tipos de historias clínicas, posibilite su uso por los centros asistenciales de España que atiendan a un mismo paciente, en evitación de que los atendidos en diversos centros se sometan a exploraciones y procedimientos de innecesaria repetición*”.

⁶³ Vid Artículo 17 de la Ley 3/2001 de la Comunidad de Galicia.

⁶⁴ Vid artículo 14 de la Ley Básica 41/2002.

⁶⁵ Vid artículo 16 de la Ley 3/2001 de la Comunidad Gallega.

⁶⁶ Vid artículo 15 de la Ley Básica 41/2002.

- Datos que identifiquen el proceso de atención sanitaria
- Anamnesis y exploración física.
- Órdenes médicas.
- Informe sobre los procedimientos diagnósticos o terapéuticos e interconsultas realizadas.
- Documento de consentimiento informado.

De esta manera, el Doctor Vázquez debería haber registrado en la historia clínica la prueba que se le realizó a Carmen, así como el diagnóstico de ésta y la necesidad de la embolización a posteriori, debiendo recoger también que se le entregó una copia del consentimiento informado para realizar la embolización. El contenido de la historia clínica tiene gran relevancia, tanto para Carmen como para el Doctor Vázquez, ya que puede dar respuesta a los problemas planteados en el caso debido al evidente valor probatorio con el que cuenta, y puede reflejar el actuar del profesional, probar la existencia de un consentimiento informado debidamente prestado. Por todo ello, es necesario concienciar a los profesionales sanitarios de la importancia de conseguir una historia clínica ordenada, completa, veraz, actualizada, secuencial, inteligible, respetuosa y única para cada paciente⁶⁷, como consecuencia de una buena práctica sanitaria⁶⁸. La paciente tiene derecho a que el centro sanitario, en este caso, el CHUAC, establezca mecanismos de custodia de su historia clínica⁶⁹. La Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia es más completa, estableciendo que las historias clínicas son propiedad de la Administración sanitaria cuando el médico trabaje por cuenta de una institución⁷⁰, tal y como se desarrolla en este caso.

En relación a la **conservación** de la historia clínica, los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica como **mínimo cinco años** contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial⁷¹. No obstante, conviene destacar que las diferentes disposiciones autonómicas establecen plazos más elevados y realizan distinciones pormenorizadas. Por ejemplo, la Ley de Galicia 3/2001 distingue entre documentos que se conservarán indefinidamente y el resto⁷². Por lo tanto, y volviendo al

⁶⁷ CRIADO DEL RÍO, M^a T. & SEOANE PRADO, J., *Aspectos médico-legales de la historia clínica*, Madrid, Colex, 1999, pp. 51.

⁶⁸ STS 2 de enero de 2012. Pérdida de la administración del documento relevante para la prueba “*Con la no aportación de esos documentos se les ha impedido poder conocer en qué momento comenzó el sufrimiento fetal y qué medidas se tomaron en función de dicho resultado*”.

⁶⁹ Vid artículo 19 de la Ley Básica 41/2002.

⁷⁰ Vid artículo 18 de la Ley 3/2001 de la Comunidad Gallega.

⁷¹ Vid artículo 17 de la Ley Básica 41/2002.

⁷² Artículo 20.2 Ley 3/2001 de la Comunidad Gallega; “*Se conservará indefinidamente la siguiente información: - Informes de alta.- Hojas de consentimiento informado. - Hojas de alta voluntaria.- Informes quirúrgicos y/o registros de parto. - Informes de anestesia.- Informes de exploraciones complementarias.- Informes de necropsia.- Hoja de evolución y de planificación de cuidados de enfermería.- Otros informes médicos.- Cualquier otra información que se considere relevante a efectos asistenciales, preventivos, epidemiológicos o de investigación.- La información de aquellas historias clínicas cuya conservación sea procedente por razones judiciales. 3. El resto de la información se*

caso que nos ocupa, el documento de consentimiento informado se conservará **indefinidamente** pudiéndose probar así que el Doctor Vázquez realizó el deber de información a la paciente conforme a lo dispuesto en las leyes.

Es necesario, en este punto, tratar **el valor probatorio y la carga de la prueba**. El valor probatorio de la historia clínica ha sido reconocido en numerosas sentencias⁷³. El documento de consentimiento informado recogido en la historia clínica influye de manera decisiva en la carga de la prueba, de modo que, como en el caso a analizar, sí consta consentimiento escrito firmado por la paciente, la carga de la prueba recae sobre Carmen o sus herederas, debiendo destruir la presunción de que se cumplió con el deber de informar. Es necesario tener en cuenta el principio de facilidad probatoria, que hace recaer las consecuencias de la falta de la prueba sobre la parte que se halla en una posición más favorable en relación a la disponibilidad⁷⁴.

A pesar de que no consideramos que se ajuste al caso, podría darse que no existiese documento escrito, encontrándonos así con otras situaciones⁷⁵:

- Casos en los que la Ley no exige el consentimiento, pero existe constancia en la historia clínica. La carga de la prueba recae sobre el paciente, ya que la constancia en la historia tendrá la fuerza de formulario escrito.
- Casos en los que la Ley no exige la forma escrita y tampoco consta anotación en la historia. En este caso, no existe un verdadero traslado de la carga de la prueba hacia el médico, sino que ambas partes deberán ilustrar al tribunal sobre qué versión es más creíble.
- Casos en los que la Ley exige ya la forma escrita y no figura en la historia. En este caso la carga de la prueba recae sobre el médico.

Por todo lo analizado anteriormente, se entiende que son las hijas de Carmen las que deben desvirtuar la presunción de que se cumplió el deber de informar por parte del Doctor Vázquez. Sin embargo, el Doctor Vázquez podría presentar como prueba la historia clínica, la cual debería contener el consentimiento informado. El centro sanitario facilitará el acceso a la historia clínica de la paciente fallecida a las personas vinculadas a ésta, en este caso sus hijas, entendiendo que la fallecida no lo hubiese prohibido explícitamente⁷⁶.

conservará, como mínimo, hasta que transcurran cinco años desde la última asistencia prestada al paciente o desde su fallecimiento”.

⁷³ Vid en este sentido STS de 3 de octubre del 2000.

⁷⁴ Vid artículo 217.7 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

⁷⁵ Vid MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. *Consentimiento informado y prueba de la lex Artis, La relevancia de la prueba de presunciones*. Revista de derecho y salud. Volumen 21, número 1, enero-junio 2011, pp, 78.

⁷⁶ Vid artículo 18.4 de la Ley Básica 41/2002.

C) Valoración del documento de instrucciones previas.

En relación a la segunda cuestión planteada es necesario analizar la validez legal del documento de instrucciones previas, así como la potestad del médico para actuar de forma contraria a lo dispuesto en el documento de instrucciones previas.

1. Concepto.

El documento de instrucciones previas se constituye con el fin de proteger el derecho de autonomía del paciente; se trata de una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional cuando su omisión o incumplimiento pueda derivar en una lesión a algún derecho fundamental⁷⁷. Es necesario que exista capacidad de obrar con respecto al conocimiento de la voluntad del paciente sobre los cuidados y tratamiento de su salud o sobre el destino de sus órganos, cuando este no pueda expresarla personalmente. Además puede establecer un representante para que actúe como interlocutor con el personal sanitario con el fin de hacer cumplir lo dispuesto en las instrucciones previas⁷⁸.

Los deseos expresados por el paciente anteriormente serán tomados en consideración en relación a una intervención médica por el paciente que, en el momento de la intervención no se encuentre en situación de expresar su voluntad⁷⁹. Sin embargo, el informe explicativo del Convenio de Oviedo dispone en relación al artículo 9 que:

“El artículo establece que cuando las personas hayan expresado con anterioridad sus deseos, éstos deben tenerse en cuenta. Con todo, tener en cuenta los deseos expresados con anterioridad no significa que deban seguirse necesariamente. Por ejemplo, cuando los deseos se expresan mucho tiempo antes de la intervención y la ciencia haya avanzado desde entonces, puede no haber fundamento para respetar la opinión del paciente. Así el facultativo debe, en la mayor medida posible, estar persuadido de que los deseos del paciente se aplicarán a la situación actual y que aún son válidos, teniendo en cuenta especialmente el avance técnico de la medicina”.

En este caso, se entiende que Carmen no ha dejado ningún representante, pero se deberá tener en cuenta lo expuesto en las instrucciones previas ya que la paciente no puede, debido a su estado físico, expresar su propia voluntad.

2. Requisitos y validez

La Ley Básica establece que deja a criterio de cada servicio de salud la regulación del procedimiento que garantice el cumplimiento de las instrucciones previas. Del mismo modo, exige que conste siempre por **escrito**⁸⁰. Los documentos de instrucciones

⁷⁷ STC 37/2001 de 28 de marzo.

⁷⁸ Vid artículo 11.1 Ley Básica 42/2002. Artículo 5.1 Ley de la Comunidad Gallega 3/2001.

⁷⁹ Vid artículo 9 del Convenio de Oviedo (entró en vigor en España el 1 de enero de 2000 se conoce como el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Fue celebrado en Oviedo, en abril de 1997).

⁸⁰ Vid artículo 11.2 Ley Básica 42/2002.

previas se pueden revocar libremente en cualquier momento, y también deberá contar por escrito⁸¹. La determinación concreta de la emisión del documento se encuentra en manos de la normativa de las Comunidades Autónomas. En el caso de Galicia, se exige la formalización de las instrucciones previas mediante los siguientes procedimientos⁸²:

- Ante *notario*, ya que mediante su fe pública y bajo su responsabilidad cree capaz al otorgante de tal documento, asimismo debe informar del contenido del documento, y verificar que se corresponde con la voluntad declarada por el paciente.
- Ante tres *testigos*, los cuales asumen la responsabilidad de garantizar la voluntad del paciente. Tales testigos deberán ser mayores de edad y contar con plena capacidad de obrar y al menos, dos de ellos, no podrán tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relaciones patrimoniales.

El documento de instrucciones previas va dirigido al médico responsable directamente de la asistencia de Carmen, en este caso, el Doctor Vázquez; el cual será el principal responsable de cumplirlo y de incorporarlo a la historia clínica⁸³. Sin embargo, esto no aparece reflejado en la Ley de Galicia⁸⁴, así como sí se contempla en otras Comunidades Autónomas como la de Madrid⁸⁵. Sin perjuicio de anteriormente expuesto, para asegurar la eficacia de los documentos de instrucciones previas tanto a nivel estatal como autonómico, se han creado el Registro nacional y el Registro autonómico de las instrucciones previas⁸⁶. Mediante el Decreto 259/2007, de 13 de diciembre se crea el **Registro Gallego de instrucciones previas**, con el objetivo de regular la inscripción, sustitución, revocación y la custodia de los documentos, así como facilitar el acceso, la consulta, expedir copias, certificaciones, así como la necesidad de coordinar el registro autonómico con el estatal. El Doctor Vázquez deberá acceder a dichos documentos en cuanto sea necesario conocer su contenido y existencia, para poder conocer la voluntad de Carmen.

En relación con el caso propuesto, la paciente, Carmen, en su momento había realizado el documento de instrucciones previas. Sin adentrarnos en el contenido del documento, se trata de garantizar que Carmen sea mayor de edad, que cuente con la capacidad de obrar suficiente, y que lo otorgue sin ningún tipo de coacción o amenaza.

⁸¹ Vid artículo 11.4 Ley Básica 42/2002. Artículo 5.5 Ley de la Comunidad Gallega 3/2001.

⁸² Vid artículo 5.2 Ley de la Comunidad Gallega 3/2001.

⁸³ Vid SÁNCHEZ-CARO, J. & ABELLÁN, F., *Instrucciones previas en España*, Granada, Comares, 2008 pp 56.

⁸⁴ Vid artículo 5.4 Ley 3/2001 de la Comunidad de Galicia, artículo 5.4.

⁸⁵ 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. Artículo 8: “1. *Corresponde al médico encargado directamente de prestar la asistencia al paciente cumplir las instrucciones previas, sin perjuicio de la posible intervención de otros profesionales que participen en las actuaciones asistenciales, así como de las recomendaciones de los Comités de Ética Asistencial o del Comité Asesor de Bioética de la Comunidad.* 2. *El documento de instrucciones previas se incorporará a la historia clínica del paciente, haciéndose constar en lugar visible al acceder a la historia*”.

⁸⁶ Vid artículo 5.6 Ley Gallega 3/2001.

La paciente deberá gozar de capacidad, conocimiento y voluntad⁸⁷. Considero que no hay por qué dudar de la capacidad, el conocimiento y de la voluntad de Carmen, ya que en el caso no se aportan datos para establecer lo contrario. Por lo tanto, **no existe duda** de la validez legal del documento de instrucciones previas de Carmen.

Sin embargo, se debate con respecto a la validez de estos documentos ya que en algunos casos la distancia que existe entre el momento en que se realiza el testamento y el momento en el que se aplica. Puede ser que una persona varíe su opinión, ya que en el momento de estar en buen estado los problemas se afrontan de otra manera que en el momento cercano a la muerte. Para que estos documentos se pudiesen considerar realmente prácticos y viables deberían existir otros dos factores; que fuesen lo más concretas posibles para no dar lugar a posibles debates o que el representante pueda interpretar el documento para tomar la decisión correcta⁸⁸. Una posible solución que se plantea es que las instrucciones previas fueran ratificadas o modificadas cada cinco años, debido a que se pueden desarrollar avances científicos o nuevas terapias o protocolos de actuación.

Límites

Tanto la legislación española como la autonómica dispone que no serán aplicadas las instrucciones previas cuando⁸⁹: sean contrarias al ordenamiento jurídico, cuando sean contrarias a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. Es necesario analizar de manera pormenorizada los límites dispuestos en la Ley con el fin de entender en qué casos no se debe atender a lo dispuesto en los documentos de instrucciones previas.

- **Contrarios al ordenamiento jurídico:**

En aquel momento en el que los pacientes pudieran solicitar medidas o actuaciones que entren en colisión con disposiciones del Código Penal, lo cual impide algunas formas de eutanasia o los casos de auxilio al suicidio. Se puede hablar de 3 modalidades básicas de la eutanasia⁹⁰:

- a) **Eutanasia activa directa:** Se trata de un acto típico bajo el Código Penal⁹¹. Son actos inequívocos que implican la muerte del enfermo que sufre una enfermedad grave. En esta misma línea también se recoge en el Código Penal el auxilio al suicidio.
- b) **Eutanasia pasiva:** Consiste en no adoptar medidas o tratamientos tendientes a alargar la vida del paciente o bien la interrupción o cese de un tratamiento médico. En estos casos, el enfermo se halla en fase terminal y no tiene sentido

⁸⁷ Vid PALOMAR OLMEDA, A., CANTERO MARTÍNEZ, J., LARIOS, D., GONZÁLEZ GARCÍA, L., & MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Tratado de derecho sanitario*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pág 837.

⁸⁸ Vid PALOMAR OLMEDA, A., CANTERO MARTÍNEZ, J., LARIOS, D., GONZÁLEZ GARCÍA, L., & MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *op. Cit*, pp. 847.

⁸⁹ Vid Ley 3/2001 de Galicia, artículo 5.3. Ley 41/2002, artículo 11.3.

⁹⁰ Vid SÁNCHEZ-CARO, J. & ABELLÁN, F *op.Cit*, pp. 136.

⁹¹ Vid artículos 143.1 y 143.4 Código Penal.

prolongar el tratamiento. Se trata de una conducta atípica penalmente, ya que no existe posibilidad alguna de salvar la vida del enfermo.

- c) Eutanasia activa indirecta: Se trata de actos que conllevan el acortamiento de la vida del paciente que padece una grave enfermedad con un diagnóstico fatal. Se trata también de una conducta atípica penalmente, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: Sea el médico el que suministre los analgésicos al paciente y que lo haga conforme a la *lex artis*⁹². A pesar de que en el caso concreto Carmen, en su documento de instrucciones previas no dispone acto alguno de eutanasia, cabe decir que algunas formas de eutanasia, como la pasiva o la activa indirecta, si pueden encontrarse recogidas en las instrucciones previas.

- Contrarias a la *lex artis*.

Se trata de la forma correcta de actuar del profesional sanitario. El término *lex artis* está en continua evolución ya que gracias a los avances científicos y/o tecnológicos lo que hoy en día es imaginable, al poco tiempo es una práctica habitual en el campo de la medicina.

- Las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas.

Se trata de la falta de concordancia con el supuesto de hecho que el paciente haya previsto en el momento de otorgar el documento de instrucciones previas. Para ello, es necesario realizar una contextualización de las instrucciones previas para comprobar si las circunstancias previstas por el interesado coinciden con las que se dan en el momento en el que estas se deben aplicar. Por todo ello, se podrían dejar sin efecto las instrucciones previas cuando la ciencia evoluciona arrojando nuevas soluciones o terapias. Por ello, en todo caso se debe exigir una coincidencia entre el supuesto previsto y la realidad. No debe admitirse la analogía, ni la interpretación extensiva de la voluntad del paciente⁹³.

3. Muerte Cerebral

En el caso concreto que se nos plantea, la paciente Carmen, recoge su voluntad de **no ser desconectada** de la respiración asistida u otro procedimiento que **prolongase** su vida en el documento de instrucciones previas, alegando que podrían existir avances médicos que pudiese continuar viviendo. Considero que es fundamental conocer el estado en el que se encuentra la paciente para resolver la controversia. El Doctor Vázquez, considera que la paciente presenta muerte cerebral⁹⁴, de aquí en adelante ME, debido a la hemorragia masiva que se deriva del problema que presentaba, el aneurisma⁹⁵. Esta exploración debe ser sistemática, completa y extremadamente

⁹² Vid SÁNCHEZ-CARO, J. & ABELLÁN, F., *op.Cit*, pp. 137.

⁹³ Vid ARBE OCHANDIANO, M., *Estudio de las instrucciones previas en el ámbito sanitario a través del ordenamiento jurídico español*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2011. pp. 148.

⁹⁴ La muerte encefálica se define como el cese irreversible en las funciones de todas las estructuras neurológicas intracraneales, tanto de los hemisferios cerebrales como del troncoencéfalo.

rigurosa⁹⁶. El cese irreversible de las funciones encefálicas, se reconocerá mediante un examen clínico adecuado por parte del Doctor Vázquez y tras un periodo de observación⁹⁷. Tales aspectos se ajustarán a los protocolos recogidos en el Anexo I del Real Decreto 1723/2012 de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

Por ello, el Doctor Vázquez decide realizar una prueba instrumental de soporte diagnóstico concluyente, el TAC. La tomografía computarizada es un procedimiento computarizado de imágenes obtenidas por rayos X, produciendo imágenes transversales del cuerpo⁹⁸. El periodo de observación debe valorarse de forma individual, atendiendo a las circunstancias personales de cada paciente, y a las pruebas instrumentales realizadas⁹⁹. Considerando que se trata de un diagnóstico de muerte encefálica no complicado; debido a que conocemos la causa conocida del coma, la hemorragia masiva, Carmen es una paciente que presenta una exploración clínica de muerte encefálica, y una prueba instrumental de soporte diagnosticado de muerte encefálica, por lo que el Doctor Vázquez no tiene el deber de esperar el periodo de observación¹⁰⁰ al que se hace referencia en el apartado 2.3 del mismo Anexo I del Real Decreto 1723/2012. El Doctor Vázquez cuenta con la cualificación adecuada para certificar la muerte¹⁰¹ mediante el diagnóstico de muerte. El Real Decreto 1723/2012, define diagnóstico de la muerte como:

“un proceso mediante el cual se confirma el cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratorio o, como en el caso de Carmen, del cese irreversible de las funciones encefálicas”.

También se dispone que la hora de la muerte se registrará en el momento en el que se complete el de muerte¹⁰².

⁹⁵ Sentencia Provincial Madrid 127/2005 de 1 marzo. AC 2005\521 “*Que no existen protocolos a un nivel nacional o internacional sobre el tratamiento óptimo de la hemorragia subaracnoidea. Tampoco existe evidencia científica sobre la pertinencia de la intervención precoz frente a la retrasada en la hemorragia subaracnoidea aneurísmica. En general, se recomienda que cada caso sea tratado de forma individualizada.*”

⁹⁶ Vid ESCALANTE COBO, J. & ESCUDERO AUGUSTO, D., *Conclusiones de la III Conferencia de Consenso de la SEMICYUC. Muerte encefálica en las Unidades de Cuidados Intensivos*, 2000.

⁹⁷ Vid artículo 9.2 Real Decreto 1723/2012.

⁹⁸ *Tomografía Computarizada (TC)*. (2017). *National Institute of Biomedical Imaging and Bioengineering*. Obtenido el 27 enero 2017, disponible en <https://www.nibib.nih.gov/espanol/temas-cientificos/tomograf%C3%ADa-computarizada-tc>

⁹⁹ Vid Real Decreto 1723/2012. Anexo I. Apartado 2.3.

¹⁰⁰ Vid Real Decreto 1723/2012. Anexo I. Apartado 2.5.

¹⁰¹ Artículo 3 Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad: “*Certificación de muerte: acto médico en virtud del cual se deja constancia escrita del diagnóstico de la muerte de un individuo, bien sea por criterios neurológicos (muerte encefálica) o por criterios circulatorios y respiratorios. Esta constancia escrita no sustituye la posterior y preceptiva cumplimentación del certificado médico de la defunción, establecida en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*”.

¹⁰² Vid artículo 9.4 Real Decreto 1723/2012.

En este supuesto en el cual se rechaza por parte del Doctor Vázquez las instrucciones previas de la paciente deberá constar razonadamente la causa en la historia clínica, tal y como dispone el artículo 11.3 de la Ley Básica y el artículo 5.3 de la Ley de Galicia 3/2001. El Doctor Vázquez deberá alegar que se ajusta a uno de los límites anteriormente explicados. El supuesto que se establece en las instrucciones previas de Carmen no se corresponde con el supuesto de hecho. Esto se debe a que Carmen considera que no quiere que se desenchufe en caso de estar conectada a cualquier instrumento que prolongase su vida. Sin embargo, debido a la facultad que la Ley le otorga al Doctor Vázquez para declarar la muerte de la paciente, se considera que el estado de la paciente es irreversible y no existe ningún aparato o procedimiento que pueda prolongar su vida, ya que la paciente ya ha fallecido. Dicho de otra forma, consideramos que **Carmen no fallece como consecuencia de desconectarla de los aparatos reanimadores, sino que se interrumpe la asistencia reanimadora debido a que la paciente está muerta.**

Como se recoge en la conclusión número doce de la III Conferencia de Consenso de la SEMICYUC Muerte Encefálica en las Unidades de Cuidados Intensivos,

“una vez diagnosticada la ME, se procederá, por parte del médico, a la retirada de las medidas de soporte que se aplicaban al paciente. La obstinación terapéutica, en estos casos, es maleficiente y puede ser injusta”.

En este sentido, destacamos la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 28 de mayo de 2004, ARP 2004/427 la cual expone:

“se produjo su inevitable fallecimiento, por muerte encefálica provocada por las hemorragias cerebrales consecuencia de las fracturas craneales”

No existen alternativas al tratamiento, sólo queda la posibilidad de donar los órganos para futuros trasplantes, y la retirada de todas las medidas de soporte¹⁰³. El médico debe informar a la familia de una manera clara, inequívoca y comprensible que la muerte cerebral es igual al fallecimiento de la persona a efectos científicos, éticos y legales¹⁰⁴. A pesar de que la familia de Carmen deseaba que no se desconectase a la paciente, la decisión de retirar las medidas de soporte vital, es del Doctor Vázquez, y en ningún caso puede encontrarse condicionada por la opinión de los familiares ni, en este caso, de las voluntades de la paciente.

D) Valoración de las posibles acciones legales

Se tratará de analizar los cauces legales que debe seguir la hija de la paciente, María, contra quien debe emprender las acciones, qué tribunal se considera competente en este aspecto, el procedimiento a seguir y los ilícitos que se le podrían atribuir a las acciones del Doctor Vázquez y del Hospital Universitario de A Coruña.

¹⁰³Vid MARSÉ MILLÁ, P., “Muerte encefálica y toma de decisiones en la Unidad de Cuidados Intensivos”. *Medicina Intensiva*, 24(4), 2000.

¹⁰⁴Vid ESCUDERO, D., “Diagnóstico de muerte encefálica”. *Medicina Intensiva*, 33(4), 185-195, 2009.

1. Disposiciones legales.

La Constitución Española garantiza el principio de responsabilidad de los poderes públicos en el artículo 9.3 mientras que en el artículo 106.2 reconoce el derecho a ser indemnizado por cualquier lesión que se produzca en sus bienes y derechos, cuando sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Lo anterior origina un deber por parte de las Administraciones Públicas a actuar de manera diligente, y de no ser así, deberán responder por sus actos, disposiciones u omisiones, siempre que produzcan algún daño a terceros.

El régimen jurídico básico de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones se encuentran en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, Ley 40/2015); en particular en el Capítulo IV, artículos 32 a 37, “de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones”; y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC); la cual tiene como objeto regular el procedimiento sancionador y el de reclamación de responsabilidad de las Administraciones Públicas, entre otros¹⁰⁵. Centrándonos en el ámbito sanitario, también hay que atender a lo dispuesto en el capítulo VI, de las infracciones y sanciones de la LGS así como a lo dispuesto en la Ley Básica.

En relación a la Comunidad Autónoma de Galicia habrá que atender a lo dispuesto en la Ley 16/2010, de 17 de diciembre de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, así como la Ley 8/2008 de salud de Galicia, y al Decreto que modifica el Decreto 45/2006 de 23 de febrero que establece la estructura orgánica de la Consellería de Sanidad.

2. El daño

El daño supone un menoscabo en el cuerpo, en la esfera personal o en la patrimonial. Los daños indemnizables son aquellos que se consideran injustos. La responsabilidad médica se puede manifestar a través de una negligencia omisiva en la aplicación de un medio curativo o la existencia de una acción culpable o negligente en la aplicación del medio curativo¹⁰⁶. Para que se pueda hablar de responsabilidad hay que atender al daño, siendo un elemento fundamental, y se trata de repararlo o resarcirlo. Los daños susceptibles de indemnización materiales y los morales, en este caso el daño causado es la muerte de la paciente, Carmen.

Los **daños morales** debidos a la muerte de una persona es un derecho propio del superviviente que no se adquiere por título hereditario¹⁰⁷, sino que se considera un derecho propio de quien reclama¹⁰⁸. En este caso, las hijas de Carmen cuentan con el derecho de reclamar la indemnización por daños morales debido al fallecimiento de su

¹⁰⁵ Vid Artículo 1 de la Ley 39/2015.

¹⁰⁶ STS Sala de lo Civil, número 1253/2004, de 30 de diciembre, RJ 2005/516.

¹⁰⁷ Vid STS 19 de junio de 2003, RJ 2003/4244.

¹⁰⁸ Vid GUERRERO ZAPLANA, J., *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*; Valladolid, Lex Nova, 2006, pp.78.

madre. El importe de la reclamación debe fijarse en función del **daño producido**, sin que sean relevantes aspectos como la gravedad de la infracción del médico.

El artículo 34.1 de la Ley 40/2015 dispone:

“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

a) Criterios de imputación

No todo daño es reparable, como sucede en caso de fallecimiento o de lesiones permanentes, debiendo soportar el daño debido al funcionamiento de los servicios públicos sin reparación alguna. Mediante el criterio de imputación se constituye una técnica para decidir cuando la lesión debe ser reparada o cuando debe soportarse sin indemnización. Nos centraremos a los criterios¹⁰⁹ que se ajustan al caso;

El criterio objetivo circunstancial trata de valorar la actuación de la Administración, surgiendo la responsabilidad cuando se omite alguna acción exigible al médico, o bien realizando la acción de manera incorrecta, generando daños.

El criterio culposo de imputación, en relación con la conducta del doctor Vázquez en este caso.

En este caso, el daño ha de ser indemnizado ya que se produjo la muerte de Carmen como consecuencia de la omisión por parte del Doctor Vázquez de ingresar a la paciente o, en su defecto, llamarla con la máxima celeridad para realizársele la embolización. El Doctor Vázquez era conocedor de la gravedad de la paciente y de la urgencia de la operación, sin embargo, decidió omitir todo tipo de acción que ayudara a la paciente a mejorar su salud. La administración es la responsable directa de satisfacer las indemnizaciones producidas por los daños y perjuicios causados por las autoridades y por el personal a su servicio, tal y como se desarrollará más adelante. En la ya derogada Ley 30/1992 no se contemplaba criterio alguno para la valoración de los daños, remitiendo la cuestión a la práctica jurisdiccional y a la doctrina. Sin embargo, con la Ley 40/2015 se establece que la indemnización en caso de muerte se calculará con arreglo a la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros Obligatorios y de la Seguridad Social¹¹⁰, que se encuentra recogido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Por otro lado, es necesario considerar la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto

¹⁰⁹ Vid GAMERO CASADO, E. & FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 2016, pp 712.

¹¹⁰ Vid Artículo 34.2 Ley 40/2015.

Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, de aquí en adelante TRLCU, ha constituido la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva consagrado en su artículo 148.2.

“Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario”.

En un primer momento, el TS no se mostraba conforme al carácter objetivo de la responsabilidad civil sanitaria¹¹¹. Sin embargo, la STS de 1 de julio de 1997, RJ 1997/5471, distingue la responsabilidad del médico como profesional de la responsabilidad del centro sanitario. Así mismo, la responsabilidad de la entidad sanitaria puede evaluarse desde una visión objetiva. Por lo tanto, se aplica el artículo 148 del TRLCU al centro sanitario y no al profesional concreto autor del acto médico¹¹².

b) Obligación de medios.

En este punto, consideramos conveniente distinguir entre obligación de medios y de resultado. La obligación de resultado exige al médico conseguir el resultado previsto y satisfactorio para el paciente, como en el caso de la medicina voluntaria. El Tribunal Supremo, establece en distintas sentencias¹¹³ que la obligación de los médicos es de medios¹¹⁴. De esta manera se exige la aplicación de todos los medios disponibles y conforme al criterio *lex artis ad hoc*¹¹⁵ por parte del médico, imposibilitando la existencia de una defectuosa prestación de los servicios sanitarios.

En el caso concreto que se nos plantea, el daño que se produce debido a la falta de medios ofrecidos a la paciente que desencadena un estado de muerte cerebral en la víctima. Es necesario resaltar que la decisión del médico de no ingresar a la paciente, se debió a la ausencia de camas disponibles. Un caso muy similar es el que se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo 468/2006, de 19 de mayo. RJ 2006/3277, en la cual el

¹¹¹Vid GALÁN CORTES,J. & MARÍN CASTÁN,F., Responsabilidad civil médica, Madrid, Thomson Civitas, 2016.

¹¹² En este sentido; STS 5/01/2007 RJ 2007/552 ; STS 25/11/2010 RJ 2011/1313 ; STS 18/05/2012 RJ 2012/6356 ; STS 3/07/2013 RJ 2013/4380.

¹¹³Vid STS 3 de septiembre de 2000. RJ 2000/7799. STS 10 de mayo de 2005. RJ 2005/9332. STS 16 de mayo de 2005. RJ 2005/6322.

¹¹⁴STS de 13 de julio de 2007, RJ 2007/6862: *“la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible.”*

¹¹⁵STS 575/2010, RJ 2010/7141: *“Las obligaciones asumidas por los profesionales sanitarios son de medios y no de resultados, por lo que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la lex artis ad hoc.”*

paciente ingresa como enfermo del aparato digestivo, sin embargo, lo ingresan en la Sala de Traumatología, por la falta de camas en la Sala de Cirugía o Digestivo. El paciente no fue visitado por el médico cirujano hasta el día siguiente, el cual ordenó la intervención quirúrgica, falleciendo el paciente en esta por “shock séptico”. Por ello el tribunal considera que existe;

*“un defectuoso funcionamiento del Centro hospitalario, al no haber adoptado los medios de que disponía para el tratamiento adecuado del enfermo, que propiciaron la carencia de las convenientes medidas de vigilancia y seguimiento durante su hospitalización, abstracción hecha del personal médico individualizado a quién correspondiera su adopción, y que ha de ser atribuida, por vía de omisión, al Hospital lo que determina que debe responsabilizársele por **culpa «in vigilando»**, pues en tal comportamiento han concurrido los requisitos relativos a la culpa extracontractual, determinada en el artículo 1902 del Código Civil “.*

3. La responsabilidad patrimonial de la Administración.

El Estado se reserva la competencia exclusiva para la determinación del sistema de responsabilidad extracontractual de la administración pública¹¹⁶. Se trata de una responsabilidad extracontractual ya que, la relación médico-paciente no se basa en un acuerdo de voluntades, es decir; el médico no contrata nada con el paciente, por lo que tiene la consideración de auxiliar en el cumplimiento de la obligación del hospitalario¹¹⁷. La responsabilidad patrimonial de la Administración tiene lugar cuando, el hecho dañoso tiene lugar durante la prestación sanitaria llevada a cabo en un centro de salud público. En este caso, la prestación sanitaria a la paciente se realiza en el Hospital Universitario de A Coruña, tratándose de un hospital público, siendo así el ente autonómico el responsable de los daños derivados de las asistencias sanitarias de la Seguridad Social. La STS de 29 de abril de 2008, RJ 2008/4979 dispone que:

“A la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”.

De esta manera el Tribunal Supremo establece que es posible decretar la responsabilidad de la Administración aunque no se demande al personal sanitario que haya desarrollado alguna actividad médica profesional para tratar de lograr la salud del enfermo¹¹⁸.

¹¹⁶Vid Artículo 149.1.18ª Constitución Española.

¹¹⁷ Vid STS 478/2015 de 14 de septiembre. RJ 2015/3719.

¹¹⁸ STS 767/2000 de 20 de julio. RJ 2000/6757. “La doctrina de esta Sala se ha pronunciado para decretar la responsabilidad del INSALUD aunque no se hubiera demandado al personal sanitario que hubiera

Las características de la responsabilidad extracontractual son las siguientes;

- Régimen **específico** diferente al establecido por los artículos 1902 y siguientes del Código Civil en relación a la responsabilidad patrimonial en relaciones de derecho privado. La responsabilidad patrimonial por acciones sanitarias parte del criterio *lex artis ad hoc*, que obliga al personal sanitario a emplear los medios y técnicas que la ciencia de la medicina ofrece, y en virtud del cual se permite exonerar a la Administración si su actuación se acomodó a las reglas propias del arte y del oficio.
- Sistema **unitario**, se aplica al conjunto de las Administraciones Públicas, tanto si actúan en relaciones de derecho público o privado¹¹⁹. El artículo 33.1 de la Ley 40/2015 regula la responsabilidad solidaria en caso de ser varias Administraciones las responsables del daño.
- Responsabilidad **directa**¹²⁰ de la Administración, por tanto es la responsable de cubrir y responder directamente de los daños antijurídicos resarcibles causados mediante la actuación del personal a su servicio. Existe una excepción a lo anterior, el carácter subsidiario de la Administración en caso de que la responsabilidad se declare en un proceso penal.

a) Requisitos

El hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones esté configurada como una obligación objetiva, no quiere decir que el simple hecho de acudir a un centro hospitalario público y que se le aplique algún tratamiento terapéutico origine derecho a indemnización alguna. Por ello, la jurisprudencia en numerosas sentencias ha establecido los requisitos para considerar la responsabilidad de las Administraciones. En este sentido, la STS de 17 de octubre de 2000, RJ 2000/8631 de la Sala Contencioso-Administrativo establece los requisitos para apreciar la responsabilidad extracontractual de la Administración en su fundamento de derecho número IV de la siguiente manera;

a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupos de personas que no tenga el deber jurídico de soportar.

b) Que el daño o la lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que puedan influir.

c) ausencia de causa mayor

desarrollado alguna actividad médica profesional en la procura de lograr la salud del enfermo, pues su responsabilidad resulta directa ”

¹¹⁹ Vid Artículo 35 Ley 40/2015.

¹²⁰ Vid Artículo 34.2 Ley 40/2015.

Por lo tanto, es necesario analizar detalladamente si han concurrido en el caso concreto los requisitos necesarios para apreciar la responsabilidad de la Administración.

-El daño ha de considerarse **efectivo, evaluable, individualizable y antijurídico**¹²¹. En el caso el daño se produce debido a la omisión en la prestación de la atención sanitaria a Carmen por parte del Doctor Vázquez.

El daño se considera **efectivo** ya que no es una simple suposición del futuro¹²², sino que el daño se hace efectivo con la muerte de la paciente. Se entiende daño **evaluable** en el caso de poder demostrarse la realidad del daño y su cuantía, se entienden los daños físicos, morales, o el fallecimiento de un familiar¹²³. En este caso, sobre la paciente Carmen, tratándose así de un daño individualizable. En último lugar, es necesario analizar el concepto **antijurídico** como requisito fundamental para considerar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Las actividades del personal no tienen que garantizar el resultado, sino un empleo correcto de la ciencia y de la técnica en función de las circunstancias del caso concreto¹²⁴. En este caso, el médico realizó correctamente la prueba diagnóstica instrumental para detectar el aneurisma, el TAC. Sin embargo, la paciente no es ingresada de urgencia en el Hospital sino que la mandan para casa a la espera de que la llamen para someterse a la operación oportuna para mejorar la salud de Carmen, produciéndose así una lesión antijurídica, en el sentido de que el paciente no tenga el deber jurídico de soportarla¹²⁵. En este sentido, y abriendo paso al siguiente requisito, la STS de la Sala Contencioso-Administrativo de 10 de mayo de 2005 RJ 2005/9332 establece:

“Para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexos causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar”.

-La lesión sufrida sea imputable a la administración en relación a causa a efecto, es decir, mediante una **relación de causalidad**. En el caso que se nos plantea, no se ponen a disposición de la paciente todos los medios que ofrezca el estado actual de la ciencia para alcanzar el resultado curativo más favorable para la paciente. La Administración no sólo responde por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, sino también por el funcionamiento normal¹²⁶. De esta manera, nos encontramos en un caso de funcionamiento anormal, “culpa in vigilando”, debido a la omisión por parte del Doctor Vázquez de ingresar a la paciente y realizarle la operación con la máxima celeridad. Es necesario que se pruebe que la posibilidad de haber ingresado a la paciente hubiera disminuido la posibilidad de que Carmen falleciese.

¹²¹ Vid artículo 32.2 Ley 40/2015.

¹²² Vid STS 20/1/2001. RJ 2001/641.

¹²³ Vid STS 8/10/1998, RJ 1998/7815.

¹²⁴ Vid STS 13 / 03/2012, RJ 2012/4800.

¹²⁵ Vid artículo 32.3 Ley 40/2015.

¹²⁶ Vid artículo 32.1 Ley 40/2015.

De la misma manera, la STS de la Sala Contencioso-Administrativo de 10 de mayo de 2005 RJ 2005/9332¹²⁷ establece:

“que la Administración responde no sólo por el funcionamiento anormal del servicio público, sino también por el funcionamiento normal; que por ello el caso fortuito / no exime de responsabilidad; y que no estamos ante un caso de fuerza mayor.”

-La relación de causalidad puede **interrumpirse** debido a tres circunstancias¹²⁸: culpa de la víctima, culpa de un tercero distinto del perjudicado que haya podido influir en el daño o por fuerza mayor, es decir, un hecho no previsible que el perjudicado tiene el deber jurídico de soportar.

En consecuencia con lo analizado anteriormente; consideramos que se dan todos los requisitos para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por ello, cabe concluir que no cabe iniciar acciones legales contra el Doctor Vázquez sino contra el Servicio Gallego de Salud, de aquí en adelante SERGAS.

b) Carga de la prueba

En la responsabilidad patrimonial extracontractual, el criterio de imputación se considera objetivo, es decir, la responsabilidad no se funda en la actuación negligente del médico sino en que la paciente no se encuentra obligada a soportar el riesgo de producir un daño. De esta manera no se tiene en cuenta la culpa, quedando liberados así los perjudicados de la carga de la prueba¹²⁹, considerándose irrelevante para apreciar la responsabilidad de la Administración. En todo caso, los perjudicados sí deberán probar es la concurrencia de los requisitos que hemos tratado con anterioridad. La historia clínica, tiene especial importancia como documento administrativo en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, siendo necesario que sea lo más completa y rigurosa posible¹³⁰.

La Administración, por su parte, si tienen lugar los casos también mencionados anteriormente, con respecto a la exoneración de la responsabilidad, tiene la carga de probar la producción de un hecho contemplado en la norma como causa de exoneración¹³¹.

Con respecto a la **prueba pericial**, cuenta con un carácter técnico de los conocimientos para apreciar la existencia o no de una violación de la *lex artis ad hoc*.

¹²⁷ En este sentido STS 17 enero de 2007 RJ 2007/605. En esta sentencia se recoge un supuesto de funcionamiento anormal del servicio sanitario debido a la llegada de un herido a un ambulatorio, resultando la falta de personal sanitario en ese momento, impidiendo que se tomara medidas sobre el tratamiento del paciente, con el resultado de muerte.

¹²⁸ Vid GAMERO CASADO, E. & FERNÁNDEZ RAMOS, S., *op.cit*, pp 76.

¹²⁹ Vid JIMÉNEZ LOPEZ, M., *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid, Tecnos, 2011, pp 74.

¹³⁰ Vid STS 2/01/2012, RJ 2012/3

¹³¹ GUERRERO ZAPLANA, J., *op.cit*, pp 123.

Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal Supremo 1002/2005 de 21 de diciembre declara:

“Sin duda, la emisión de varios dictámenes o el contraste de algunos de ellos con las posibilidad de que la autoridad de un juicio pericial se vea puesta en duda por la del juicio opuesto o por otras pruebas, y que, con toda lógica, los Jueces y Tribunales, siendo la prueba pericial de apreciación libre y no tasada acepten el criterio más próximo a su convicción, motivándolo convenientemente”.

c) Teoría de la pérdida de la oportunidad

En este caso, consideramos que la conducta omisiva del causante del daños, posiblemente no se hubieran producido estos de no existir tal omisión. A pesar de que no se puede asegurar que el resultado no hubiese sido el mismo realizándose la operación prevista a la paciente, cabe apreciar la **incertidumbre** como daño¹³², al no conocer cuál hubiera sido el curso de los acontecimientos de no realizarse la conducta omisiva. De esta manera, se produce un daño como consecuencia del mal funcionamiento del servicio. Por ello, la pérdida de la oportunidad se basa en aquellos casos en que se ha privado al paciente de la posibilidad de curación, en este caso, de operar a Carmen para la extirpación del aneurisma mediante la embolización. Se considera una figura alternativa de la *lex artis*, sin embargo, consideramos que en este caso, una figura es consecuencia de la otra¹³³, entendiendo que el Doctor Vázquez no actuó conforme a la *lex artis*, ya que no ingresó a la paciente a pesar de su estado de gravedad. Sin embargo, también que ha existido una omisión en el desarrollo de la atención sanitaria desconociendo el resultado que se hubiera producir de haber realizado la embolización a la paciente con la máxima celeridad posible.

Consideramos que el caso se ajusta a la teoría de la pérdida de la oportunidad ya que una correcta *lex artis* se podría haber dado si se hubiesen utilizado los medios y el estado de los conocimientos de la ciencia. Con respecto a la indemnización en el caso de la pérdida de la oportunidad, la STS de 3 de diciembre de 2012 RJ 2013/560 expone:

“Es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.

Sin embargo, en la STS del 19 de junio de 2012, RJ 2012/8064 se establece:

“No se puede predecir cuál hubiera sido el desenlace final de haberse diagnosticado de forma precoz la patología que padecía con la realización de un electrocardiograma pues no cabe duda de la gravedad de la misma. No obstante, la cuantía de la indemnización no puede verse reducida, por el hecho

¹³² Vid PALOMAR OLMEDA, A., CANTERO MARTÍNEZ, J., LARIOS, D., GONZÁLEZ GARCÍA, L., & MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *op.cit.*, pp. 87

¹³³ Vid STS 2/01/2012. RJ 2012/3. En este sentido, la sentencia valora la vulneración a la *lex artis* así como la teoría de la pérdida de la oportunidad.

de que las posibilidades de curación y de recuperación pudieran ser difíciles dada la gravedad de la patología que se padecía aunque se le hubiera atendido urgentemente y de forma inmediata”.

Consideramos que se ajusta más al caso lo dispuesto en esta segunda sentencia, ya que, a pesar de que es cierto que es imposible predecir cuál sería el resultado final y si las consecuencias hubieran sido las mismas, claramente Carmen hubiera tenido más posibilidades de sobrevivir realizándosele la operación.

Hay que destacar que la cuantía de la indemnización por los perjuicios morales sufridos, queda reservada al criterio del Tribunal de instancia, sin que sea posible la revisión en casación siempre que se hayan tenido en cuenta los criterios de reparación económica del daño moral y de razonabilidad¹³⁴.

d) Acción de regreso

En el caso que se nos propone, el daño ocasionado a un tercero del que es responsable la Administración, es consecuencia de una conducta negligente del Doctor Vázquez. De esta manera, el Doctor Vázquez debe responder de la lesión con su propio patrimonio. La acción a la que se puede acoger la Administración se denomina acción de regreso o de repetición contra el personal sanitario causante del daño.

El artículo 36.2 de la Ley 40/2015 dispone que; la paciente o perjudicado, en este caso, las hijas de Carmen, exigirán en todo caso a la Administración la reparación del daño a través del correspondiente procedimiento Administrativo, debido a la responsabilidad directa de la Administración. La Administración deberá indemnizar a las hijas de Carmen, ya que como hemos analizado anteriormente, si concurren todos los requisitos para que se reconozca la responsabilidad de la Administración. En caso de que el daño se haya generado por culpa, dolo, o negligencia de su personal, se iniciará un nuevo procedimiento dirigido a exigir la responsabilidad personal del médico que actuó. La acción a la que se puede acoger la Administración se denomina acción de regreso o de repetición contra el personal sanitario causante del daño. En el caso que se nos propone, el daño ocasionado a un tercero del que es responsable la Administración, es consecuencia de una conducta negligente del Doctor Vázquez. De esta manera, el Doctor Vázquez debe responder de la lesión con su propio patrimonio. Sin embargo, consideramos necesario destacar que el profesional actuó negligentemente, pero esta actuación es debida a un funcionamiento anormal de la Administración, al no disponer de los medios necesarios para prestar la mejor atención posible a la paciente. A pesar de que no conocemos cual sería la actuación del Doctor Vázquez en el caso de que existiera disponibilidad de camas, cabe suponer que Carmen sí sería ingresada y se le realizaría la embolización con la mayor celeridad posible.

Se trata de un procedimiento excepcional, pues lo habitual es que la Administración indemnice a los ciudadanos sin iniciar posteriormente la vía de regreso contra el empleado público responsable del daño¹³⁵.

¹³⁴ Vid STS 20/03/2012, RJ 2012/4808. STS 2/12/2008, RJ 2008/6688.

¹³⁵ GAMERO CASADO, E. & FERNÁNDEZ RAMOS, S. op.cit, pp 720.

4. Jurisdicción y procedimiento

La **jurisdicción contenciosa-administrativa** monopoliza el conocimiento de las demandas que se interponen contra las Administraciones Públicas sanitarias como consecuencias de actuaciones por quienes ejercen la medicina en hospitales públicos. A pesar de que con anterioridad a la modificación de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial no se establecía de forma clara la jurisdicción competente para conocer de los asuntos sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración. La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo 1.1 establece claramente:

“Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”.

De esta manera, y tal y como expusimos anteriormente, la responsabilidad en relación con los daños que ha causado el personal sanitario se exigirá directamente a la Administración, conforme a su régimen de responsabilidad patrimonial y, en cualquier caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativo. En la actualidad, y tras la entrada en vigor de la nueva Ley 40/2015¹³⁶, la Administración Pública no puede ser demandada en ningún caso ante los órganos jurisdiccionales civil y social, debiendo serlo de forma exclusiva, ante el orden contencioso-administrativo. Por su parte la Ley 39/2015 establece en el artículo 123.1 que:

“Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.”

El **procedimiento** de exigencia de responsabilidad extracontractual cuenta con el plazo de un año para poder ejercitarse desde que se produzca o se manifieste su efecto lesivo¹³⁷. Para determinar el día inicial se distinguen tres situaciones, centrándonos en la circunstancia que nos encontramos; tratándose de un daño causado por un hecho de la Administración, en este caso una omisión. Se trata de daños físicos a la paciente por lo que el plazo se computa a partir de la curación o de la determinación del alcance de las secuelas¹³⁸. Es muy importante destacar que no existe coincidencia entre la fecha de la omisión del Doctor Vázquez respecto de su paciente y la producción efectiva del daño, es decir, el fallecimiento de Carmen. Por lo tanto, el plazo comienza a contar desde que el particular haya tenido la posibilidad de conocer el daño¹³⁹, es decir, cuando Carmen se encuentra en el estado de muerte cerebral y se certifica su fallecimiento. En este

¹³⁶ Vid artículo 32.1 Ley 40/2015.

¹³⁷ Vid artículo 67.1 Ley 39/2015.

¹³⁸ Vid artículo 67.1 Ley 39/2015.

¹³⁹ Vid STS 24/04/2012, RJ 2012/6228.

sentido, hay que decir que no prescriben los daños continuados¹⁴⁰ y sí lo hacen los daños permanentes¹⁴¹. Al tratarse de un daño causado por una omisión de la Administración, la perjudicada, en este caso las hijas de la fallecida, deberán iniciar un procedimiento administrativo de reclamación. La reclamación de responsabilidad resulta procedente de manera autónoma¹⁴².

Existen dos procedimientos para poder exigir la responsabilidad extracontractual, el general y el simplificado. En este caso nos centraremos en el **procedimiento general** ya que el procedimiento simplificado no procede ya que no nos encontramos en un caso de razones de interés público o por falta de complejidad del procedimiento¹⁴³.

El **inicio** del proceso puede producirse de oficio¹⁴⁴ o a instancia de parte¹⁴⁵. La iniciación a instancia de parte da comienzo mediante un escrito de reclamación, en este caso, de reclamación y redactado conforme al formulario general del escrito de alegaciones¹⁴⁶. Este escrito de reclamación, debe contener una descripción de las lesiones producidas, una demostración del vínculo causal que une el daño con la actividad de la Administración, sin olvidarse de la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial¹⁴⁷.

La instrucción de este procedimiento tiene lugar conforme a lo dispuesto en el Título IV de la Ley 39/2015. En relación a los informes, en primer lugar, se exige uno que, preceptivamente, deberá evacuar el órgano o unidad Administrativa cuyo funcionamiento provocó la lesión. En Galicia, el órgano competente encargado de resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial es el conselleiro respectivo¹⁴⁸, en este caso, la evaluación del funcionamiento del Sistema Público de Salud de Galicia corresponde a la Consellería de Sanidad¹⁴⁹. Cuando la indemnización sea superior a 30000 euros, en Galicia es necesario que se solicite el dictamen del Consejo Consultivo de Galicia¹⁵⁰. En este caso consideramos que la indemnización superará la cantidad de 30000 euros, ya que, tal y como se ha explicado anteriormente; la indemnización en caso de muerte se calculará con arreglo a la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros Obligatorios y de la

¹⁴⁰ Vid STS 24/04/2012 RJ 2012/6228, STS 25/06/2002 RJ 2002/193648.

¹⁴¹ Vid STS 10/01/2014 RJ 2014/556.

¹⁴² Vid GAMERO CASADO, E. & FERNÁNDEZ RAMOS, S., *op.cit*, pp 718.

¹⁴³ Vid artículo 96.1 Ley 39/2015.

¹⁴⁴ Vid artículo 65.1 Ley 39/2015.

¹⁴⁵ Vid artículo 67.1 Ley 39/2015.

¹⁴⁶ Vid GAMERO CASADO, E. & FERNÁNDEZ RAMOS, S., *op.cit*, pp 71.

¹⁴⁷ Vid artículo 67.2 Ley 39/2015.

¹⁴⁸ Vid artículo 5 Ley 6/2001, de 29 de junio, de adecuación de la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

¹⁴⁹ Vid artículo 76 Ley 8/2008 de Galicia.

¹⁵⁰ Artículo 12 j) Ley 3/2014 del Consejo Consultivo de Galicia: “*Reclamaciones de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 30.000 euros para la Administración autonómica y a 15.000 euros para las administraciones locales*”.

Seguridad Social¹⁵¹, que se encuentra recogido en el Real Decreto Legislativo 8/2004. En el Artículo 61 de dicho decreto se establece la valoración de las indemnizaciones por causa de muerte:

1. Las indemnizaciones por causa de muerte se cuantifican conforme a las disposiciones y reglas que se establecen en esta Sección y que se reflejan en los distintos apartados de la tabla 1 que figura como Anexo.

2. La tabla 1 contiene tres apartados para valorar los perjuicios de cada uno de los perjudicados: a) La tabla 1.A establece la cuantía de perjuicio personal básico de acuerdo con los criterios y reglas de este sistema.

Remitiéndonos a la tabla 1.A, nos centramos en la categoría tres; cuando los perjudicados son los descendientes, diferenciando las cantidades en relación a las edades de éstos. Conviene recordar que Carmen tiene dos hijas; Juana de 18 años y María de 22 años. Por lo tanto, Juana podría obtener una indemnización de 80000 euros; mientras que María obtendría 50000 euros. En ambos casos, se supera la cifra de los 30000 euros.

En este sentido la Sentencia del 3 de diciembre de 2012, RJ 2013/582 establece:

“dentro de los límites cuantitativos que impone la estricta indemnización de la "pérdida de oportunidad", se estima que la cifra de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 euros) constituye una suma prudente y razonable que cubre la totalidad de los perjuicios sufridos por la actora”

El artículo 82.1 de la Ley 39/2015 recoge la existencia de un trámite de **audiencia** a los perjudicados, que será anterior a la solicitud del informe del órgano competente del Dictamen del Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma de Galicia. Mediante el trámite de audiencia se trata de conseguir con ello que el órgano encargado de emitir el informe tenga en su poder el material oportuno. Los perjudicados, en un plazo de entre diez y quince días, podrán alegar y presentar los documentos que consideren oportunos. Con la conclusión del trámite de audiencia, la Consellería de Sanidad cuenta con el plazo de diez días para remitir al Consejo Consultivo de Galicia y solicitar el dictamen de una propuesta de resolución. El dictamen se emitirá en el plazo de dos meses y deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en esta Ley¹⁵².

Tal y como dispone el artículo 91.3 de la Ley 39/2015, el transcurso de 6 meses desde que se inició el procedimiento sin que se notifique resolución alguna, siendo el efecto del silencio desestimatorio, puede entenderse que la resolución es contraria a la petición del particular. Los actos que ponen fin a este procedimiento son susceptibles, bien de recurso contencioso-administrativo¹⁵³ en Santiago de Compostela, ya que allí se

¹⁵¹Vid Artículo 34.2 Ley 40/2015.

¹⁵² Vid artículo 81.2 Ley 39/2015

¹⁵³ Vid artículo 114.1 e) Ley 39/2015.

encuentra la sede de la Consellería de Sanidad. En caso de no estar conforme con lo dispuesto, podrá presentarse recurso de alzada ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia y por último, presentar recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Los actos que ponen fin a este procedimiento son susceptibles, bien de recurso potestativo de reposición, bien de recurso contencioso-administrativo¹⁵⁴, tal y como hemos explicado anteriormente.

5. Con respecto a la responsabilidad penal.

Para poder hablar de responsabilidad penal por haber ocasionado la muerte, como en este caso, existen dos formas de culpabilidad: el dolo y la imprudencia. En este caso, no consideramos que el Doctor Vázquez actúe dolosamente sabiendo lo que hace y queriendo hacerlo. Con respecto al dolo eventual, hay que destacar que en este caso la producción del daño se presenta como probable por el médico, pero continua adelante sin importarle el resultado dañoso al que se puede llegar¹⁵⁵. En el artículo 142 del Código Penal, de aquí en adelante CP, establece:

“El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años. Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.”

La vía penal será la adecuada cuando los daños producidos se deriven de una conducta del médico contraria a la *lex artis*. Para poder valorar la actuación del médico, es necesario valorar las posibilidades de éxito del tratamiento, la urgencia de la intervención, y las circunstancias de lugar y tiempo en que se realiza, los medios disponibles al alcance del médico¹⁵⁶. La previsibilidad, objetiva y subjetiva, de la muerte constituye un elemento esencial para apreciar el homicidio imprudente¹⁵⁷. De tal manera que es necesario que exista: una acción u omisión, la realidad acreditada del daño sobrevenido como consecuencia de la conducta negligente realizada por el médico y un nexo causal directo, completo e inmediato entre el resultado de muerte y la acción imprudente realizada¹⁵⁸.

En este caso cabe preguntarse si de haber ingresado a Carmen o de haberla llamado para practicarle la embolización, ahora Carmen estaría viva. Consideramos que no; ya que como se ha explicado anteriormente no se puede saber con exactitud si el resultado hubiera cambiado o no, por ello, se indemniza la **incertidumbre** de saber qué hubiera pasado de haber sucedido los hechos de otra manera. Cabe recordar que el Doctor Vázquez le realizó las pruebas diagnósticas necesarias a la paciente, sin

¹⁵⁴ Vid artículo 114.1 e) Ley 39/2015.

¹⁵⁵ Vid STS 388/2004, de 25 de marzo, RJ 2004/3641.

¹⁵⁶ Vid GÓMEZ RIVERO, M., *La responsabilidad penal del médico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp 337.

¹⁵⁷ Vid PALOMAR OLMEDA, A., CANTERO MARTÍNEZ, J., LARIOS, D., GONZÁLEZ GARCÍA, L., & MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *op.cit.*, pp 118.

¹⁵⁸ Vid Sentencia Audiencia Provincial de Toledo, número 75/1999, ARP 1999/1684.

embargo, por falta de camas no pudo ingresar a la paciente, constituyendo así un funcionamiento anormal de la Administración. Por lo tanto, consideramos que no se puede probar la relación de causalidad¹⁵⁹ entre la conducta del Doctor Vázquez y el resultado de muerte de la paciente.

VIII. Valoración sobre la indemnización.

En esta última cuestión se analizará la legitimación en caso de muerte. También se razonará si procede o no repartir el importe de la posible indemnización entre las dos hijas de la fallecida.

1. Legitimación en caso de muerte.

Existen dos posiciones doctrinales para dirimir quién está legitimado para obtener la indemnización por causa de muerte, en este caso, de Carmen. La discusión se centra en determinar si el derecho a la indemnización tiene como base una sucesión hereditaria o, por el contrario, como parte perjudicada por los acontecimientos.

a) Iure Hereditario.

Los autores que defienden esta postura, consideran que el derecho a la indemnización es adquirido por la paciente mientras disfrute de personalidad jurídica. El artículo 661 del Código Civil establece que son los herederos los que suceden al difunto, por el solo hecho de su muerte, en todos los derechos y obligaciones. De esta manera, se considera que la indemnización forma parte del patrimonio del difunto¹⁶⁰. Por su parte, el artículo 659 del Código Civil, dispone que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan con la muerte de una persona. De esta manera, lo que se transmite a los herederos es un crédito indemnizatorio que se deriva de la muerte de la paciente que correspondería a aquellos por vía sucesoria. Sin embargo, esta doctrina se encuentra en un segundo plano, ya que la indemnización surgiría para conseguir una compensación al muerto, lo que resulta imposible; por lo que supondría un enriquecimiento injusto¹⁶¹ para el heredero en caso de transmitirse tal crédito.

b) Iure Propio.

Esta postura, mayoritariamente seguida por nuestra jurisprudencia, defiende que la muerte como resultado de un hecho ilícito no origina derecho indemnizatorio alguno, y por tanto no es posible su transmisión a herederos. De esta manera, defienden que la indemnización no pudo incorporarse al patrimonio del difunto ya que se produce un daño con la muerte de la paciente, teniendo lugar así la extinción de la personalidad¹⁶². Consecuentemente, el derecho a la indemnización no llega a formar parte del patrimonio de la paciente y por consiguiente, tampoco de su herencia.

¹⁵⁹ Vid STS de 29 de octubre de 1994, RJ 1994/8333.

¹⁶⁰ Vid GÁZQUEZ SERRANO, L., *La indemnización por causa de muerte*, Madrid, Dykinson, 2000, pp 37.

¹⁶¹ Vid GÁZQUEZ SERRANO, L. *op.cit.* pp 53.

¹⁶² Vid artículo 32 del Código Civil.

Por una parte, el artículo 1902 del Código Civil permite que se indemnice a cualquiera que demuestre un daño cierto procedente del comportamiento dañoso. Por otra parte, el artículo 113 del CP dispone:

“La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros”.

Por su parte, la STS número 771/1995 de 20 de julio, RJ 1995/5728 expone:

“Es doctrina jurisprudencial que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable «ex iure proprio», al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del «de cuius», por lo que la legitimación no corresponde a los herederos en cuanto tales, sino a los perjudicados por el fallecimiento, pues sólo los vivos son capaces de adquirir derechos”.

En este sentido también se pronuncia la STS número 636/2003 de 19 junio. RJ 2003\4244, según la cual:

“Se niega mayoritariamente que la pérdida en sí del bien "vida" sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible "mortis causa" a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales "iure hereditatis (...) “entre las relaciones jurídicas que no se integran en el haber hereditario por distintas razones figuran las indemnizaciones por daño moral o material a causa de la muerte de una persona”.

Según la doctrina constante del TS están legitimados para reclamar una indemnización de muerte las personas que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte, en cuanto, o dependían económicamente del fallecido, o en cuanto mantenían lazos afectivos con él¹⁶³. La legitimación en caso de muerte de la paciente coincide con la legitimación establecida para los casos de responsabilidad patrimonial extracontractual, teniendo derecho a ser indemnizados todos los sujetos afectados por la pérdida. En este caso, Carmen es viuda y entendemos que las dos personas afectadas o perjudicadas son sus dos hijas, María y Julia¹⁶⁴.

Ahora bien, es importante distinguir entre daño por muerte y el daño moral sufrido por las personas afectadas. Tal y como expusimos a la hora de rechazar la

¹⁶³ Vid STS número 636/2003 de 19 junio, RJ 2003\4244. STS número 915/2006 de 4 octubre, RJ 2006\6427.

¹⁶⁴ STS número 511/1992 de 2 de marzo, RJ 1992/1674 declara con respecto a los hijos: 1.º) que no es preciso, por evidente, su mención como beneficiarios de la condena 2.º) su condición de beneficiarios es procedente, aunque aquéllos no dependieran económicamente del padre y aunque la sentencia impugnada, manifiesta que no consta la existencia de lazos afectivos con los recurrentes, no puede deducirse de ello, principalmente en el hijo, que no le haya producido el dolor que obviamente es lógico y natural, en un hecho de esta naturaleza.

doctrina del “iure hereditatis”, es imposible que la víctima reciba indemnización alguna por su fallecimiento, ya que la persona pierde su personalidad jurídica imposibilitando la obtención tal compensación. Sin embargo, con respecto al daño moral, sentencias como la STS número 906/2011 de 30 de noviembre, RJ 2012/3514, que lo definen como:

“La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, un estado de impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre), una situación de ansiedad y angustia, de impacto emocional con la incertidumbre consecuente”.

En el caso propuesto nos encontramos en el supuesto de *pretium doloris*¹⁶⁵, es decir, el dolor que las personas más allegadas a la fallecida. Las dos hijas de Carmen han sufrido un daño propio como consecuencia de la pérdida de su madre.

2. Sobre el reparto de la indemnización.

Consideramos, como se ha expuesto anteriormente, que las hijas de Carmen se encuentran legitimadas para poder hacer valer una pretensión indemnizatoria propia y autónoma en relación al daño moral sufrido tras la muerte de su madre. Es necesario recalcar que se considera que María, la hija mayor de Carmen, presenta el escrito de reclamación contra la Administración en su propio nombre y no en el de su hermana pequeña. Por lo tanto, consideramos que la acción directa que lleva a cabo contra la Administración, vela por un derecho propio del perjudicado, independiente y autónomo¹⁶⁶. Todo ello sin perjuicio de que la otra hermana, Juana, se encuentre de igual manera legitimada para poder ejercitar la acción de reclamación al ser mayor de edad¹⁶⁷, sin que en este caso María tenga que repartir la posible indemnización con su hermana Juana.

En el caso de que la reclamación en contra de la Administración constara en nombre de ambas hermanas, se incrementa la dificultad en relación a la determinación de la cuantía, la cual se tratará de ajustar a los baremos anteriormente expuestos en el Real Decreto Legislativo 8/2004. Sin embargo, el baremo no es de obligado cumplimiento para los jueces y tribunales en el ejercicio de su función jurisprudencial, ya que es a éstos a los que les corresponde examinar las circunstancias concurrentes en los hechos y tras esto, deducir la suma a pagar¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Sentencia 26 de enero de 2000, RJCA 2000/409 “las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado «pretium doloris» concepto este que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados”

¹⁶⁶ Vid GONZÁLEZ PEREZ, J., Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, Cizur Menor, NavarraCivitas, 2016, pp 33, 2016.

¹⁶⁷ Vid STS número 544/2015 de 20 de octubre, RJ 2015/4226.

¹⁶⁸ Vid Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla número 298/2001 de 18 de diciembre. JUR 2003/227062.

IX. Conclusiones.

Tras un minucioso estudio de las circunstancias que han rodeado la asistencia sanitaria de Carmen, exponiendo nuestra postura en cada una de ellas, vamos a tratar de sintetizar todas las conclusiones a las que hemos llegado para dar respuesta a las diferentes cuestiones que se proponen.

La relación médico paciente debe estar basada en la confianza; esto es primordial debido a la intromisión en la esfera íntima de los pacientes que supone la asistencia sanitaria. En este caso, el Doctor Vázquez debe respetar los derechos de la paciente, así como cumplir con los deberes sujetos a su actividad profesional. Por lo tanto, el médico no tiene el deber de informar a los familiares de la paciente, haciendo valer el deber de secreto y el derecho a la intimidad de la paciente recogidos en la en la LGS, en la Ley Básica así como en los Códigos Deontológicos y otras disposiciones expuestas. Por otro lado, la paciente, Carmen, tiene el derecho a ser informada por parte del Doctor Vázquez a lo largo de la asistencia sanitaria. Considerando que Carmen si fue informada correctamente durante el proceso, el Doctor Vázquez podrá probarlo aportando la historia clínica, en la cual se refleja si la paciente ha otorgado el debido consentimiento informado de forma escrita para que se lleve a cabo la embolización.

En lo que respecta al documento de instrucciones previas, la LGS dispone la formalización de los documentos así como el requisito de que, a la hora de otorgar tal documento, la paciente deberá gozar de capacidad, conocimiento y voluntad. Consideramos que Carmen sí reunía tales requisitos y por lo tanto, lo dispuesto en las instrucciones previas es válido. Bien es cierto que, el Doctor Vázquez puede actuar de forma contraria a lo dispuesto en las instrucciones previas por parte de la paciente. Consideramos así que el Doctor Vázquez puede desconectar a Carmen ya que lo dispuesto en el documento de voluntades anticipadas no corresponde con el supuesto de hecho en el que nos encontramos; es decir, Carmen no fallece como consecuencia de desconectarla de los aparatos reanimadores, sino que se interrumpe la asistencia reanimadora debido a que la paciente está muerta.

En relación a los cauces legales que debería seguir María, la hija de Carmen, debe emprender acciones legales contra el SERGAS, considerando que se dan todos y cada uno de los requisitos para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración. De esta manera, consideramos que existe un funcionamiento anormal de los servicios "*culpa in vigilando*", debido a una conducta omisiva causante de la muerte de la paciente. Por ello, las hijas de Carmen deberán exigir la reparación del daño a través del correspondiente procedimiento general administrativo. Hay que destacar que, los actos que ponen fin a tal procedimiento administrativo, son susceptibles de recurso contencioso-administrativo, recordando que la Administración Pública sólo puede ser demandada ante el orden contencioso-administrativo tal y como se expone en la Ley 40/2015.

Atendiendo al reparto de la indemnización, consideramos que no ha lugar ya que María hace valer su pretensión indemnizatoria propia y autónoma en relación al daño moral sufrido tras la muerte de su madre. Sin perjuicio de que su hermana pequeña Juana, pueda también hacer valer su derecho. En caso de que la pretensión se llevara a

cabo en nombre de ambas hermanas, la indemnización se calcularía conforme a los baremos reflejados en el Real Decreto 8/2004 o al arbitrio del juez en relación a las circunstancias del caso.

X. Abreviaturas, bibliografía, jurisprudencia y legislación.

Abreviaturas

CP – Código Penal.

LGS - Ley General de Sanidad.

LPAC - Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

ME – Muerte Encefálica.

SER GAS – Servicio Gallego de Salud.

STS – Sentencia del Tribunal Supremo.

TC – Tribunal Constitucional.

TRLCU - Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Bibliografía

Libros y artículos

ADARVE. *La nueva regulación del procedimiento administrativo común*, Madrid, FC editorial, 2016.

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

BELLO JANEIRO, D., *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*; Madrid, Editorial Reus, 2013.

CARRASCO GÓMEZ, JJ., *Responsabilidad médica y psiquiátrica*, Madrid, Colex, 1998.

CARRARA, F., *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Temis, 2000.

CRIADO DEL RÍO, M^a T. y Seoane Prado, J., *Aspectos médico-legales de la historia clínica*, Madrid, Colex, 1999.

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

ESCALANTE COBO, J. & ESCUDERO AUGUSTO, D., Conclusiones de la III Conferencia de Consenso de la SEMICYUC. *Muerte encefálica en las Unidades de Cuidados Intensivos*, 24(4), 2000 Recuperado de <http://www.medintensiva.org/es/conclusiones-iii-conferencia-consenso-semicyuc-/articulo/13010779/>

- ESCUADERO, D., Diagnóstico de muerte encefálica. *Medicina Intensiva*, 33(4), 185-195, 2009. Recuperado de [http://dx.doi.org/10.1016/s0210-5691\(09\)71215-x](http://dx.doi.org/10.1016/s0210-5691(09)71215-x)
- GALÁN CORTES, J., & MARÍN CASTÁN, F., *Responsabilidad civil médica*, Madrid, Thomson Civitas, 2016.
- GALLEGO RUESTRA, S., *El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2009.
- GAMERO CASADO, E. & FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 2016.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, T., *Elementos de derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, Madrid, Edisofer, 2002.
- GÁZQUEZ SERRANO, L., *La indemnización por causa de muerte*, Madrid, Dykinson, 2000.
- GÓMEZ RIVERO, M., *La responsabilidad penal del médico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- GONZÁLEZ PEREZ, J., *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Cizur Menor, Navarra Civitas, 2016.
- GOSALBEZ PEQUEÑO, H., *El Nuevo régimen jurídico del sector público*, Las Rozas, (Madrid) Wolters Kluwer, 2016.
- GUERRERO ZAPLANA, J., *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Valladolid, Lex Nova, 2006.
- JIMÉNEZ LOPEZ, M., *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid: Tecnos, 2011.
- QUIJADA GONZÁLEZ, M & TOMÁS Y GARRIDO, G., *El testamento vital*, Alcalá la Real, Jaén, Formación Alcalá, 2014.
- MARSÉ MILLA, P., Muerte encefálica y toma de decisiones en la Unidad de Cuidados Intensivos. *Medicina Intensiva*, 24(4), 189-192, 2000. [http://dx.doi.org/10.1016/s0210-5691\(00\)79581-7](http://dx.doi.org/10.1016/s0210-5691(00)79581-7)
- MAGDALENA PALOMARES BAYO & JAVIER LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital*, Granada, Editorial Comares, 2002.
- PALOMAR OLMEDA, A., CANTERO MARTÍNEZ, J., LARIOS, D., GONZÁLEZ GARCÍA, L., & MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Tratado de derecho sanitario*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.
- REQUEJO NAVEROS, M^o T., *El delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética*, Madrid, Colex, 2005.

RICARDO DE LORENZO Y MONTERO, *Derechos y obligaciones de los pacientes. Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica*, Madrid, Colex, 2003.

RIVERO ORTEGA, R., CALVO SÁNCHEEZ, M., FERNANDO MARCOS, & FORTES GONZALEZ, A., *Instituciones de procedimiento administrativo común*; Lisboa, Juruá, 2016.

RODRIGUEZ CARBAJO, JOSE RAMÓN. La Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: procedimiento y recursos. *Actualidad Administrativa. Revista jurídica de doctrina, Jurisprudencia y Práctica Profesional de Derecho Administrativo*, 2, 62-77, 2016.

RODRIGUEZ GUTIÁN, A., *Revista para el análisis del Derecho. Indemnización por causa de muerte. Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español*, (2), 2015. Recuperado de Dialnet.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Madrid, Fundación Rafael del Pino, 2012.

SANCHEZ-CARO, J. & ABELLÁN, F., *Derechos y deberes de los paciente*, Granada, Editorial Comares, 2003.

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

TIRADO SUÁREZ, F.J., *Derecho privado y Constitución. De nuevo sobre la jurisprudencia constitucional en torno al baremo de indemnización de daños corporales (comentario de las Sentencias 241/2000, 242/2000, 262/2000, 267/2000, 21/2001, 37/2001, 163/2001)*, (15), 331-382, 2001.

Páginas web.

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

Legislación

España (1978) *Constitución Española*.

España (1982) *Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*.

España (1986) *Ley General de Sanidad 14/86, de 25 de abril*.

España (1986) *Ley Orgánica 3/86 de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, para evitar la propagación de enfermedades transmisibles*.

- España (1995) *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*
- España (1995) *Real Decreto 2210/1995 de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica.*
- España (2000) *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina).*
- España (2001) *Ley 3/2001, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, de la Comunidad Autónoma de Galicia.*
- España (2002) *Ley Básica 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.*
- España (2003) *Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre del Poder Judicial.*
- España (2004) *Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.*
- España (2005) *Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario.*
- España (2007) *Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*
- España (2007) *Decreto 259/2007, de 13 de diciembre se crea el Registro Gallego de instrucciones previas.*
- España (2008) *Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia.*
- España (2010) *Ley 16/2010, de 17 de diciembre de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia.*
- España (2011). *Código de Deontología Médica. Guía de ética médica.*
- España (2012) *Real Decreto 1723/2012 de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.*
- España (2015) *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.*
- España (2015) *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

Jurisprudencia

España. Tribunal Constitucional. Sentencia número 37/2011 de 28 de marzo. RTC 2011/37.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia número 548/2012 de 29 de marzo de 2012. JUR 2012/142021.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia número 948/2011 de 16 de Enero de 2012, RJ 2012/1784.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia, número 1253/2004, de 30 de diciembre. RJ 2005/516.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única). Sentencia número 636/2003, de 19 de junio de 2003. RJ 2003/4244.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia número 604/1997, de 1 de julio de 1997, RJ 1997/5471.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia número 575/2010, de 27 de septiembre. RJ 2010/7141.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia número 468/2006, de 19 de mayo. RJ 2006/3277.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia número 1002/2005, de 21 de diciembre. RJ 2005/10149.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia número 771/1995 de 20 de julio. RJ 1995/5728.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia número 906/2011. RJ 2012/3514.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única). Sentencia número 636/2003 de 19 de junio. RJ 2003/4244.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Sentencia de 29 de abril de 2008. RJ 2008/4979.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Sentencia de 17 de octubre de 2000. RJ 2000/8631.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª). Sentencia de 10 de mayo de 2005. RJ 2005/9332.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). Sentencia de 3 de diciembre de 2012. RJ 2013/560.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). Sentencia de 19 de junio de 2012. RJ 2012/8064.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). Sentencia de 3 de diciembre de 2012. RJ 2013/582.

Andalucía. Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª). Sentencia número 18/2004, ARP 2004/427

Islas Baleares. Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 1ª). Sentencia número 11/2009 de 11 de febrero. ARJ 2009/351.

Madrid. Audiencia Provincial Madrid (Sección 3ª). Sentencia número 127/2005 de 1 marzo. AC 2005\521.